



Roj: **SAP LO 242/2023 - ECLI:ES:APLO:2023:242**

Id Cendoj: **26089370012023100239**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2023**

Nº de Recurso: **19/2023**

Nº de Resolución: **167/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO SOLSONA ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

SENTENCIA: 00167/2023

Modelo: N10250

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, 3ª PLANTA

-

Teléfono: 941 296 568 **Fax:** 941 296 488

Correo electrónico: audiencia.provincial@larioja.org

Equipo/usuario: ARO

N.I.G. 26089 42 1 2021 0001922

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000019 /2023

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de LOGROÑO

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000367 /2021

Recurrente: Catalina

Procurador: MARIA LUISA MARCO CIRIA

Abogado: ISABEL CORZANA CALVO

Recurrido: Higinio

Procurador: EVA NORTE SAINZ

Abogado: FELIPE FERNANDO MATEO BUENO

SENTENCIA Nº 167 DE 2023

ILMOS.SRES.

MAGISTRADOS:

DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER

DON FERNANDO SOLSONA ABAD

DON FERNANDO FERRERO HIDALGO

En LOGROÑO, a veintisiete de abril de dos mil veintitrés.



VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de La Rioja, los Autos de Modificación de Medidas MMC nº 367/2021, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño (La Rioja), a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 19/2023; habiendo sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **DON FERNANDO SOLSONA ABAD**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de septiembre de 2022 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño en procedimiento de modificación de medidas nº 367/2021 de ese Juzgado cuyo fallo literalmente era el siguiente:

Que con estimación parcial de la demanda de modificación de medidas presentada por don Higinio contra doña Catalina debo modificar las medidas definitivas de la sentencia de divorcio fecha 11 de febrero de 2019 en los siguientes aspectos: 1.- La patria potestad del hijo común, será compartida, al igual que la custodia que se distribuirá por semanas alternas con intercambio los domingos a las 20:00 horas en el PEF de Logroño durante el primer año a partir de esta resolución y solo transcurrido dicho plazo, en el domicilio del progenitor que la semana anterior lo hubiera tenido consigo.

El PEF será un vehículo de comunicación entre los progenitores a los fines de evitar conflictos innecesarios en el primer año de ejecución del sistema de custodia compartida si bien entre ellos, podrán utilizar las vías de contacto que tengan por conveniente.

Las únicas excepciones al régimen de semanas alternas serán los meses de julio y agosto que se dividirán en quincenas alternas correspondiendo las dos primeras de cada mes al padre y las segundas a la madre a falta de acuerdo. Las fechas concretas de intercambio y sus horas serán fijados por el PEF y los intercambios se realizará en dependencias del mismo en el primer año.

2.- Los gastos extraordinarios del niño se abonarán al 50% por ambos progenitores teniendo tal consideración los médicos y sanitarios no cubiertos por la seguridad social, las clases de refuerzo necesarias para aprobar asignaturas obligatorias, las actividades extraescolares que ambos padres pacten y todos los gastos del colegio incluidos también los libros del curso.

3.- Los progenitores deberán proporcionar a su hijo terapia psicológica para afrontar los problemas derivados de la crisis familiar terapia que será privada y costeada por los progenitores al 50%. Los progenitores deberán acordar la elección del psicólogo al que acudirá el menor, y será el especialista el que fije los días en los que el niño acudirá a su consulta así como el periodo de tratamiento. En caso de que los padres en el plazo de un mes a partir de la comunicación de esta resolución no hayan acordado que especialista iniciara la terapia con el menor cuyos honorarios sufragaran el 50%, este tribunal a petición de cualquiera de ello nombrará al que por turno corresponda de las listas existentes en el juzgado. Y todo ello sin expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación procesal de doña Catalina se interpuso recurso de apelación. Del recurso se dio traslado a las demás partes para que en 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable. La representación procesal de don Higinio se opuso al recurso y propuso prueba para segunda instancia. El Ministerio Fiscal se opuso. Tras ello se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, por la sala se dictó Auto de 20 de marzo de 2023 inadmitiendo la prueba propuesta por la parte apelada. Se procedió a señalar para celebración de la votación y fallo el día de 2023 y se designó ponente al Magistrado de esta Sala **don Fernando Solsona Abad**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.-

