



Roj: **SAP GU 331/2016 - ECLI:ES:APGU:2016:331**

Id Cendoj: **19130370012016100329**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2016**

Nº de Recurso: **243/2016**

Nº de Resolución: **223/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE AURELIO NAVARRO GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GU 331/2016,**  
**STS 42/2018**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**GUADALAJARA**

**SENTENCIA: 00223/2016**

N10250

PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Tfno.: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

MLR

**N.I.G.** 19130 42 1 2014 0004386

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000243 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO.PRIMERA INSTANCIA N.1 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** DIVORCIO CONTENCIOSO 0000750 /2014

Recurrente: Benito

Procurador: SANTOS PASCUA DIAZ

Abogado: M<sup>a</sup> ISABEL MATAS GOMEZ

Recurrido: Alicia

Procurador: ANA ROSA CALLEJA GARCIA

Abogado: LAURA CRESPO TOLEDANO

**ILMA SRA PRESIDENTA:**

**D<sup>a</sup> ISABEL SERRANO FRÍAS**

**ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS**

**D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN**

**D<sup>a</sup> MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

**D<sup>a</sup> MARIA ELENA MAYOR RODRIGO**

**S E N T E N C I A N<sup>o</sup> 223/16**



En Guadalajara, a quince de diciembre de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de Divorcio Contencioso 750/14, procedentes del JUZGADO DE 1ª INSTANCIA nº 1 de DIRECCION000 , a los que ha correspondido el Rollo nº 243/16, en los que aparece como parte apelante, D. Benito representado por el Procurador de los tribunales D. SANTOS PASCUA, y asistido por la Letrada Dª ISABEL MATAS GÓMEZ y, como parte apelada, Dª Alicia representada por la Procuradora de los tribunales Dª ANA ROSA CALLEJA GARCIA y asistida por la Letrada Dª LAURA CRESPO TOLEDA **NO** y el MINISTERIO FISCAL, sobre divorcio contencioso y, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** En fecha 28 de septiembre de 2015 se dictó sentencia, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "FALLO: Se declara disuelto, por divorcio, el matrimonio de doña Alicia y don Benito (inscrito en el Registro Civil de Guadalajara, tomo NUM000 , página NUM001 , sección NUM002 ), con todos los efectos inherentes a dicha declaración, disolución del régimen económico matrimonial y la adopción de las siguientes medidas: 1.- La patria potestad sobre Pelayo corresponde a ambos progenitores y su guarda y custodia se atribuye a doña Alicia .= 2.- El uso de la vivienda familiar, sita en DIRECCION001 , CALLE000 nº NUM002 , NUM003 , se atribuye a doña Alicia y a Pelayo .= Corresponderá a doña Alicia el pago de los gastos que sean inherentes al uso de la vivienda, como el pago de las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios y gastos cotidianos por suministros de servicios, si bien las cuotas extraordinarias de la comunidad de propietarios serán asumidas por ambos al 50%. En la misma proporción del 50% se abonará el IBI a cargo de los copropietarios de la vivienda.= 3.- En defecto de acuerdo que puedan alcanzar ambos progenitores en cada momento, en beneficio del menor, el régimen de visitas sobre el menor con el progenitor no custodio será el siguiente: 3.1 Fines de semana. D. Benito podrá tener en su compañía al menor los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o actividad extraescolar hasta el lunes a la hora de entrada en el centro escolar.= En caso de días de fiesta intersemanales, en viernes o lunes contiguos a un fin de semana que corresponda disfrutar al padre en compañía del menor, se acumularán al fin de semana, desde la tarde del jueves a la salida del colegio o actividad extraescolar o, en su defecto, a las 20,00 horas hasta el lunes festivo a las 20,00 horas.= En todos los casos el padre u otro miembro de la familia paterna que aquél designe deberá recogerlo en el centro escolar o, en su caso, domicilio materno y reintegrarlo al mismo.= El régimen de fines de semana no operará durante los periodos vacacionales sometidos a normas específicas, ni en aquellos supuestos excepcionales y puntuales en que por enfermedad del menor o situaciones de fuerza mayor objetivables que le afecten, resulte evidente que perjudique a éste el traslado.= 3.2.- Durante las vacaciones de verano, entendiendo por tales los meses de julio y agosto, el padre tendrá derecho a disfrutar de la compañía del menor una quincena en cada uno de los dos meses.= A falta de acuerdo al respecto, el padre elegirá dos quincenas y -que no podrán ser seguidas- los años pares y la madre los impares, debiendo comunicar el progenitor a quien corresponda el derecho su elección al otro, antes del día 1 de junio de cada año. En todo caso, si llegado el día 1 de junio no ha comunicado al otro su opción, perderá su facultad de elección, que se transmitirá ese año al otro progenitor, sin posibilidad de compensación.= Asimismo, a falta de acuerdo expreso al respecto, ningún progenitor podrá concertar campamentos u otras actividades semejantes para el menor fuera del periodo que le corresponda a cada uno ese año.= En caso de que ambos progenitores acuerden, de común acuerdo, instaurar un régimen de vacaciones de verano por meses completos, a falta de acuerdo sobre el concreto mes a disfrutar por cada uno, el padre elegirá mes los años pares y la madre los años impares, debiendo comunicar al progenitor al que corresponda el derecho su elección al otro, con la misma antelación antes indicada e idénticos efectos en caso de no hacerlo.= 3.3.- Con relación a las vacaciones de Navidad, se establecen dos periodos: el primero, desde las 11 de la mañana del 23 de diciembre, hasta las 20,00 horas del 30 de diciembre; el segundo desde las 20,00 horas del 30 de diciembre hasta las 20,00 horas del 7 de enero.= A falta de acuerdo, el padre elegirá periodo los años pares y la madre los años impares, debiendo comunicar el progenitor a quien corresponda el derecho su elección al otro antes del día 1 de diciembre de cada año.= En todo caso, si llegado el día 1 de diciembre no ha comunicado al otro su opción, perderá su facultad de elección, que se transmitirá ese año al otro progenitor, sin posibilidad de compensación.= 3.4.- Vacaciones de Semana Santa. Se alternará anualmente este periodo vacacional, correspondiendo los años pares al padre y los años impares a la madre.= En todos los supuestos en que corresponda, el padre recoger al menor y reintegrarlo al final del periodo en el domicilio materno, bien por sí mismo o a través de otra persona de la familia paterna que al efecto designe.= En todos los periodos y estancias, cada uno de los progenitores podrá relacionarse telefónicamente con el menor, cuando ésta esté en compañía del otro.= Si al final de cualquiera de los periodos vacacionales o por otro motivo surgieran dudas sobre si un determinado fin de semana corresponde a uno u otro progenitor, se resolverán en el sentido de que



