



Roj: **SAP AB 242/2021 - ECLI:ES:APAB:2021:242**

Id Cendoj: **02003370012021100173**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **10/03/2021**

Nº de Recurso: **530/2020**

Nº de Resolución: **168/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE GARCIA BLEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

ALBACETE

SECCION PRIMERA

Apelación Civil nº 530/20

Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Albacete

Proc. Modificación Medidas 558/18

APELANTE: Jacinta

Procurador: María Teresa Jiménez Martínez-Falero

APELADO: Ezequiel

Procurador: María Teresa Fajardo de Tena

Con intervención del Ministerio Fiscal

S E N T E N C I A N U M . 1 6 8 / 2 1

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

Ilmos. Sres.

Presidente

D. CESAR MONSALVE ARGANDOÑA

Magistrados

D. JOSE GARCIA BLEDA

D. JOSE RAMÓN SOLIS GARCIA DEL POZO

D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ

Dª INMACULADA ABELLÁN TÁRRAGA

En Albacete, a diez de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos de juicio Modificación de Medidas núm. 558/18, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Albacete y promovidos por Jacinta contra Ezequiel; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 17 de febrero de 2020 por la Magistrada Juez de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso el referido demandante.

Habiéndose celebrado Votación y Fallo el día 11 de marzo de 2021.



AN TECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y

1º.- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: "**FALLO:** Se modifican las medidas estipuladas en el convenio regulador que aprobó la sentencia de divorcio de fecha 17 de octubre de 2013 acordando que en lo que les afecten se sustituyan por las siguientes: -1º. La patria potestad sobre las hijas se ejercerá de manera conjunta por ambos progenitores. -2º. La guarda y custodia de las hijas se ejercerá de manera compartida por años escolares de forma alterna, iniciándose la custodia para el padre el próximo curso escolar, de manera que desde el 1 de septiembre de 2020 las hijas convivirán con el padre hasta el 31 de agosto de 2021, y a partir del 1 de septiembre de 2021 convivirán con la madre hasta el inicio del siguiente curso, que se ejercerá por el padre, y así sucesiva y alternativamente -3º. Salvo que de común acuerdo lo decidan en otros términos se establece el siguiente régimen de visitas, comunicaciones y estancias de las hijas con el progenitor al que no le corresponda la custodia durante el año escolar correspondiente:

- Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 21 horas
- Dos tardes a la semana, que en defecto de acuerdo será los martes y los jueves, desde la salida del colegio hasta las 21 horas.
- Vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, y verano:

Las vacaciones de Navidad se distribuirán en dos periodos: el primero comprenderá desde el día siguiente a concluir las clases a las 17 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20:30 horas; y el segundo, desde el día 30 de diciembre a las 20:30 horas hasta el día anterior a que la menor comience las clases a las 17 horas.

Las vacaciones de Semana Santa se distribuirán en dos periodos: el primero, desde el último día lectivo a las 17 horas, hasta el Miércoles Santo a las 20 horas; y el segundo, desde el Miércoles Santo a las 20 horas, hasta el día anterior al que comiencen las clases

Las vacaciones escolares de verano se entenderán referidas a los meses de julio y agosto, y las disfrutarán por meses completos con uno u otro progenitor

En caso de desacuerdo en la elección del periodo correspondiente, elegirá la madre en los años pares y el padre en los impares.

4º. Cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de las menores (sustento, habitación y vestido), durante los periodos que ejerza la custodia.

Los gastos extraordinarios se afrontarán al 50 %, considerándose como tales: -Los relativos a la salud que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguros privados, previa justificación documental. -Los de material escolar obligatorio, libros escolares, clases de refuerzo recomendadas por el centro educativo matrículas o tasas, previa justificación documental. -Los de las actividades extraescolares (actividades artísticas, deportivas, viajes y similares que se afrontarán al 50% siempre que mediara el consentimiento previo de ambos progenitores para su devengo, y justificación documental. -Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde el siguiente a su notificación. - Así por esta mi sentencia la pronuncio, mando y firmo."

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, representado por medio del Procurador Dña. Teresa Jiménez Martínez-Falero, bajo la dirección de la Letrada Sra. Marín López, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las partes, por la parte demandada, representada por la Procuradora Dña. María Teresa Fajardo de Tena, bajo la dirección del Letrado Sr. Sánchez Avendaño, se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación, interviniendo el Ministerio Fiscal que se opuso al recurso, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo los mencionados Procuradores en sus respectivas representaciones ya indicadas.