1.- En fecha **1 de septiembre de 2022 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 1** que estimó parcialmente la demanda de modificación de medidas que interpuso don Higinio contra don Higinio y fijó en relación al hijo común de ambos un régimen de custodia compartida por semanas alternas, que sustituía al régimen que había acordado la sentencia de fecha 11 de febrero de 2019 dictada en, en el procedimiento de Divorcio Contencioso n.º 158/2017 ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Logroño, en la que se había atribuido a la madre doña Catalina la guarda y custodia del menor (nacido en el año 2013) con amplio régimen de visitas consistente en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada y dos visitas intersemanales, una de ellas con pernocta -la de los jueves, cuando no coincidía con fin de semana-.



2- Es de destacar que según consta en el procedimiento, don Higinio fue condenado por sendas sentencias firmes del Juzgado de Violencia sobre la Mujer como autor de *dos delitos leves de vejaciones*: por Sentencia n.º 97/2017 de fecha 20 de septiembre dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Logroño en el procedimiento Juicios sobre Delitos Leves n.º 20/2017 y por Sentencia n.º 65/2018 de fecha 18 de junio dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Logroño en el procedimiento Juicio sobre Delitos Leves n.º 9/2018 .

Tal como resulta del documento 4 de la demanda (certificado negativo de antecedentes penales), don Higinio no tiene antecedentes penales en la actualidad.

No hay ninguna condena desde junio de 2018 hasta hoy.

3.- La sentencia de primer grado razona su decisión del modo siguiente:

"En el caso que nos ocupa, está acreditado que la relación entre los padres de Ricardo desde la ruptura de la pareja no ha sido buena, y las partes han mantenido entre si distintos litigios en el ámbito tanto civil como penal. En esta última jurisdicción consta condena del padre por delitos leves de vejaciones durante el punto álgido de la crisis matrimonial, si bien es cierto que el actor carece de antecedentes penales, que la pena impuesta fue mínima al no revestir de gravedad los hechos por los que resulto finalmente condenado, y que tales hechos no se produjeron en presencia del hijo común. En todo caso, lo cierto es que el conflicto de lealtades en el que la psicóloga del equipo psicosocial considera inmerso al menor, no es responsabilidad de uno solo de los progenitores pues ambos con sus actitudes han contribuido al mismo tal y como se deduce del resultado del interrogatorio a ambos practicado y además se ha generado manteniéndose un sistema de custodia exclusiva materno. El informe del equipo, que desaconseja la custodia compartida, sí que sugiere un pequeño incremento de las visitas en casa del padre y también la necesidad de que el menor y sus padres acudan a terapia. Lo cierto es que si en la actualidad el menor esta tan afectado por el conflicto entre los progenitores, y la mal llevada crisis matrimonial que se produjo hace ya cinco años, no parece que el hecho de que la custodia haya sido exclusiva de la madre en este tiempo haya podido evitar tal perjuicio. Por otra parte parece que pese a los problemas judiciales, hoy por hoy ya finalizados, lo cierto es que ambas partes mantienen canales de comunicación para hablar de temas relevantes del niño y han podido alcanzar ciertos acuerdos en relación al menor, para realizar algunos cambios de horarios en el régimen de visitas o para la celebración de la comunión, por ejemplo. Es de prever que con el paso de los años, cuando las partes vayan tomando más distancia respecto la crisis de pareja y rehagan sus vidas, el conflicto tendera progresivamente a enfriarse, y entre tanto Ricardo se ira haciendo más mayor y por tanto contara con más mecanismos para protegerse de los desacuerdos y discusiones de los progenitores, mecanismos que además pueden desarrollarse con la terapia propuesta en el informe (la propuesta de terapia se entiende que lo es tanto para un sistema de custodia exclusiva como compartida). Se indica en el informe del equipo, que los intercambios generan una actitud por parte del padre de cierto menosprecio hacia la madre, lo cual no está acreditado y se desconoce si tal actitud es real o se trata de una impresión subjetiva de la progenitora. Lo cierto es que cuantos menos contactos se produzcan entre ambos o menos intercambios deban realizarse, menos oportunidades existirán bien para que una parte menosprecie a la otra o bien para que la otra se sienta menospreciada. "

