



Roj: **SAP B 1082/2016 - ECLI:ES:APB:2016:1082**

Id Cendoj: **08019370122016100038**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **20/01/2016**

Nº de Recurso: **451/2014**

Nº de Resolución: **30/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº 451/2014-R

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 3 GRANOLLERS (ANT.CI-3)

MODIFICACIÓN MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO NÚM. 145/2013

SENTENCIA Nº 30/16

Ilmos. Sres.

DON JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON

DON JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

DON VICENTE BALLESTA BERNAL

En la ciudad de Barcelona, a veinte de enero de dos mil dieciseis.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Modificación medidas supuesto contencioso, número 145/2013 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 3 Granollers (ant.CI-3), a instancia de D. Juan María , representado por la procuradora DOÑA SILVIA MOLINA GAYA y dirigido por el letrado D. MANUEL MONTAÑES , contra DOÑA Serafina , representada por la procuradora DOÑA ANA M^a ROCA VILA y dirigido por el letrado D. PEDRO CASTAÑO FUENTES; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 29 de julio de 2013, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo, en parte, la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a Silvia Molina Gaya en nombre y representación de DON Juan María contra D^a Serafina debo acordar y acuerdo modificar en parte las medidas que rigen el divorcio de los expresados progenitores, de la siguiente manera:

1.- Se establece la guarda y **custodia compartida** de los menores Franco e Cesar por semanas alternas con intercambio los lunes en el centro escolar, de tal manera que comenzará los lunes a la salida del centro escolar y finalizará el lunes siguiente a la hora de entrada en el centro escolar, siendo la primera semana para el comienzo del sistema la semana de inicio del colegio y corresponderá esa semana a la madre.



Ambos progenitores deberán comenzar en el plazo máximo de dos meses una terapia familiar con el fin de resolver los conflictos personales y la falta de comunicación, a tal efecto, deberán informar a este Tribunal en el plazo máximo de un mes la lista de los terapeutas que sean de su elección a fin de proceder a la designación de uno de ellos, debiendo advertirse a los progenitores que la negativa a someterse al tratamiento o a colaborar en el mismo podrá determinar la privación de la guarda y **custodia**.

2.- Se fija el siguiente régimen de visitas:

-Las semanas en las que le corresponda al padre la guarda y **custodia**, la madre podrá estar con sus hijos los jueves desde la salida del centro escolar hasta el día siguiente a la hora de entrada al centro educativo.

- Las semanas en las que le corresponda a la madre la guarda y **custodia**, el padre podrá estar con sus hijos los jueves desde la salida del centro escolar hasta el día siguiente a la hora de entrada del centro educativo.

- Cada progenitor tendrá en su compañía a los menores durante la mitad de las vacaciones de Navidad-Reyes, Semana Santa-Pascua y Verano, correspondiendo en los años impares el primer periodo a la madre y en los años pares al padre. El verano se distribuirá en 6 periodos, correspondiendo los periodos impares al padre en los años impares y a la madre en los pares, siendo los 6 periodos los siguientes: 1) los días de junio que se correspondan con vacaciones escolares de verano; 2) la primera quincena de julio, finalizando el 15 de julio a las 21 horas; 3) la segunda quincena de julio, finalizando el 31 de julio a las 21 horas; 4) la primera quincena de agosto, que finalizará el 15 de agosto las 21 horas; 5) la segunda quincena de agosto que finalizará el 31 de agosto a las 21 horas y 6) los días de septiembre que sean de vacaciones escolares de verano.

Las recogidas y entregas de los menores serán, bien en el centro escolar o en el domicilio del progenitor en que se hallen.

3.- No procede atribuir a progenitor alguno el uso de la vivienda familiar.

4.- Cada uno de los progenitores deberá abonar los gastos de los menores cuando se encuentren en su compañía y por mitad los gastos escolares obligatorios de los menores, entendiéndose por tales, entre otros, la matrícula, el AMPA, el seguro escolar, libros, material escolar o uniforme.

5.- Deberán abonarse por mitades iguales los gastos extraordinarios siguientes: actividades extraescolares, siempre que haya consentimiento previo, en caso contrario, se satisfará por el progenitor que lo desee, siempre que cuente con el consentimiento del hijo y los **gastos** médicos y farmacéuticos, que sean necesarios y que no sean objeto de cobertura por la seguridad social, incluyendo los de cobertura parcial en lo que no alcance dicha cobertura, haya o no consentimiento del otro progenitor.