3º.- En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GARCÍA BLEDA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de Jacinta se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Albacete en fecha diecisiete de febrero de dos mil veinte que modifica las medidas estipuladas en el convenio regulador que aprobó la



sentencia de divorcio de fecha 17 de octubre de 2013 acordando que en lo que les afecten se sustituyan por las siguientes: 1º. La patria potestad sobre las hijas se ejercerá de manera conjunta por ambos progenitores. 2º. La guarda y custodia de las hijas se ejercerá de manera compartida por años escolares de forma alterna, iniciándose la custodia para el padre el próximo curso escolar, de manera que desde el 1 de septiembre de 2020 las hijas convivirán con el padre hasta el 31 de agosto de 2021, y a partir del 1 de septiembre de 2021 convivirán con la madre hasta el inicio del siguiente curso, que se ejercerá por el padre, y así sucesiva y alternativamente 3º. Salvo que de común acuerdo lo decidan en otros términos se establece el siguiente régimen de visitas, comunicaciones y estancias de las hijas con el progenitor al que no le corresponda la custodia durante el año escolar correspondiente: Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 21 horas. Dos tardes a la semana, que en defecto de acuerdo será los martes y los jueves, desde la salida del colegio hasta las 21 horas. Vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, y verano: Las vacaciones de Navidad se distribuirán en dos periodos: el primero comprenderá desde el día siguiente a concluir las clases a las 17 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20,30 horas; y el segundo, desde el día 30 de diciembre a las 20,30 horas hasta el día anterior a que la menor comience las clases a las 17 horas. Las vacaciones de Semana Santa se distribuirán en dos periodos: el primero, desde el último día lectivo a las 17 horas, hasta el Miércoles Santo a las 20 horas; y el segundo, desde el Miércoles Santo a las 20 horas, hasta el día anterior al que comiencen las clases. Las vacaciones escolares de verano se entenderán referidas a los meses de julio y agosto, y las disfrutará por meses completos con uno u otro progenitor. En caso de desacuerdo en la elección del periodo correspondiente, elegirá la madre en los años pares y el padre en los impares. 4º. Cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de las menores (sustento, habitación y vestido), durante los periodos que ejerza la custodia. Los gastos extraordinarios se afrontarán al 50 %, considerándose como tales: Los relativos a la salud que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguros privados, previa justificación documental. Los de material escolar obligatorio, libros escolares, clases de refuerzo recomendadas por el centro educativo matrículas o tasas, previa justificación documental. Los de las actividades extraescolares (actividades artísticas, deportivas, viajes y similares que se afrontarán al 50% siempre que mediara el consentimiento previo de ambos progenitores para su devengo, y justificación documental.

Solicita la recurrente Jacinta revocación de la referida resolución y que se dicte otra por la que se adopte como medida definitiva en cuanto a la forma en que se desarrollará la custodia compartida: 1) Se acuerde, que se ejerza por cada progenitor en la vivienda que cada uno ocupa en régimen de arrendamiento y que sea por semanas alternas de lunes a lunes de cada semana comenzando cada semana el lunes a la salida del centro escolar al que asisten o en su defecto en el domicilio del progenitor con quien hubieren permanecido hasta ese momento, y finalizando el lunes siguiente a la entrada al centro escolar o en su defecto con la entrega de las menores en el domicilio del progenitor con el cual comiencen su estancia en ese momento. 2) Se solicita se condene en costas a la parte apelada.

SEGUNDO.-Alega en esencia la representación de Jacinta como motivos de su recurso que aun siendo cierto que el informe pericial social y psicológico encargado al IML concluyó que "se considera conveniente en beneficio de las menores que se establezca una custodia compartida por años escolares dada la edad de las hijas", sin embargo, considera que el periodo de un año escolar establecido para la alternancia de la custodia compartida es un periodo excesivamente prolongado, no solo porque esta parte lo considere así, sino porque es de todo punto inusual en la doctrina el establecimiento de tan largos periodos de estancia ya que independientemente de la edad de las menores, un año escolar es un tiempo desmesurado que propicia sin ninguna duda el deterioro de las relaciones paterno-materno filiales y especialmente en casos relaciones conflictivas, pues el hecho de que las menores permanezcan bajo la influencia de uno solo de los progenitores durante tan extenso lapso de tiempo, sin duda alguna favorecería el alejamiento del otro progenitor, especialmente así en este caso, en el que la relación entre ambos progenitores es compleja y problemática es por ello que con una estancia semanal con cada uno de los progenitores, considera sería más adecuada para conseguir el objetivo por el mismo informe psicológico pretendido y sentaría las bases de una futura relación paterno y materno filial más sólida y satisfactoria para las hijas comunes, garantizándose además 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.

