



Roj: **SAP AB 712/2021 - ECLI:ES:APAB:2021:712**

Id Cendoj: **02003370012021100491**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2021**

Nº de Recurso: **412/2021**

Nº de Resolución: **499/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA INMACULADA ABELLAN TARRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **ALBACETE**

### **SECCION PRIMERA**

#### **Apelación Civil nº 412/2021**

Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de DIRECCION000

Proc. Modificación de Medidas 213/2020

APELANTE: Dª Consuelo

Procurador: Dª CARMEN BELEN TORRES SANCHEZ

APELADO: D. Efrain

Procurador: Dª ANA ISABEL NARANJO TORRES

ADHERIDO: MINISTERIO FISCAL

#### **S E N T E N C I A N U M . 4 9 9 / 2 0 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**

**Dª INMACULADA ABELLAN TARRAGA**

En Albacete a veintiuno de julio de dos mil veintiuno.

**VISTOS** en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos de modificación de medidas núm. 213/2020, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 , y promovidos por D. Efrain , contra Dª Consuelo ; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 22 de Diciembre de 2.020, por el Juez de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso el referido demandado.

Habiéndose celebrado Votación y Fallo el día 8 de julio de 2.021.

## **ANTECEDENTES 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:** Por todo lo expuesto, DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda de modificación de medidas instada por D. Efrain representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Isabel Naranjo Torres, y asistido de la Letrada Dña. María del Mar Yébenes Heras, frente a Dña. Consuelo , representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carmen Belén Torres Sánchez y asistida de la Letrada Dña. Beatriz González Navarro, y consecuentemente, **DEBO DECLARAR Y DECLARO HABER LUGAR A LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS** en la Sentencia de fecha de 10 de octubre de 2018 en Autos de Divorcio Contencioso nº 91/2018, en los términos que a continuación se reflejan y manteniendo todo lo demás acordado en su día en dicha resolución, sin que quepa pronunciamiento en cuanto a las costas.- **Tales MODIFICACIONES son las siguientes:** 1) **Guarda y custodia de Frida compartida entre ambos progenitores que se establecerá de la siguiente manera:** 1. **Custodia Compartida** semanal para Frida . El día de intercambio será el lunes de cada semana, en que el progenitor que lo haya tenido la semana anterior llevará a Frida al colegio, siendo recogida la niña por el otro progenitor a la salida. Si el lunes resulta ser festivo, Frida , permanecerá con el progenitor con el que se encuentre hasta el siguiente día lectivo, cuando será recogida del colegio por el otro progenitor. 2. Dos tardes de visita entresemana con la otra parte, apelando al consenso-acuerdo de los progenitores sin tener que perjudicar cualquier actividad extra-escolar de Frida , en defecto de acuerdo, martes y viernes desde la salida del colegio hasta las 21'00 horas, reintegrándolo al domicilio del progenitor custodio de esa semana. 3. Las vacaciones de navidad, semana santa y verano se distribuirán por mitad, eligiendo los años pares la madre y los impares el padre, debiendo permitirse una comunicación telefónica fluida de la menor con el progenitor no custodio en el momento. 4. El cumpleaños de la menor pasará con el progenitor con el que no esté al menos dos horas de la tarde. 5. Además, e igualmente Frida pasará con su padre el día del padre y el cumpleaños de éste, y con su madre el día de la madre y el cumpleaños de ésta. 6. En caso de eventos o fiestas familiares, cumpleaños de familiares (primos, abuelos, tíos, tías...) Frida asistirá a los mismos, siempre que el progenitor que tenga el evento avise al otro con al menos una semana de antelación. - 2) **Pensión de alimentos** a favor de la hija menor, Frida , de 200 euros mensuales a cargo de la madre, la Sra. Consuelo . Se abonará entre los cinco primeros días de cada mes y por adelantado, en la cuenta que se determine. Esta cantidad será revisada anualmente conforme al IPC. 3) **Se declara extinguida el uso de la vivienda familiar sita en CALLE000 nº NUM000 de DIRECCION000 con motivo de la custodia compartida de Frida .** Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que esta sentencia sólo es susceptible de RECURSO DE APELACIÓN para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Albacete en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación. - Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo. "

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por la demandada DOÑA Consuelo , representado por medio del Procurador Dª Carmen Belén Torres Sánchez, bajo la dirección del Letrado Sra. González Navarro, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las partes, por el demandante D. Efrain , representado por el Procurador Dª Ana Isabel Naranjo Torres, bajo la dirección del Letrado Sra. Yébenes Heras, se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación interviniendo el Ministerio Fiscal que se adhirió al recurso, elevándose los autos 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 la Ilma. Sra. Magistrada Dª INMACULADA ABELLAN TARRAGA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** En los autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 213 /2020, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 , recayó, con fecha 22 de diciembre de 2020, sentencia por la que se estimaba la demanda instada por D. Efrain , contra Dª. Consuelo , de modificación de las medidas establecidas en la sentencia de fecha 10 de octubre de 2018, que declaró la disolución por divorcio del matrimonio de las partes.