A continuación reseña las consideraciones y conclusiones del informe que ha emitido la psicóloga del Equipo Psicosocial, y su declaración en juicio:

"El equipo psicosocial indica que: "... Higinio es una persona tranquila, calmada y poco aprensiva, capaz de mantenerse estable incluso en situaciones estresantes. Ante un conflicto suele tomar decisiones acertadas (valorando las opciones), si bien puede dejarse llevar por los instintos afectando a esta toma de decisiones. Cuando los objetivos o deseos propios no son cumplidos, es capaz de adaptarse. En sus relaciones con los demás, se muestra capaz de detectar las necesidades de los demás y comprometerse con ellas cuando lo estima oportuno. Es capaz, también, de expresar sus deseos de forma adecuada. Acepta diferentes puntos de vista y afronta con facilidad situaciones novedosas. Se muestra como una persona sociable, con buenas habilidades de relación y capaz de establecer vínculos afectivos adecuados, no obstante, se debate entre sus deseos y lo que los demás creen que debe hacer. Ante la pérdida, es capaz de adaptarse, resolviendo esta de forma positiva..." "... Higinio se muestra como una persona con habilidades para el cuidado responsable y afectivo. Su puntuación en agresividad estaría relacionada con la capacidad de controlarlos impulsos y con habilidades para manejar conflictos..." De la prueba psicológica empleada para el estudio de la capacidad y cuidado parental se extrae que ambos padres disponen de habilidades adecuadas para el ejercicio de las obligaciones parentales. Sin embargo, esta información no concuerda con la impresión clínica. Referido al progenitor se detectó minimización del impacto que para el menor tiene la ruptura de la estructura familiar, así como las consecuencias que ha tenido para este, la ausencia de sensibilidad hacia las necesidades emocionales y estado emocional actual del menor, y conductas de manipulación que sitúan al menor como parte del conflicto y que repercuten en su estabilidad emocional. Alusivo a la progenitora, y dada la información ofrecida



por ésta, se detectó sintomatología somática con posible causa psicológica y relacionada con experiencias vitales adversas. Al respecto de sus habilidades parentales se evidenció la implicación y preocupación por las necesidades emocionales del menor, empleando estrategias de modificación de conducta, que bien requieren de cierto dominio para su aplicación. En consecuencia, se desprende la necesidad y el beneficio que para ambos progenitores y para el menor tendría que estos asistan a un programa de habilidades parentales..." La autora del informe en el acto de la vista, reitera que pese a que el resultado de los test realizados para valorar la aptitud y capacidad parental del actor fue muy bueno, su impresión clínica es que en realidad no tiene esas capacidades parentales."

Y seguidamente, las analiza y valora motivadamente esta prueba:

"Esta juzgadora desconoce de qué deriva esa impresión clínica que parece más una opinión subjetiva de la perito que una conclusión derivada de las pruebas realizadas para el informe, y por tanto no puede ser tenida en cuenta negando al padre aptitudes para el ejercicio de la custodia. El problema de salud que tiene el menor es básicamente asma que en alguna ocasión puede agravar las consecuencias de sus gripes y resfriados precisando de una mayor vigilancia de sus problemas respiratorios para evitar posibles crisis, que otros niños de su edad, pero pese a las manifestaciones de la madre, no se observa ni que el padre desconozca tal problema ni que lo minimice.