dicho fin de semana corresponderá al progenitor que no hubiese disfrutado de la compañía del menor el fin de semana anterior.= 4.- D. Benito deberá abonar la cantidad de quinientos euros (500?) mensuales en concepto de pensión de alimentos para los dos hijos, a razón de 250 euros para cada uno de ellos, dentro de los siete primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe o haya designado al efecto D<sup>a</sup> Alicia y que será actualizada anualmente con referencia al día primero de enero, procediendo la primera actualización el 1 de enero de 2017, según las variaciones que experimente el IPC, conforme a los índices que sean publicados por los organismos competentes en la materia. Además, deberá atender a los gastos extraordinarios con arreglo a lo que se establece en el fundamento jurídico correspondiente.= 5.- D. Benito deberá abonar la cantidad de cien euros (100?) mensuales con carácter indefinido, en concepto de pensión compensatoria, dentro de los siete primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe al efecto D<sup>a</sup> Alicia y que será actualizada anualmente con referencia al día primero de enero, procediendo la primera actualización el 1 de enero de 2017, según las variaciones que experimente el IPC conforme los índices que sean publicados por los organismos competentes en la materia.= No se efectúa pronunciamiento sobre las costas procesales.= Una vez firme, comuníquese al Registro Civil correspondiente a los efectos oportunos".

**TERCERO.**- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D. Benito se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo el pasado día 13 de diciembre de 2016.

**CUARTO .**- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Por don Santos Pascua Díaz, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación y de don Benito , se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de DIRECCION000 en fecha 28 de septiembre de 2015 aclarada por Auto de fecha 25 de noviembre de 2015, articulado en recurso en orden a dos motivos: error en la apreciación de la prueba y en incongruencia de la sentencia.