El demandante interesaba el establecimiento de un régimen de **custodia compartida** respecto a la hija menor Frida , con el correspondiente régimen de visitas en favor del otro progenitor, el establecimiento a cargo de la demandada de un pensión de alimentos en favor de la menor de 200 euros mensuales y la asunción del 60% de los gastos extraordinarios, correspondiendo el 40% al actor y la extinción del uso de la vivienda, que fue atribuido a la demandada.

La citada sentencia estimó estas pretensiones.



**SEGUNDO:** Por la representación de D<sup>a</sup>. Consuelo , se interpone recurso de apelación contra dicha resolución.

En primer lugar se ataca el establecimiento del régimen de guarda y **custodia compartida**, alegando error en la valoración de la prueba, señalándose que no se ha analizado correctamente el contenido del informe psicosocial, pues del mismo no se extrae que el deseo de la menor se corresponda con tal sistema.

Seguidamente, reconociendo que actualmente el demandado tiene su puesto de trabajo en DIRECCION000 , esto es, en el mismo lugar en que reside la misma, a diferencia de lo que ocurría en el momento de divorcio, no han variado el resto de circunstancias que en la sentencia que declaró éste se tuvieron en cuenta para otorgar la **custodia** a la madre, como el apoyo familiar con que ésta cuenta en esa localidad, del que carecía y sigue careciendo el actor.

Mantiene que no se ha aplicado el principio de protección del interés del menor.

En segundo lugar impugna el pronunciamiento relativo a la pensión de alimentos y gastos extraordinarios.

Rechaza el abono de pensión.

Opone que cada progenitor debe procurar los alimentos a la menor durante el periodo que la tenga en su compañía.

En cuanto a los gastos extraordinarios, destaca que cuando se fijó la **custodia** monoparental por la madre, siendo el padre el que abonaría la pensión de alimentos, para compensar la desproporción de ingresos de los progenitores se estableció que el actor afrontara el 40% y la madre el 60%, defendiendo que no puede mantenerse tal situación si se establece la **custodia compartida**.

Respecto a la extinción del uso de la vivienda familiar, se resalta que la doctrina en que se fundamenta la sentencia para acordarla, también fija un límite para abandonar la vivienda, por lo que solicita, como hizo en sus conclusiones, sin que la sentencia lo haya tenido en cuenta, que se fije un plazo de dos años desde la sentencia que se dicte, para abandonar la vivienda que fue domicilio conyugal, para que pueda procurarse otra vivienda o para adquirir la parte del demandante sobre aquélla.

Por la representación del apelado se formula oposición al recurso de apelación, solicitando que se mantenga la sentencia en todo su contenido con expresa condena en costas a la contraparte y que en el caso de que se fije un límite al uso de la vivienda familiar, sea de dos años desde la sentencia de instancia, mientras que el Ministerio Fiscal se adhiere al recurso parcialmente.

**TERCERO:** Un orden lógico lleva a examinar en primer lugar el motivo que ataca la estimación de la petición de guarda y **custodia compartida**.

El motivo debe ser desestimado.

Tal como concluye la resolución recurrida, de la prueba practicada en las actuaciones resulta aconsejable el cambio de régimen legal de **custodia**, pasando a uno compartido.

En cuanto a la **custodia compartida**, como es sobradamente conocido, la más reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ( por ejemplo, la Sentencia de 16 de Enero de 2020 ) viene reiterando que es el régimen que debe ser considerado normal, incluso el deseable. Y efectivamente así lo repiten múltiples Sentencias del Alto Tribunal, señalando por ejemplo la de 22 de septiembre de 2017, con cita de la de 29 de abril de 2017, 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»*. Igualmente en Sentencias de 19 de julio de 2013 , 29 de noviembre de 2013 , 16 de febrero de 2015 y 29 de marzo de 2016 ".

Bajo estas premisas abordamos el análisis de la modificación invocada por el apelante y la Sala, a la vista de la prueba practicada, entiende que efectivamente se ha producido una modificación de circunstancias que justifica el cambio de guarda y **custodia** monoparental vigente pasando a un régimen de guarda y **custodia compartida**.

En primer lugar, el tiempo transcurrido desde la ruptura de la pareja y el dictado de la sentencia de divorcio de octubre de 2018 ya es una alteración de circunstancias valorable para una posible modificación del régimen.

A fecha del dictado de esta resolución han transcurrido casi tres años desde aquella sentencia.

La relevancia del paso del tiempo como factor de modificación la recoge, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 diciendo que *" La menor tenía cinco años y en la actualidad diez años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos*



*progenitores* ". También la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2015, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque " *la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años* ".

En nuestro caso, cuando se dictó la sentencia de divorcio la pequeña Frida tenía cinco años, iba a cumplir seis al mes siguiente y en la actualidad va a cumplir nueve años dentro de cuatro meses.

La natural dependencia del menor con su madre cuando era más pequeña ha dado paso a otra etapa en que tanto su padre como su madre pueden perfectamente atender sus necesidades ordinarias, al mismo nivel.