El actor ha intentado desde la crisis matrimonial obtener la custodia compartida del menor, y lo ha hecho tanto en la primera como en la segunda instancia eso se considera natural y legítimo. Cumple con las visitas establecidas, tiene un vínculo afectivo evidente con el niño y el menor con él, dedica el tiempo de las visitas a distintas actividades con Ricardo y se preocupa por su bienestar, su educación y su salud. Puede que no haya llevado tantas veces como la madre al menor al pediatra o que no haya asistido a tantas reuniones del colegio, pero lo cierto es que durante cinco años ha contado con una custodia exclusiva materna y ha tenido que adaptarse a un régimen de visitas que primero era de tres tardes a la semana y luego se restringió a dos tardes, en las que la otra parte inscribió al menor a actividades extraescolares, lo que motivo que él le solicitara un cambio de horarios para poder pasar más tiempo con el niño en las visitas lo que se considera lógico y natural. Se le achaca que no le dedica tiempo a las tareas del niño, y lo cierto es que de la prueba practicada parece que cuando es necesario sí que lo hace, si bien en este caso ocurre como en cualesquiera otros de desarrollo de las custodias exclusivas, y es que el progenitor que no ostenta la custodia y tiene a su hijo unas horas limitadas entre semana y los fines de semana alternos, intenta llenar esos tiempos de actividades que apetezcan más al niño, siendo más laxos a la hora de hacer las tareas o imponerles obligaciones."

Y sigue diciendo:

"Se indica en el informe psicosocial, que el padre manipula al niño pero lo cierto es que ambos progenitores cometen esos fallos cuando se relacionan con el menor haciéndole partícipe de los conflictos con la otra parte. La madre en el interrogatorio ha reconocido expresamente que ha hecho saber a su hijo de ocho años el resultado del proceso penal iniciado en 2019 por la denuncia que le puso su padre por revelación de secretos. Es evidente que, aunque al niño no le beneficia tal conocimiento, a la madre no le ha importado comunicárselo y también es lógico pensar que esta forma de actuar de la madre no puede tratarse de un acto aislado por lo que probablemente el menor tenga puntual conocimiento de todos los litigios mantenidos por sus progenitores hasta la fecha, incluida la condena de su padre por el juzgado de violencia contra la mujer y también el curso del actual procedimiento. Lo peor de todo ello no es solo que se traslada al menor una información que no tiene la edad ni de conocer ni de asimilar sino que además en función del interlocutor, probablemente la información que se le traslada dista mucho de ser mínimamente objetiva.

Respecto a la disponibilidad para estar con el menor, lo cierto es que ambos padres trabajan y si bien el padre tiene unos horarios complicados por su trabajo a turnos, tiene una idea clara de como compaginaría su trabajo con las semanas de custodia, ha solicitado una reducción de su horario, y cuenta con la ayuda de su familia y de su pareja. La madre, pese a lo que indica en su contestación a la demanda, en la que habla de disponibilidad plena por teletrabajo, lo cierto es que tiene un horario de 9:15 a 17:15 según indica en el interrogatorio y en la práctica se ha demostrado que tampoco puede ocuparse de su hijo personalmente de forma total sin ayuda y la prueba está en que el niño cuando esta con ella, es recogido del colegio por su abuelo materno, come con los abuelos y pasa también parte de las tardes o en las actividades extraescolares o, o con su padre cuando le corresponden las visitas, o con sus abuelos. Además la madre por su trabajo, suele necesitar desplazarse dos o tres días a Barcelona de vez en cuando y de nuevo requiere aquí la ayuda de su familia con el niño. En definitiva se trata de dos padres con horarios de trabajo exigentes que tienen que compaginar con el cuidado de un menor y lo hacen cuando pueden, ellos mismos, y cuando no, con la ayuda de personas de su familia y de su confianza lo que se considera perfectamente normal, sin que una de las situaciones sea más ventajosa que la otra. En cuanto a la distancia entre los domicilios de los progenitores no se considera que exista problema alguno, dado que las localidades donde ambos tienen sus domicilios habituales están muy cercanas a escasos 15 minutos en coche