Todo ello, con mantenimiento de las demás medidas acordadas en la resolución antecedente en lo que no sea contrario a lo aquí resuelto y sin que haya lugar a imponer a parte alguna la condena al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado; se dio traslado a la contraria, con el resultado que obra en las actuaciones, y se elevaron las mismas a esta Audiencia Provincial. Habiéndose solicitado, se practicó prueba en esta alzada con el resultado que obra en el rollo.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 13 de enero de 2016.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los contenidos en la sentencia apelada, en cuanto no sean contradictorios con los de la presente resolución, y;

PRIMERO.- La sentencia definitiva del proceso de modificación de medidas de divorcio, dictada en sede del primer grado jurisdiccional, ha sido objeto de apelación por la demandada DOÑA Serafina .

En la formulación del recurso de apelación se solicita, frente a los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia: a) la infracción de las normas o garantías procesales, y en concreto de los artículos 24 de la Constitución y del artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; b) la conculcación del artículo 429 de la ley de Enjuiciamiento Civil al denegarse medios probatorios solicitados en el acto de la vista del juicio verbal; c) la no concurrencia de los presupuestos del artículo 233-7 del Código Civil de Cataluña , y no ya del Código de Familia como cita erróneamente la recurrente en su recurso, para determinar la modificación de las



medidas decretadas en un proceso matrimonial; d) el mantenimiento de la guarda y **custodia** de los hijos del matrimonio Franco y Cesar en favor de la progenitora, con el régimen de visitas paterno-filial establecido en la sentencia de divorcio, e) subsidiariamente, ante el supuesto de confirmarse la guarda y **custodia compartida** de los menores en favor de ambos progenitores, se atribuya el uso de la vivienda, otrora conyugal, a la progenitora, por ostentar un interés más necesitado de protección, y; b) se establezca la contribución del progenitor en un sesenta por ciento, para atender los gastos escolares de los menores, las colonias, libros, etc, y los de carácter extraordinario, mientras que la contribución de la madre será del cuarenta por ciento.

El apelado DON Juan María se ha opuesto a las pretensiones del recurso de apelación, instando la plena confirmación de la sentencia de primera instancia, y el Ministerio Fiscal ha solicitado, asimismo, la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia 6 de Granollers no infringió las prescripciones del artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues tuvo conocimiento de la incoación de proceso penal por presuntos actos de violencia de género, el día 26 de abril de 2013, cuando ya se había señalado día y hora para la celebración de la vista del juicio verbal de modificación de medidas, y en concreto para el 18 de septiembre de 2013, en virtud de diligencia de ordenación del Secretario Judicial, dictada el 25 de abril de 2013, por lo que había transcurrido el límite legal para la procedencia de la inhibición de lo actuado, en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

TERCERO.- En cuanto a la práctica de determinados medios de prueba no admitidos en el procedimiento de la primera instancia, la demandante petitionó en la segunda instancia la práctica del interrogatorio del demandante y el informe del SATAF, habiéndose decidido por este tribunal de apelación, en Auto dictado el 4 de junio de 2014, la inadmisión de tales medios instructivos, por lo que no puede ya considerarse infracción de las normas procedimentales sobre la práctica de la prueba, desde el momento que el tribunal de la alzada procedimental ha considerado la innecesariedad de la práctica de las pruebas solicitadas, con examen de los artículos 460 y 270 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- En la sentencia de divorcio de 11 de junio de 2011, se atribuyó la guarda y **custodia** de los menores Franco y Cesar, que entonces tenían 7 y 3 años de edad, en favor de la progenitora, pronunciamiento que fue confirmado por la sentencia de esta Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 2012, tras el examen y valoración de informe psicológico de parte y del emitido por el SATAF.

Se observó, entonces, una relación muy conflictiva entre los progenitores, dejando a los hijos del matrimonio en situación vulnerable, ya que estaban situados en medio de la problemática, con la consecuencia de que cada uno de los progenitores se centraba en demostrar a sus hijos los aspectos negativos del otro, quedando en segundo término las necesidades filiales.

Se apreció la situación emocional de Franco, de 7 años de edad, con muestras de fragilidad, y la circunstancia de tener en su madre la figura referencial en las tareas de cuidado y atención diaria. Se consideró que no obstante las capacidades parentales de ambos progenitores, no era pertinente la constitución de un sistema de guarda y **custodia compartida**, dada la ausencia de medios de comunicación entre los progenitores y la existencia de profundas divergencias en los sistemas educativos.

Se tuvo en cuenta, en interés de los menores, el informe del SATAF, en cuanto a la necesidad de incrementar la responsabilidad parental del progenitor, en cuanto al cuidado y atenciones de sus hijos, con la consecuencia de mantener el amplio régimen de visitas establecido, de fines de semana alternos, desde el viernes al domingo, dos tardes intersemanales desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas, y la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano.