TERCERO. - Al respecto de los motivos del recurso interpuesto por la representación de Jacinta ha de indicarse:

La juzgadora de instancia basó su resolución en los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO : " PRIMERO.- Por Dña Jacinta se formuló demanda de modificación de las medidas estipuladas en el convenio regulador que aprobó la sentencia de divorcio de fecha 17 de octubre de 2013 interesando se dicte sentencia por la que se acuerde: 1º. La privación de la patria potestad del progenitor sobre las hijas, o subsidiariamente el ejercicio exclusivo de la patria potestad a favor de la demandante; 2º. En ambos casos que se establezca con el progenitor



un régimen de vistas tutelado en el Punto de Encuentro Familiar. En fundamento de su pretensión alegó en síntesis, que desde el año 2016 las vistas de las hijas con el padre se han desarrollado de manera conflictiva y con reiterados incumplimientos por parte del padre, por lo que ha tenido que acudir a la vía judicial civil y penal en reiteradas ocasiones pues no sólo incumple el régimen de visitas y de guarda y custodia que ostenta la madre sino también las resoluciones judiciales; que ello produce un grave y serio perjuicio psicológico para las menores pues el padre pretende anular la figura de la madre induciendo a las hijas a su rechazo e impidiendo la relación de las menores con la madre y la familia materna. Por su parte, D. Ezequiel formuló demanda por la que interesando la modificación de las medidas estipuladas en el convenio regulador del divorcio interesaba se dictara sentencia por la que se acuerde: 1º. Atribuir la guarda y custodia de las hijas al padre con ejercicio compartido de la patria potestad; 2º. Pensión alimenticia a cargo de la madre de 360 euros mensuales (120 euros para cada hija) y el 50% de los gastos extraordinarios ; 3º. Que se establezca a favor de la madre el régimen de vistas que en el convenio de divorcio se estableció a favor del padre. En fundamento de su pretensión alegó en síntesis que las hijas no quieren continuar bajo la custodia de la madre pues con esta mantienen una relación conflictiva con continuos enfrentamientos que han dado lugar a denuncias incluso de una de las hijas frente a la madre. En sus escritos de contestación se oponen a las pretensiones deducidas por la parte contraria negando los hechos en los que se fundamentan y remitiéndose a los hechos que alegan en sus respectivas demandas para pretender la modificación. SEGUNDO.- El art. 90 del Código Civil y el art. 775.1 de la LEC , al contemplar la posibilidad de modificar las medidas convenidas por los cónyuges o las adoptadas en defecto de acuerdo, exigen como presupuesto que hayan variado sustancialmente las circunstancias tendidas en cuenta al aprobarlas o al adoptarlas, formula ésta que sin embargo ha sido matizada jurisprudencialmente, no siendo preciso cuando se encuentra en juego el interés del menor que el cambio sea sustancial. En tal sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2016 al declarar que: "A la vista de la doctrina jurisprudencial mencionada debemos declarar que el art 90.3 del C.C en su última redacción establece que: <<>, pero sí cierto". Que desde que se dictó la sentencia de divorcio se ha producido un cambio de las circunstancias que entonces concurrían, no se niega por las partes, primero, porque los progenitores junto con las hijas continuaron conviviendo hasta junio de 2016; segundo, porque desde entonces hasta la fecha el régimen de custodia a favor de la madre y de visitas a favor del padre no se ha cumplido en los términos estipulados en el convenio de divorcio, bien porque según alega la madre el padre se negaba a su cumplimiento y ejerciendo una influencia negativa sobre las hijas las enfrentaba a la madre siendo éste el motivo por el que se negaban a permanecer con ella, bien porque según alega el padre, dada la actitud de la madre hacia las hijas nunca han tenido buena relación pues las presionaba y tenía con ellas un trato inadecuado siendo este el motivo por el que las hijas no querían permanecer con la madre; y tercero, porque desde que se interponen las demandas con todas las incidencias anteriores que han surgido para cumplir el convenio (denuncias, ejecuciones y expedientes de jurisdicción voluntaria, incluso con intervención de los Servicios Sociales de DIRECCION000), hasta que se emite el informe pericial psicológico-social por el IML, la relación de al menos dos de las hijas (Bernarda y Blanca) con la madre se ha normalizado, y tanto éstas como Casilda siguen manteniendo buena relación con el padre, cumpliéndose el régimen de visitas con el padre que en su día se estipuló. La cuestión que se suscita es si al interés de las menores favorece mantener el régimen de custodia a favor de la madre con la modificación de la medida relativa a la patria potestad y régimen de visitas que propone en su demanda, o si a dicho interés beneficia modificar el régimen de custodia atribuyéndola al padre. Para valorar si a dicho interés conviene mantener o modificar el régimen de custodia, se acordó recabar informe pericial social y psicológico al IML en el que, tras evaluarse a los progenitores, explorarse a las menores y obtenerse otras informaciones de interés como la académica de las hijas, tanto o en el área social como psicológica, se concluye que se considera conveniente en beneficio de las menores que se establezca una custodia compartida por años escolares dada la edad de las hijas. Aun cuando la custodia compartida no se propone por ninguna de las partes en su demanda, se viene a aceptar la propuesta del informe tanto por el padre, al manifestar en el interrogatorio a preguntas del Ministerio Fiscal que lo que el pretende es que decidan las hijas y así se propone de manera subsidiaria por su representación en sus conclusiones; como por la madre que manifestó que aceptaría la custodia compartida de las dos hijas menores (Bernarda y Blanca) pero no de la mayor (Casilda) porque considera que está siendo manipulada por el padre siendo este el motivo de su rechazo hacia la madre y que cuando la hija mantenga hacia la madre una actitud correcta no se opondría a la custodia compartida de las tres hijas, pues considera que es lógico que las hijas vivan tanto con el padre como con la madre y dice que no quiere separar a las hermanas pues la relación de Casilda con sus hermanas es muy buena. Dicho lo anterior, valorando en su conjunto la prueba practicada especialmente el informe psicosocial y lo que expresaron las hijas en la exploración del equipo psicosocial y en la exploración judicial, se estima que lo procedente es seguir las recomendaciones del informe y establecer una custodia compartida para las tres hijas, pues a tenor del art.92 C.C hay que partir del principio de que no debe separarse a las hermanas, salvo en supuestos excepcionales que así lo aconsejen (lo que no se aprecia en el presente), y dicho régimen resultaría más beneficioso para las menores por las razones que se exponen en el informe y en la vista al momento de su ratificación, que no son otras que ante la opción de mantener la custodia a favor de la madre o modificarla a favor del padre, la custodia compartida sería el régimen que menos