Al citado recurso de apelación se opone doña Ana Rosa Calleja García, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación y de doña Alicia , si bien al propio tiempo impugna la sentencia dictada en lo concerniente al importe fijado en la misma con relación a la pensión compensatoria la cual debe ser, a su juicio, por importe de 350 euros mensuales, en lugar de los 100 euros mensuales establecido en la sentencia que se impugna.

A dicha impugnación se opone la representación procesal de don Benito .

**SEGUNDO.**- Del error en la valoración de la prueba. Dicho error se proyecta, según el apelante en tres aspectos. El primero en la atribución de la custodia en exclusiva a favor de la madre. El segundo, respecto a la atribución de la vivienda en favor de la madre en compañía del hijo y, por último, en tercer lugar, en lo concerniente a la pensión compensatoria establecida en favor de esposa.

Antes de dar respuesta a los errores esgrimidos, es menester recordar que esta Audiencia Provincial, en sentencia de fecha 29 de abril de 2014 ha dicho que: " *En lo que respecta al invocado error en la valoración de la prueba, son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez "a quo", en la sentencia apelada. Por tanto en nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, con algunas salvedades (atinentes a la aportación de material probatorio y de nuevos hechos), no como «novum iudicium» sino como una «revisio prioris instantiae», en la que el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos ("quaestio facti") como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes ("quaestio iuris"), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que sean aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la "reformatio in peius", y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación ("tantum devolutum quantum appellatum").*

Las Audiencias tienen por lo tanto una función revisora respecto de la valoración y apreciación probatoria efectuada por los Juzgados de Primera Instancia con ocasión de los recursos de apelación de los que conozcan,



pues la apelación es un recurso ordinario que somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio, dentro de los límites del objeto o contenido en que se haya formulado el recurso, en términos tales que faculta a aquél para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio dentro de los límites de la obligada congruencia. Dice la STS de 5 de mayo de 1997 "el motivo segundo de casación se basa igualmente en el n.º 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por "infracción de doctrina jurisprudencial", sin dar más explicación que la extraña afirmación de que el recurso de apelación "viene vinculado por el criterio del juzgador de instancia en cuanto no resulte ilógico o exista error de hecho". Lo cual es exactamente lo contrario. El recurso de apelación da lugar a la segunda instancia (la casación, por el contrario, no es una tercera instancia), como fase procesal que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada; la apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia. Tal como dice la Sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1996, el recurso de apelación supone una total revisión de lo actuado en la instancia, por lo que procede entrar a resolver todas las cuestiones litigiosas (fundamento 3.º). Lo cual lo dijo también el Tribunal Constitucional, en relación con la legalidad hoy derogada en sentencia 3/1996, de 15 de enero: en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos ( arts. 862 y 863 de la LEC 1881 ) como una «revisio prioris instantiae», en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris) para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso (fundamento 2.º, primer párrafo). Asimismo, la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1997 dijo: La apelación ha abierto la segunda instancia, creando la competencia funcional de la Audiencia Provincial y, por ello, su resolución sustituye a la dictada en primera instancia. La apelación implica un nuevo examen sobre la cuestión litigiosa sobre la que ha recaído ya sentencia. La sentencia dictada en apelación debe ser congruente con las peticiones de las partes, por razón del principio dispositivo que rige el proceso civil. El motivo, pues, debe ser desestimado».

Ahora bien, que nuestra función revisora de la valoración probatoria no tenga más límites que los más arriba señalados no supone, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez "a quo" sobre la base de la actividad desarrollada en el acto del juicio, que no deba partirse, en principio, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante la que se ha celebrado el acto solemne del juicio en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad, pudiendo el Juzgador desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente su resultado, así como la forma de expresarse y conducirse de las partes y los testigos en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia, exigencia que no se cumple ni siquiera con el visionado del soporte informático del acta, pues, como ya hemos dicho, no tiene la posibilidad de intervenir que posee el Juez "a quo". De ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia ( Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 17 de diciembre de 1985, 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990, 4 de diciembre de 1992 y 3 de octubre de 1994, entre otras), únicamente deba ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada. La revisión jurisdiccional del juicio de hecho en el segundo grado jurisdiccional se incardina en una estructura jurídica claramente pergeñada por el legislador: infracción de las normas que regulan la valoración de la prueba denunciada en las alegaciones que sirvan de base a la impugnación de la sentencia ( artículo 458.1 LEC ). Las exigencias de inmediación y contradicción en la práctica de las pruebas abocadas a corroborar la proposición de hechos ofrecida por cada una de las partes conlleva que el control del juicio de hecho en el segundo grado jurisdiccional, fuera del supuesto de práctica de nueva prueba en segunda instancia, se centre en deslindar si los criterios empleados por el juzgador de instancia son conciliables con las exigencias de motivación racional contenidas en los artículos 9.3 y 120.3 CE. En otras palabras, verificar si el juicio de hecho es conciliable con las exigencias de racionalidad en la determinación del sentido específico de los medios de prueba desplegados en el juicio; controlar, en definitiva, la estructura racional del juicio de hecho.