En las actuaciones propias del presente proceso de modificación de medidas se han constatado un cúmulo de circunstancias sobrevenidas para justificar la constitución, ahora, de un sistema de guarda y **custodia compartida**.

Los menores en el momento del dictado de la presente sentencia, en sede de la alzada procedimental, ya tienen 11 y 7 años de edad, por lo que se encuentran en mejor situación intelectual para adaptarse a una guarda y **custodia compartida**.

Además tras observar los criterios del artículo 233-11 del Código Civil de Cataluña, es de apreciar que ahora el progenitor dispone de vivienda propia en donde se pueden atender las necesidades de los menores, cerca del centro escolar y del domicilio materno, cuando antes residía en casa de sus padres.

El régimen de visitas de los menores con su progenitor se ha desarrollado sin incidencias sustanciales que impidan la **custodia compartida**, lo que ha facilitado, dada su extensión, una amplia comunicación paterno-filial, con evidentes lazos afectivos propios o derivados del contacto personal.



La conflictividad entre las partes se ha debilitado, no obstante hacer uso la progenitora de denuncias penales, en el curso del presente proceso civil que no impiden constituir una **custodia compartida**.

La guarda y **custodia compartida** ha de ser pues mantenida, en el sentido establecido en la sentencia del proceso de modificación de medidas de la primera instancia, veniéndose desarrollando desde hace dos años y casi seis meses, desde el dictado de la indicada resolución, sin incidencias sustanciales que, en interés de los menores, indique la necesidad de dejarla sin efecto, ni siquiera tras el informe emitido en las sesiones de terapia familiar, en donde no se pone de manifiesto la inviabilidad del sistema de **custodia compartida** actual, decretado desde la sentencia de 29 de julio de 2013 .

QUINTO.- En el supuesto de la guarda y **custodia compartida** ha de estarse, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, de propiedad **compartida** entre las partes, a las prescripciones del artículo 233-20 a) del Código Civil de Cataluña . En la sentencia de divorcio, en la que se atribuyó el uso del domicilio conyugal en favor de la progenitora por ostentar la guarda y **custodia** de los hijos del matrimonio, mientras durasen las funciones derivadas de los mismos, también se declaró el cese del estado de indivisión del inmueble, y su liquidación en fase de ejecución de sentencia, si bien manteniendo el uso en favor de la progenitora salvo declaración de extinción del mismo por sentencia judicial.

En el caso enjuiciado no se aprecia un interés más necesitado de protección, que determine el mantenimiento del uso temporal de la vivienda conyugal en favor de la demandada, con posibilidad de prórroga legal, dado ser similares los ingresos de los sujetos del proceso, al constarse que los de la demandada ascienden a unos 32.500 euros anuales y los del accionante a 34.400 euros anuales, a tenor de las nóminas y declaraciones fiscales obrantes en autos.

Procede, en consecuencia, como ha efectuado la sentencia apelada, no efectuar especial pronunciamiento sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de uno u otra de las partes, permitiéndose así la liquidación de la misma, a tenor del acuerdo de las partes, o en virtud de enajenación a tercero, salvo que uno de los titulares del dominio exprese su interés en adjudicarse la íntegra propiedad, satisfaciendo al otro el valor de su participación. Ha de estarse, en consecuencia a las prescripciones del artículo 552-11.5 del Código Civil de Cataluña .

SEXTO.- El fundamento jurídico cuarto de la sentencia, en cuanto la contribución de los progenitores en las necesidades de sus hijos, gastos escolares, AMPA, seguro escolar, libros, material escolar y uniformes, asimismo en cuanto a los gastos extraordinarios y extraescolares, ha de ser confirmado, en el sistema actual de guarda y **custodia compartida**, sin que proceda establecer una distinta participación en el sentido expresado por la recurrente.

SÉPTIMO.- La concurrencia de dudas de hecho sobre la materia propia del recurso de apelación, determinan que no proceda efectuar especial declaración de condena de las costas procesales derivadas del mismo, por quiebra del principio del vencimiento objetivo del artículo 394.1, al que remite el 398.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora DOÑA ANA MARIA ROCA VILA, en nombre y representación de DOÑA Serafina , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granollers, el 29 de Julio de 2013 , en proceso de modificación de medidas número 145/2013, con la consecuencia de la plena confirmación de la sentencia de primera instancia, y sin efectuar especial declaración de condena de las costas procesales derivadas del recurso de apelación.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1.3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.