y la modificación de la custodia no supondrá ningún cambio en relación al centro escolar del niño, el cual además conoce tanto el domicilio de su padre en DIRECCION000, donde suele al parecer pasar los fines de semana que le corresponde estar con él, como en Logroño, donde pasa las tardes entre semana y la noche intersemanal de pernocta paterna. El niño por lo demás, cuenta con un expediente académico muy bueno, obteniendo notables y sobresalientes (se entiende que dejado atrás totalmente su problema de DIRECCION001 de hace años), y según el informe del equipo psicosocial se encuentra adaptado escolar y socialmente. Es evidente que una relajación del enfrentamiento entre sus padres contribuirá a solventar cualquier sufrimiento psicológico derivado del conflicto de lealtades al que lo tienen ambos padres sometido. Si los dos progenitores actuaran de una forma verdaderamente responsable y comprometida, su hijo probablemente no requeriría una terapia psicológica pero dado que la situación actual es la que es, se considera necesario fijar la obligatoriedad de la terapia que menciona el equipo psicosocial, que será privada (a los fines de que se garantice su comienzo inmediato y una asiduidad en las visitas que resulte realmente efectiva) y costeadas por los progenitores al 50%. Los progenitores deberán acordar la elección del psicólogo al que acudirá el menor, y será el especialista el que fije los días en los que el niño acudirá a su consulta así como el periodo de tratamiento...."

4.- Por la parte demandada doña Catalina se ha interpuesto **recurso de apelación** en el que solicita que se deje sin efecto la custodia compartida y se atribuya la custodia a la madre.

Se basa en su discrepancia con la valoración de la prueba llevada a cabo por la juzgadora, en especial en el dictamen del Equipo Psicosocial, y en el hecho de que don Higinio fue condenado como autor de delitos relacionados con la violencia sobre la mujer, y que además, el mismo ha interpuesto denuncias (una por injurias y calumnias, otra por descubrimiento y revelación de secretos) contra la recurrente doña Catalina, todas ellas sobreesaidas pro la Jurisdicción penal, lo que patentiza en su opinión una situación de conflicto y de ausencia de mutuo respeto que hace inviable la custodia compartida. Invoca las conclusiones del dictamen del Equipo Psicosocial, por ser mayor el vínculo con la progenitora y prestar el padre una baja implicación en el cuidado del menor así como haber ejercido violencia contra la madre incluso en presencia del menor.

5.- Don Higinio se ha opuesto al recurso. El Ministerio Fiscal también ha presentado escrito de **oposición al recurso**.

SEGUNDO.- Sobre la modificación de medidas. Guardia y custodia compartida. Decisión de la Sala.-

1.- La **Sentencia del Tribunal Supremo 211/2019, de 5 de abril**, citando la sentencia nº 529/2017, de 27 de septiembre, se refiere a la posibilidad de que el sede de modificación de medidas pueda adoptarse un régimen de custodia compartida, atendiendo al interés del menor y a los cambios que en su caso se hubieran producido, señalando que la eventual adaptación del menor al régimen que se hubiera fijado no es óbice para que pueda acordarse este régimen de custodia compartida, que en otras resoluciones, como en seguida veremos, el propio Tribunal Supremo ha calificado reiteradamente de deseable.

Dice así:

"Esta sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, que valora que <en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta sala y de la propia sociedad>.

Añade que <no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida> (sentencia 162/2016, de 16 de marzo).

El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.

2. - Por tanto, no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor".

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha declarado: "La interpretación del artículo 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 de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y



recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del 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" (STS 25 de abril 2014).