Sin olvidar que el con fecha 5 de mayo de 2010 se dijo por esta Audiencia Provincial que: Y a ambas partes recordarles que en materia de valoración de la prueba prevalece la valoración que de las pruebas realicen los órganos judiciales por ser más objetiva que la de las partes, dada la subjetividad de éstas por razón de defender sus particulares intereses, a las que está vedada toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo de los jueces por el suyo propio ( SSTS de 1 de marzo de 1994 [RJ 1994633] y de 3 de julio de 1.995 [RJ 1995425], entre otras). En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2008 [RJ 2008470]



en la que se insiste en que la valoración de la prueba es función de la instancia ( SSTS 8 de abril de 2005 , 29 de abril de 2005 , 9 de mayo de 2005 , 16 de junio de 2006 , 23 de junio de 2006 [RJ 2006558 ] , 28 de julio de 2006 [RJ 2006376 ] y 29 de septiembre 2006 [RJ 2006804]). Y que como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2008 [RJ 2008575] la Sentencia de la Sala de 12 de junio de 2007 [RJ 2007721] resume la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en el sentido de que para que se produzca la infracción del artículo 217 de la LEC , aunque en referencia al antiguo art. 1214 CC , es preciso que concurren unos requisitos consistentes en la existencia de un hecho, ya sea afirmación fáctica positiva o negativa, precisado de prueba y controvertido, no precisando tal prueba los hechos notorios o que no resulten controvertidos; que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; que se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria, es decir el coeficiente de elasticidad de la prueba y probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal; y que se atribuyan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba; y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material. En el sentido de que, como también recuerda la Sentencia de 17 de septiembre de 2008 [RJ 2008517], la carga de la prueba tiene como función determinar a quién se debe imputar las consecuencias desfavorables cuando un hecho controvertido no ha sido probado, por lo que no entra en juego si los hechos han sido justificados, sin que importe, como se ha adelantado, que la prueba haya sido aportada por una u otra parte, en virtud del principio de adquisición procesal, insistiendo en que la valoración de las pruebas es una facultad reservada a los órganos de instancia, sin perjuicio de que se demuestre que las conclusiones extraídas por el Juzgador de su análisis de las pruebas resulten arbitrarias, absurdas o contrarias a las reglas de la experiencia, en cuyo caso este Tribunal, por la propia naturaleza del recurso de apelación, tiene competencia para revocar, adicionar, suplir o enmendar la sentencia inferior, dictando al respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, a excepción de aquellos aspectos en los que, por conformidad o allanamiento de las partes, algún punto litigioso hubiera quedado firme y no es, por consiguiente, recurrido."

Se nos dice por el apelante que la sentencia incurre en error al atribuir en exclusiva la guarda custodia a la madre y porque el perjuicio del menor ha sido valorado erróneamente. En síntesis el reproche que se hace por el apelante a la sentencia que se somete a revisión en esta alzada lo es porque la misma se fundamenta en la mala relación existente entre los progenitores los cuales no se dirigen la palabra y las cuestiones concernientes al menor se dirimen por escrito y acudiendo al auxilio judicial y, en segundo lugar, porque considera que el perjuicio del interés del menor se ha valorado erróneamente.

Se nos dice por el apelante que se valora erróneamente la prueba atribuyendo la custodia a la madre dejando en desamparo al menor discapacitado.

Articulado el motivo en los términos expuestos, esta Audiencia Provincial en sentencia de fecha 25 de marzo de 2016 ha dicho que: " ( 1) Con este planteamiento y sin pretender obviar que el régimen de custodia compartida debe estar fundado en el interés prevalente de los menores, como cualquier otro sistema de custodia y/o medida que les afecte, es menester recordar, como señala la propia STS de 29.04.2013 que la guarda y custodia compartida, no es 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.