trastorno supondría para las menores pues sería más beneficioso que la custodia en exclusiva para uno u otro progenitor, ya que por su edad (16, 14 y 11 años) y por el resultado de los test y de la exploración impresionan de ser muy maduras, no se observó que estuvieran posicionadas a favor del padre, muestran cansancio por las incidencias y problemas que han surgido tras la separación de sus progenitores, que quieren olvidar para intentar una convivencia pacífica, y aunque Casilda no quiera convivir con la madre, debe considerarse no quiere separarse de sus hermanas pues las tres están muy unidas y organizadas para poder mantener la convivencia con uno y otro progenitor; y ni apreciaron que estuvieran influenciadas por el padre o por la madre, ni signos de desatención y abandono por uno u otro progenitor, pues también se valoró que ambos progenitores pueden proporcionar a las hijas las atenciones y cuidados que precisan. En cuanto a la forma en que se desarrollará la custodia compartida, se acuerda que se ejerza por cada progenitor en la vivienda que cada uno ocupa en régimen de arrendamiento y que sea por años escolares pues atendida la edad de las menores tienen cierta autonomía, no necesitan la presencia constante de uno y otro progenitor en periodo de más corta duración, y ocasionaría menos conflictos a la hora de organizar la convivencia y las visitas o estancias con uno y otro progenitor dada la mala relación existente entre ambos, que deberán ser conscientes de que tendrán que mantener una actitud flexible y superar sus diferencias, si lo que realmente pretenden, y no se duda, es actuar en beneficio de las menores procurándoles el bienestar y la estabilidad necesaria no sólo en el ámbito emocional y afectivo, sino también en su desarrollo personal. Y en cuanto al disfrute de los periodos de vacaciones escolares, y visitas entre semana se acuerda el que se expondrá en la parte dispositiva, salvo que de común acuerdo lo decidan en otros términos. TERCERO.- Las consideraciones anteriores, llevan a desestimar la pretensión de la madre de acordar visitas supervisadas o de privar de la patria potestad sobre las hijas al padre, o de atribuirle en exclusiva su ejercicio, al no concurrir circunstancias que lo justifiquen, de manera que al igual que la custodia se ejercerá de manera compartida. CUARTO.- No se ha discutido que ambos progenitores cuentan con recursos económicos suficientes para atender las necesidades ordinarias de las menores (sustento, habitación y vestido), ni que sus ingresos son similares (426 euros el padre, y 500 euros la madre según manifestaron en el interrogatorio) , por lo que procede dejar sin efecto la obligación de pago de pensión que a favor de las hijas se estableció a cargo del padre en el convenio de divorcio, y no procede fijar pensiones de contribución a los alimentos ni a favor ni a cargo de ninguno de los progenitores. Los gastos extraordinarios que se devenguen por las hijas se asumirán al 50%, previa justificación documental considerándose como tales los relativos a la salud que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguros privados, los de material escolar obligatorio, libros escolares, clases de refuerzo recomendadas por el centro educativo matrículas o tasas, y los de las actividades extraescolares que se afrontarán al 50% siempre que mediara el consentimiento previo de ambos progenitores para su devengo, y justificación documental. QUINTO.- Siguiendo el criterio que mantiene nuestra Audiencia Provincial, atendida la naturaleza del procedimiento, y la materia sobre la que versa, no procede hacer pronunciamiento de condena en costas."