2.- De forma particularmente rotunda se expresa en favor de la custodia compartida la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 238/2022 del 28 de marzo de 2022** (ROJ: STS 1206/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1206).

Esta sentencia estimó el recurso de casación en un caso en el que tanto la sentencia de primera como de segunda instancia habían denegado el régimen de custodia compartida de la hija menor de edad.

El Tribunal Supremo deja muy claramente establecido que la corta edad de la menor no es óbice para la custodia compartida desde el momento en que la misma es escolarizable, lo cual permite al adaptación de horarios entre los dos progenitores; concluye que no concurren razones para privar a la menor de la custodia compartida con sus dos progenitores.

La sentencia dice así:

"Para denegar la custodia compartida refiere la Audiencia Provincial que:

1. La madre tiene sólidos apoyos familiares, de los que el padre solo goza puntualmente.
2. Ambos tienen flexibilidad laboral, pero la madre tiene mayor disponibilidad.
3. El Ministerio Fiscal optó por la guarda y custodia exclusiva de la madre.

Analizados los tres elementos valorados en la sentencia recurrida, debemos declarar que son contrarios a la doctrina jurisprudencial, en cuanto no concurren razones para privar a la menor de la custodia compartida con sus dos progenitores, pues no consta que el horario del padre le impida dedicarse a su hija, a lo que debe añadirse que el padre cuenta con apoyo por personas de confianza. Unido ello a que la menor es escolarizable, lo que facilitará la compatibilidad de horarios con ambos progenitores.

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

"La interpretación del artículo 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 de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del 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" (STS 25 de abril 2014).

"Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: "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 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, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013)".



" El régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013 , 25 abril 2014 , 22 de octubre de 2014) 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, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

"Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

"Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015 , entre otras:

"a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

"b) Se evita el sentimiento de pérdida.

"e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

"d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia".

En conclusión, procede estimar los dos motivos, acordando la custodia compartida solicitada por el recurrente, en tanto que no se ha respetado la doctrina jurisprudencial, al denegar la custodia compartida en base a argumentos que no desvirtúan la conveniencia de una custodia paritaria."

3.- Trasladando esta doctrina del Tribunal Supremo a nuestro caso, la desestimación del recurso surge por sí sola, puesto que lo pretendido por el recurso no se basa en razones sólidas que puedan justificar que en este caso se deba dejar atender la doctrina que el Tribunal Supremo establece como regla general. El recurso se basa en una discrepancia con la valoración de la prueba, pivotando sus alegaciones sobre su propia valoración probatoria centrada en el informe de la psicóloga del Equipo Psicosocial , prueba esta cuyas consideraciones y conclusiones la juez "a quo" rechaza en su sentencia de forma muy motivada, mediante argumentos fundamentados que esta Sala, tras la lectura del informe y el visionado de la vista, comparte absolutamente.

4.- Comenzando con las alegaciones del recurso que hacen referencia a la existencia de las condenas penales de que fue objeto el apelado, debemos decir que no consideramos óbice para acordar ahora la custodia compartida las sentencias de condena por delito leve de vejaciones de que fue objeto el padre hace ya varios años. Frente a lo que se afirma en el recurso, en los hechos probados contenidos en esas sentencias penales no se relata en absoluto ningún episodio de violencia delante del menor.

En cuanto a las denuncias interpuestas por don Higinio contra doña Catalina , solo mediante una interpretación voluntarista podrían ser consideradas una forma de proyectar violencia por más que esas causas penales haya sido archivadas. En todo caso no afectan al menor, ni a las relaciones del padre con él.

5. En cuanto al dictamen del Equipo Psicosocial, lo primero que debemos decir es que lo que consta en el dictamen es una sola firmante, que es psicóloga, y que fue quien depuso en juicio. No es pues un informe multidisciplinar, como sería deseable, ni ha sido elaborado por un equipo sino por un solo perito.

Pero vayamos al contenido.