Como dice la sentencia de 19 de julio de 2013 lo que se pretende con esta medida es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "aproximarlo 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 sin duda parece también lo más beneficioso para ellos".

Abundando en esta idea la STS de 29.11.2013 señala que con ella se prima el interés del menor que &«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.

También en orden a las ventajas del sistema, la STS de 25 de noviembre de 2013 apunta que la guarda compartida a) fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) evita el sentimiento de pérdida. c) No cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Y estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor.



Y a los mismos efectos la STS de 2 de julio de 2014 expresa que «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

(II) En línea con este criterio jurisprudencial que estima en principio, beneficioso para el menor, el régimen de guarda compartida, existen también numerosas SSTS que expresan que la circunstancia de que los progenitores no mantengan comunicación o buena relación, no es óbice para que pueda establecerse un sistema de custodia compartida.

Lo expresa así la STS de 16-2-2015, que casa la recurrida porque «las razones que se esgrimen para desaconsejar la custodia compartida, no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo. En primer lugar, la condena por coacciones de la Sra. Patricia, no supone demérito alguno para el Sr. Hermenegildo. En segundo lugar, las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable. Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes.

Y en el mismo sentido la STS Sala 1ª, de 29-11-2013, señala: En primer lugar, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor ( STS 22 de julio 2011 ), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación «no tienen buenas relaciones», no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de que manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores. En segundo lugar, que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando, incluso, ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual."

Sentando lo anterior, lo cierto es que el motivo no puede tener acogida. La sentencia es clara y expresa las razones por las cuales no procede la custodia compartida. La propia sentencia reconoce la capacidad del apelante para ejercer la misma. El Juez constata y no se cuestiona que estamos ante una relación conflictiva entre los progenitores, pero lo cierto es que junto a lo anterior, el juez considera que la guarda y custodia la debe ejercer la madre por ser la progenitora de referencia y como afirma el Ministerio Fiscal, el interés del menor deber primar cuando afirma " nos encontramos ante un menor con una discapacidad del 53%, dependiente de forma definitiva. El padre no es inidóneo para atender al menor, y el menor necesita relacionarse con él para un mejor desarrollo de su personalidad y una vida más plena con la fundamental e insustituible aportación que supone la figura paterna, motivo por el cual se establece un régimen ordinario de visitas y estancias vacacionales que permitan tal relación paterno filial.= Ahora bien, distintas son las necesidades cotidianas y de rutinas que necesita un menor discapaz para su vida diaria. Si todo cambio requiere en los niños de una adaptación ¿podrá ser beneficioso para un niño discapaz vivir bimensualmente con cada progenitor?, ello supondría cambiar por meses de habitación y entorno, y acostumbrarse a una manera diferente cada dos meses de afrontar sus limitaciones dependiendo del progenitor bajo cuya custodia esté en ese periodo".

Dicho esto, esta Sala no advierte error alguno en la resolución dictada. Parece acertado, atendiendo a las circunstancias personales del menor, su relación con la hermana mayor y la referencia materna que se ha mantenido desde las medidas provisionales encomendar la guarda y custodia a la madre, pues con ello no solo se propicia una estabilidad y referencia para el menor, sino también el mantener al mismo alejado de los conflictos y tensiones entre los progenitores, para de esta manera evitar que los mismo afecte a su estabilidad personal.

Es por ello, por lo que no se puede atender la petición que de forma subsidiaria se ejercita concerniente a la atribución al apelante de la guarda y custodia.

Se desestima el motivo.

Se cuestión por el recurrente también como error en la valoración de la prueba que se atribuya el uso y disfrute de la vivienda a la madre. El pronunciamiento de la sentencia está en consonancia con lo que dice el artículo



96 del Código Civil por lo que poco más se puede decir al respecto, no advirtiendo ello error alguno, sino el cumplimiento de lo previsto por el legislador.

Se desestima el motivo.

No se comparte el que la sentencia haya establecido una pensión compensatoria en favor de doña Alicia de 100 euros mensuales, pretendiendo que se revoque dicho pronunciamiento y que no se fije pensión alguna en favor de dicho cónyuge.