Pues bien, la juzgadora de instancia valoró tanto el informe del Equipo Psicosocial (fundamentado en los test y entrevistas oportunas) y la opinión de las menores llegando a la conclusión de ambos progenitores pueden proporcionar a las hijas las atenciones y cuidados que precisan y atendiendo a la edad de las menores (entonces 16, 14 y 11 años) y la autonomía de las mismas acordó en cuanto a la forma en que se desarrollará la custodia compartida, que se ejerza por cada progenitor en la vivienda que cada uno ocupa en régimen de arrendamiento y que sea por años escolares, decisión que la Sala estima correcta ya que no advierte que pueda ser más beneficioso que la alternancia en la custodia por semanas, como solicita la madre, pues ambos progenitores residen en la misma localidad y se establece ,salvo que de común acuerdo los progenitores lo decidan en otros términos , un régimen de estancia y visitas y vacaciones equilibrado(Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 21 horas y dos tardes a la semana, que en defecto de acuerdo será los martes y los jueves, desde la salida del colegio hasta las 21 horas. Vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, y verano) que permite el contacto frecuente y casi diario de las menores con el otro progenitor, por lo que entendiendo la Sala que se ha ponderado adecuadamente por la juzgadora de instancia el interés de las menores y el de los progenitores estima procedente desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida manteniendo la custodia compartida por años escolares siendo obvio que para el correcto funcionamiento del referido régimen de custodia los progenitores han de esforzarse en aparcas sus diferencias y han de procurar a sus hijas el bienestar y la estabilidad necesaria no sólo en el ámbito emocional y afectivo, sino también en su desarrollo personal y estudios que actualmente realizan.

Razones que exigen desestimar el recurso interpuesto por la representación de Jacinta .

CUARTO. - Dada la naturaleza de las cuestiones debatidas en esta apelación, discutibles u opinables jurídicamente o dudosas empleando la terminología del art. 394 de la LEC procede no hacer pronunciamiento condenatorio en costas a ninguna de las partes en esta alzada.

En virtud de lo expuesto y en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución aprobada por el pueblo español

**FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Jacinta se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Albacete en fecha diecisiete de febrero de dos mil veinte, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la misma. No ha lugar a hacer pronunciamiento condenatorio en costas a ninguna de las partes en esta alzada.

Contra la presente no cabe interponer recurso ordinario. Cabe interponer recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación ante este Tribunal, en los términos previstos en los arts. 468 y ss., y 477 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