En el apartado 4.2 del mismo puede leerse: "Los datos extraídos del test avalan que Higinio es una persona tranquila, calmada y poco aprensiva, capaz de mantenerse estable incluso en situaciones estresantes. Ante un conflicto suele tomar decisiones acertadas (valorando las opciones), si bien puede dejarse llevar por los instintos afectando a esta toma de decisiones. Cuando los objetivos o deseos propios no son cumplidos, es capaz de adaptarse. En sus relaciones con los demás, se muestra capaz de detectar las necesidades de los demás y comprometerse con ellas cuando lo estima oportuno. Es capaz, también, de expresar sus deseos de forma adecuada. Acepta diferentes puntos de vista y afronta con facilidad situaciones novedosas. Se muestra como una persona sociable, con buenas habilidades de relación y capaz de establecer vínculos afectivos adecuados, no obstante, se debate entre sus deseos y lo que los demás creen que debe hacer. Ante la pérdida, es capaz de adaptarse, resolviendo esta de forma positiva.

(...)



Higinio se muestra como una persona con habilidades para el cuidado responsable y afectivo. Su puntuación en agresividad estaría relacionada con la capacidad de controlar los impulsos y con habilidades para manejar conflictos."

Sin embargo, de forma sorprendente, luego en el apartado 5 se dice:

De la prueba psicológica empleada para el estudio de la capacidad y cuidado parental se extrae que ambos padres disponen de habilidades adecuadas para el ejercicio de las obligaciones parentales. Sin embargo, esta información no concuerda con la impresión clínica. Referido al progenitor se detectó minimización del impacto que para el menor tiene la ruptura de la estructura familiar, así como las consecuencias que ha tenido para este, la ausencia de sensibilidad hacia las necesidades emocionales y estado emocional actual del menor, y conductas de manipulación que sitúan al menor como parte del conflicto y que repercuten en su estabilidad emocional."

Alusivo a la progenitora, y dada la información ofrecida por ésta, se detectó sintomatología somática con posible causa psicológica y relacionada con experiencias vitales adversas. Al respecto de sus habilidades parentales se evidenció la implicación y preocupación por las necesidades emocionales del menor, empleando estrategias de modificación de conducta, que bien requieren de cierto dominio para su aplicación".

Es decir: si bien los resultados del test que el padre obtiene en aptitud y capacidad parental son muy buenos, la perito concluye, con base en una "impresión clínica" que no explica en absoluto, que detectó en el padre lo siguiente: a) minimización del impacto que para el menor tiene la ruptura de la estructura familiar; b) ausencia de sensibilidad hacia las necesidades emocionales y estado emocional actual del menor, y c) conductas de manipulación del menor que repercuten en su estabilidad emocional.

La sentencia recurrida refiere que la perito en el acto del juicio se mantuvo en esta tesis consistente en que en realidad el padre carece de habilidades parentales. Sin embargo, de nuevo, lo hizo sin explicar en qué datos objetivos basaba tan relevante conclusión, explicación que sin duda alguna debería de haber ofrecido, toda vez que esa conclusión contradecía frontalmente los test presuntamente objetivos que la propia perito recabó. La mera invocación a su "impresión clínica", huérfana de toda explicación complementaria, es del todo insuficiente, por no decir que no significa nada, por ser prácticamente una tautología: *es así porque mi impresión es que es así.*

Ni que decir tiene que ningún tribunal está obligado a hacer un acto de fe frente a las consideraciones no razonadas de un perito. Si el perito no da razón de ciencia y no razona o explica su conclusión, el valor de su pericia se diluye hasta la extinción. Por eso precisamente la sentencia de primer grado, con buen criterio, concluye que "esta juzgadora desconoce de qué deriva esa impresión clínica que parece más una opinión subjetiva de la perito que una conclusión derivada de las pruebas realizadas para el informe, y por tanto no puede ser tenida en cuenta negando al padre aptitudes para el ejercicio de la custodia...."