Se ha dicho por esta Audiencia Provincial en sentencia de fecha 18 de noviembre de 2009: " *Examinaremos ahora, someramente por lo reiterado de la jurisprudencia sobre la materia y además, por recogerse en la Sentencia apelada, los requisitos establecidos para el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria. Éste descansa en dos presupuestos o requisitos objetivos: a) La existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos, y b) Que esa situación económica sea consecuencia directa o esté vinculada causalmente al hecho de la separación o divorcio, y no a cualesquiera otras circunstancias ajenas a la separación matrimonial; pensión que tiene una naturaleza claramente diferente de la alimenticia prevenida en los arts. 143, 150 y 152 CC, como apuntó la STS 29-6-1988 y se infiere del propio tenor del art. 97 CC, ya que la contemplada en este último precepto tiene el carácter de mera reparación o compensación determinada por el desequilibrio económico de un cónyuge en relación con el otro que implique un empeoramiento de su situación económica durante el matrimonio; prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, al margen de toda culpabilidad, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida matrimonial; como declara la STS núm. 307/2005 de 28 abril, cuando dice que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora, siendo su presupuesto esencial la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura; añadiendo que no hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge; debiendo valorarse para su concesión, además del caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, otros factores, entre ellos, la duración del matrimonio y de la convivencia, la dedicación pasada y futura a la familia y la edad y estado de salud de los interesados.*" Al propio tiempo en la de fecha 10 de noviembre de 2009 se ha dicho con relación a la extinción de la pensión compensatoria que: "Con este punto de partida debe decirse que el artículo 101 del C. Civil, determina que el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó entre otras causas que aquí no interesan, o lo que es lo mismo, Por haber cesado el desequilibrio económico que para la esposa, en este caso, supuso el divorcio en relación con la posición del otro cónyuge y que el llevó a un empeoramiento económico en su situación anterior al matrimonio. El artículo 100 de la Ley Sustantiva dispone que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. El Código, por tanto, establece un criterio objetivo, y no aspectos subjetivos relativos a las necesidades del acreedor y deudor. Lo primero que debe hacerse por un instante de modificación, es determinar cuál fue la fortuna que se tuvo en cuenta para adoptar la cuantía de la pensión, como requisito previo e ineludible, necesario para saber si se ha producido alteración sustancial de la misma, no bastando cualquier alteración, sino que es preciso, como se ha dicho, que sea sustancial, por alteración de las bases de establecimiento, debiendo la parte interesada en la modificación acreditar, que la alteración de la fortuna invocada ostenta entidad patrimonial suficiente, estable y permanente para romper el equilibrio que instauró la pensión."

Pues bien a la vista de la valoración que se hace en la sentencia por el Juez de Instancia de las circunstancias concurrentes en el caso de autos, tales como duración del matrimonio, dedicación a la familia, ingresos y durante y después del matrimonio, tanto de uno como de otro cónyuge, no parece que el importe fijado sea desproporcionado, sino respetuosa con la duración del matrimonio, la dedicación, la situación económica y la edad de la persona que al recibe, sin que lo anterior se vea desvirtuado en esta alzada con los alegatos del apelante, pues el importe de la misma no parece que pueda permitir a quien la recibe despreocuparse por su situación económica porque la cuantía le permita vivir de forma despreocupada, siendo por ello compatible dicha cuantía con los ingresos que percibe por ser cuidadora de su hijo dependiente, es por ello, por lo que el motivo no puede prosperar.

Tampoco puede prosperar la impugnación que se hace de la sentencia por la doña Alicia en cuanto al importe de la cuantía fijada como pensión compensatoria, la cual pide por este concepto la suma de 350 euros mensuales.

Y es así, es decir, no se puede atender dicho pedimento, pues la justificación que se hace del incremento pretendido, no se funda en la existencia del desequilibrio que para una parte supone la ruptura matrimonial,



fundamento de la pensión compensatoria, sino en los gastos a los que de entender, lo cual no parece que este en consonancia con la finalidad que se pretende con al establecer una pensión compilatoria.

**TERCERO.-** Segundo motivo del recurso de apelación. De la incongruencia de la sentencia. Esta Audiencia Provincial en sentencia de fecha 8 de octubre de 2013, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo y en lo que aquí ahora interesa, que: "( i).- «Constituye doctrina de esa Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada ( SSTS de 11 de febrero de 2010, RC n.º 2524/2005 , 21 de enero de 2010, RC n.º 2349/2005 ). Hay incongruencia ultra petita [exceso de lo pedido] cuando se concede más de lo solicitado por la parte litigante ( SSTS de 23 de junio de 2004, RC n.º 1803/1998 , 17 de septiembre de 2008, RC n.º 4002/2001 ).»