**CUARTO.-** Obviamente, no basta el mero transcurso del tiempo para cambiar un régimen monoparental a otro de **custodia compartida**. Deben concurrir además ciertamente los requisitos que con carácter general exige la doctrina jurisprudencial para que proceda su adopción.

Los resume la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 abril de 2013, referente en la materia, que declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "... *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* ".

En este sentido, la prueba practicada, especialmente el informe psicosocial, ha acreditado que tanto el padre como la madre disponen de una vinculación de apego con su hija, positiva, de arraigo familiar y de recursos para organizarse en una **custodia compartida**.

Partiendo de ese informe y de las aptitudes de ambos progenitores, la Juez valora correctamente la prueba practicada, destacando especialmente que han cambiado las circunstancias laborales del padre que se tuvieron en cuenta en la sentencia de divorcio, habiendo accedido a una plaza de auxiliar administrativo del SESCOOP en un centro de la misma localidad en que reside su hija, en la que ha alquilado una vivienda.

Dicho puesto de trabajo le dota además de una flexibilidad laboral, que le permitirá atender a su hija, sin que sea óbice para ello, como apunta la Juez, que no cuente con ayuda familiar en DIRECCION000 .

En definitiva, no se advierte a juicio de la Sala ningún elemento que apunte a que la adopción de dicho régimen de **custodia compartida** vaya a derivar en un perjuicio para la hija común sino, más al contrario, ha de suponer un beneficio para ella, concurriendo los requisitos que la doctrina jurisprudencial valora positivamente para adoptarlo.

Procede confirmar el pronunciamiento que considera el régimen de guarda y **custodia compartida** como el más favorable para la misma, a desarrollar en la forma establecida en la sentencia de primera instancia.

**QUINTO:** Igualmente debe desestimarse el motivo del recurso relativo al abono de una pensión de alimentos por la demandada y de los gastos extraordinarios en la proporción que se venía asumiendo hasta ahora por las partes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2016 señala que " *el régimen de **custodia compartida** no siempre supone la supresión de la pensión de alimentos, sino que se habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores. No se eximirá del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno, pues la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. De ahí que los pronunciamientos no sean uniformes aunque el régimen aplicable sea el de **custodia compartida** ( SSTS 390/2015, del 26 junio ( EDJ 2015/111120 ); 658/2015, de 17 noviembre (EDJ 2015/237503 (EDJ 2015/237503 (EDJ 2015/237503 ) ) y 33/2016, de 4 febrero (EDJ 2016/4514))* ".

Efectivamente, para determinar si se fija o no esa pensión alimenticia en el caso de **custodias** compartidas, ha de atenderse a las circunstancias personales de ambos progenitores y, en particular y como hemos reiterado en muchas ocasiones, a la regla establecida por el art. 146 del Código Civil, a cuyo tenor la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

En el caso que nos ocupa existe esa desproporción pues D. Efraim percibe unos ingresos mensuales de unos 1.200 euros y D<sup>a</sup> Consuelo de unos 2.800 euros.

Es por ello que la Sala considera adecuado fijar a cargo de ésta el pago de una pensión alimenticia a favor de su hija de 200 euros mensuales.



Igualmente procede mantener, con la misma fundamentación, el reparto de los gastos extraordinarios establecidos en la sentencia.

**SEXTO:** Seguidamente se abordará la extinción del uso de la vivienda familiar, atribuido a la demandada, situándose la cuestión al resolver en el establecimiento de un plazo para el cese de ese uso que solicita la misma.

Pues bien, atendiendo a la capacidad económica de ésta, se entiende que no hay razón para acceder a lo solicitado.

La jurisprudencia aplicable parte de que el progenitor al que pese a establecerse la **custodia compartida**, se le atribuye el uso del domicilio familiar, aunque no de forma indefinida, sino sujetándolo a una limitación temporal, a un plazo, transcurrido el cual la vivienda queda supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, ostente el interés más necesitado de protección, por la existencia de un desequilibrio económico.

Ello no ocurre en este caso, en el que precisamente quien dispone de mayores ingresos es la solicitante, cuyas retribuciones doblan las de la contraparte.

Se considera que la apelante no tendrá ningún problema para disponer de una vivienda en que residir con la menor el tiempo que la tenga en su compañía, que reúna las condiciones idóneas para ello.

Por tanto, no ha lugar a lo solicitado, otorgándose únicamente un plazo de cuatro meses desde esta resolución para que la Sra. Consuelo abandone el domicilio conyugal.

**SÉPTIMO:** Atendida la naturaleza del procedimiento y el criterio seguido con carácter general por esta Audiencia Provincial en procedimientos de familia, no se hace imposición de costas en la alzada.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. D<sup>a</sup>. Consuelo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 , con fecha 22 de diciembre de 2020, en el procedimiento de modificación de medidas 213/20, CONFIRMAMOS la misma en todos sus pronunciamientos, concediendo a la demandada un plazo de cuatro meses para abandonar la vivienda familiar, sin condenar a ninguna de las partes al abono de las costas procesales causadas 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.