6.- El dictamen psicosocial alude a una manipulación del padre hacia el menor, pero de nuevo estamos ante una conclusión que no está suficientemente razonada; es más, el recurso no desvirtúa el razonamiento de la sentencia apelada, del que se infiere que la madre ha podido incurrir precisamente en el mismo tipo de conducta que censura al padre en el recurso. En concreto, la sentencia dice: *"La madre en el interrogatorio ha reconocido expresamente que ha hecho saber a su hijo de ocho años el resultado del proceso penal iniciado en 2019 por la denuncia que le puso su padre por revelación de secretos. Es evidente que, aunque al niño no le beneficia tal conocimiento, a la madre no le ha importado comunicárselo y también es lógico pensar que esta forma de actuar de la madre no puede tratarse de un acto aislado por lo que probablemente el menor tenga puntual conocimiento de todos los litigios mantenidos por sus progenitores hasta la fecha, incluida la condena de su padre por el juzgado de violencia contra la mujer y también el curso del actual procedimiento. Lo peor de todo ello no es solo que se traslada al menor una información que no tiene la edad ni de conocer ni de asimilar sino que además en función del interlocutor, probablemente la información que se le traslada dista mucho de ser mínimamente objetiva"*

7.- La sentencia explica razonadamente que el padre sí tiene implicación con el menor: ha cumplido siempre las visitas, existe vínculo afectivo entre ambos, se preocupa por su educación, situación, salud.

Ninguna de estas conclusiones ha sido desvirtuada por el recurso, sin que pueda ser suficiente para ello la mera invocación de los asertos que al respecto realiza la perito del Equipo Psicosocial, pues como decimos, se hallan ayunos de razonamiento motivado suficiente o de una aportación de base o datos objetivos.

8.- En cuanto al hecho de que existe una situación de conflicto, coincidimos con la sentencia en que si bien lo más probable es que los padres nunca van a mantener una relación amistosa, sí que han sabido encontrar sin embargo ciertos canales de comunicación en aras al bienestar del menor.



Buena prueba es que obra en autos un dictamen del Punto de Encuentro Familiar , de fecha 14 de octubre de 2022, posterior a la sentencia, en el que podemos leer: " En fecha 7 de octubre de 2022 se contactó desde este Servicio con ambos progenitores para citarles para la realización de la entrevista de acogida, siendo estas los días 10 de octubre con la progenitora y 11 de octubre con el progenitor, acudiendo ambas partes a la hora y el día citados, y firmando ambos las normas de funcionamiento del Servicio, comprometiéndose así a cumplirlas.

Tras comunicar a este Servicio ambas partes haber alcanzado un acuerdo por su cuenta, han manifestado que el progenitor recogerá a su hijo en el domicilio materno el sábado 15 de octubre, argumentando ambos que si no don Higinio iba a estar varios días sin poder ver a su hijo.

Según dicta la Sentencia y atendiendo a los horarios de apertura y cierre del PEF, los intercambios han quedado fijados todos los domingos a las 19:45 horas, siendo el domingo 23 de octubre el primer domingo que ambos progenitores van a hacer uso de este Servicio"

En definitiva: en lo que atañe al menor, después de la sentencia de instancia los progenitores, con buen criterio, han encontrado la forma y manera de adoptar decisiones comunes que favorezcan la situación y relación de ambos con el niño.

Todo lo que venimos exponiendo aboca a la desestimación del recurso.

TERCERO.- Costas de segunda instancia.-

1.- En cuanto a las costas esta alzada, de conformidad con lo establecido en el art. 394 y 398, dada la desestimación total del recurso, se imponen a la recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Catalina contra la sentencia dictada en fecha 1 de septiembre de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño dictada en procedimiento de modificación de medidas nº 367/2021 de ese Juzgado del que dimana el presente Rollo nº 19/2023, la cual confirmamos con imposición a la parte apelante de las costas procesales de esta instancia.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos (si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán presentarse mediante escrito ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.