Y sigue diciendo: "La Sala Primera del Tribunal Supremo califica mayoritariamente como incongruencia «citra petita» la que consiste en dejar incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes, siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita [ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de noviembre de 2002 (ROJ: STS 7404/2002 ); 3 de abril de 2003 (ROJ: STS 2300/2003 ); 21 de julio de 2003 (ROJ: STS 5229/2003 ); 23 de julio de 2003 (ROJ: STS 5307/2003 ); 6 de noviembre de 2003 (ROJ: STS 6925/2003 ); 15 de diciembre de 2003 (ROJ: STS 8053/2003 ); 20 de abril de 2004 (ROJ: STS 2559/2004 ); 23 de junio de 2004 (ROJ: STS 4400/2004 ); 28 de abril de 2005 (ROJ: STS 2658/2005 ); 22 de diciembre de 2005 (ROJ: STS 7521/2005 ); 28 de febrero de 2006 (ROJ: STS 1058/2006 ); 27 de marzo de 2006 (ROJ: STS 1713/2006 ); 18 de mayo de 2006 (ROJ: STS 2975/2006 ); 24 de mayo de 2006 (ROJ: STS 3314/2006 ); 20 de noviembre de 2006 (ROJ: STS 6938/2006 ); 18 de diciembre de 2006 (ROJ: STS 7793/2006 ); 13 de febrero de 2007 (ROJ: STS 679/2007 ); 19 de junio de 2007 (ROJ: STS 4301/2007 ); 25 de junio de 2007 (ROJ: STS 4477/2007 ); 20 de julio de 2007 (ROJ: STS 5834/2007 ); 23 de julio de 2007 (ROJ: STS 5387/2007 ); 30 de octubre de 2007 (ROJ: STS 7756/2007 ); 29 de noviembre de 2007 (ROJ: STS 7786/2007 ); 16 de enero de 2008 (ROJ: STS 5/2008 ); 22 de enero de 2008 (ROJ: STS 137/2008 ); 12 de marzo de 2008 (ROJ: STS 3822/2008 ); 18 de junio de 2008 (ROJ: STS 4750/2008 ); y, 17 de septiembre de 2008 (ROJ: STS 4759/2008 ), ex pluribus".

Dicho esto, no existe incongruencia alguna, sino discrepancia. En efecto. El Auto de fecha 25 de noviembre de 2015 dictado como aclaración y complemento de sentencia se pronuncia sobre lo que ahora se dice incongruencia por no haber dicho nada en la sentencia, sin embargo, basta leer el Fundamento de Derecho primero para ver que lo que se dice ahora como defecto de la resolución no es tal, pues está resuelto en el Auto citado, sin que lo aducido por la parte en esta alzada al respecto tengan la relevancia jurídica necesaria para que ello sea alterado.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** No se hace pronunciamiento condenatorio alguno en materia de costas, ni las generadas por el recurso de apelación ni las causadas por la impugnación de la sentencia.

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

## FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos y desestimamos el recurso de apelación entablado por don Santos Pascua Díaz, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación y de don Benito , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de DIRECCION000 en fecha 28 de septiembre de 2015 aclarada por Auto de fecha 25 de noviembre de 2015, se confirma la sentencia apelada sin imposición de costas.

Debemos desestimar y desestimamos la impugnación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de DIRECCION000 en fecha 28 de septiembre de 2015 aclarada por Auto de fecha 25 de noviembre de 2015 entablada por doña Ana Rosa Calleja García, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación y de doña Alicia , se confirma la sentencia impugnada sin imposición de costas y, con pérdida, en su caso, del depósito constituido en el Juzgado de instancia.

Contra esta sentencia, se puede interponer recurso de casación por infracción procesal, o por interés casacional, en su caso, cumpliéndose, en ambos supuestos, con los requisitos exigidos por los artículos 469 de la LEC , en relación con la disposición final decimosexta , o 477.2.3 del mismo cuerpo legal . Debiéndose interponer, mediante escrito, firmado por letrado y procurador, y a presentar ante esta misma Sala. Formalizándose dicho recurso en el término de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución. Y debiendo, igualmente, procederse al ingreso de la cantidad de 50 euros, en concepto de depósito.





Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