



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
VALLADOLID**

SENTENCIA: 00080/2021

Modelo: N10250
C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 **Fax:** 983413482/983458513
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSV

N.I.G. 47186 42 1 2019 0000693

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000373 /2020

Juzgado de procedencia: JDO.DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.1 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000052 /2019

Recurrente:

Procurador: MARIA ISABEL MACIAS AMIGO

Abogado: RICARDO IZQUIERDO VALLADARES

Recurrido: MINISTERIO FISCAL,

Procurador: , FRANCISCO JAVIER STAMPA SANTIAGO

Abogado: , ENCARNACION DIAZ GUTIERREZ

SENTENCIA num. 80/2021

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL

D^a EMMA GALCERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a veintitrés de febrero de dos mil veintiuno.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Divorcio Contencioso núm. 52/19 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Valladolid, seguido entre partes, de una como **DEMANDANTE-APELANTE Dña. S**, representada por la Procuradora Dña. MARÍA ISABEL MACÍAS AMIGO y defendida por el letrado D. RICARDO IZQUIERDO VALLADARES, y **DEMANDADO-APELADO D. C**, representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER STAMPA SANTIAGO y defendido por la letrada Dña. ENCARNACIÓN DÍAZ GUTIÉRREZ, habiendo intervenido como parte apelada el **MINISTERIO FISCAL.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 13/02/2020, se dictó sentencia cuyo fallo dice así:

"Estimo parcialmente las demandas formuladas por la representación procesal de s. y de C

, y en su virtud, declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por ambas partes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración y sin expresa condena en costas a ninguna de las partes, asimismo se determinan las medidas siguientes:

1.-Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores de forma compartida a ambos progenitores en la forma señalada en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, conservando ambos progenitores la patria potestad compartida sobre éstos.

2.- Cada uno de los progenitores tendrá la obligación de atender a las necesidades alimenticias en sentido estricto de sus hijos menores mientras los menores esté en su compañía y los gastos extraordinarios deberán sufragarse por partes iguales en la forma señalada en la fundamentación jurídica. El padre, además, satisfará una pensión de 200 € mensuales a la madre para alimentos de los hijos menores (100 € para cada uno de ellos), pensión que se ingresará los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la madre.

3.- Se atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar a la esposa por tiempo de un año desde la fecha de la presente resolución momento en el que la esposa deberá abandonar el domicilio quedando éste a resultas del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. Los gastos derivados del uso de la vivienda corresponden a la esposa mientras ésta mantenga su uso.

4.- Se desestima la pretensión de establecer una pensión compensatoria a favor de la esposa."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de Dña. s. ,

se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso y por el Ministerio Fiscal se presentó escrito favorable al recurso de apelación. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 18/02/2021, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el **Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a s. interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento matrimonial de Divorcio que se ha seguido con el número 52/2019 ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer número Uno de Valladolid (al que fueron acumulados los autos de la misma clase número 222/2019 del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad promovidos por D.

), interesando la parcial revocación de dicha resolución, pues no cuestionándose la declaración del divorcio de los litigantes, se impugnan los pronunciamientos relativos a la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en la modalidad de compartida; a la pensión alimenticia de los mismos; al uso y disfrute del que fuera domicilio familiar a D^a s. e hijos con una limitación temporal de un año, y al rechazo al reconocimiento del derecho a una pensión compensatoria a su favor.

El Ministerio Fiscal, sin formular recurso, informa favorablemente al interpuesto por la Sra. abogando por dejar sin efecto la guarda y custodia compartida que ha sido establecida por el Juez de Instancia, y como consecuencia de ello, muestra también su conformidad con que la atribución del domicilio que fuera conyugal y familiar se adjudique a la apelante e hijos hasta el momento de liquidación de la sociedad ganancial.

SEGUNDO.- El primero y principal motivo del recurso de apelación de la Sra. es el atinente a la decisión del Juez de Instancia de establecer una guarda y custodia compartida de los dos hijos menores de edad de ambos



litigantes (y , de 14 y 10 años de edad respectivamente), a desarrollar por periodos semanales alternos de lunes a lunes, en los respectivos domicilios de cada progenitor en la localidad de (Valladolid).

Insiste la apelante para sustentar su recurso en la prohibición dispuesta en el artículo 92.7 del Código Civil, en los informes del equipo pericial psicosocial de los Juzgados de Familia que obran en autos, en el propio informe del Ministerio Fiscal y en la continuada situación de falta de respeto mutuo y conflictividad existente entre ambos progenitores, para propugnar la revocación del pronunciamiento del Juez de Instancia y que en su lugar se disponga una guarda y custodia exclusiva a su favor con fijación de un amplio régimen de visitas a favor de D. .

Sorprende en el recurso la apelante denunciando la infracción del mandato del artículo 92.7 del Código Civil que considera comete la resolución recurrida, al señalar que además de la condena por injurias leves del artículo 173.4 del Código Penal que le fue impuesta a D. , existía al tiempo de interponerse el recurso de apelación un procedimiento abreviado pendiente de juicio en el que ella misma resulta denunciada por "amenazas con instrumento peligroso en el ámbito familiar", puesto que siendo así, la rígida e inflexible aplicación que propugna de lo establecido en el referido precepto -"No procederá la guarda conjunta..."-, pondría incluso en tela de juicio la posibilidad de otorgar una custodia exclusiva a favor de cualquiera de ambos progenitores.

En la resolución recurrida analiza sin embargo el Juez de Instancia con adecuado y proporcional criterio, y de forma detallada y pormenorizada, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación al sistema de guarda y custodia en la modalidad denominada "compartida", incidiendo en todas las circunstancias fácticas concurrentes y enfatizando que una aplicación maximalista de lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil podría incluso redundar en perjuicio del superior interés de los menores que se pretende "a priori" preservar. En este sentido, el propio Tribunal Supremo en sentencias, entre otras de 11 de febrero y 26 de mayo de 2016, ha señalado que en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar

el interés del menor y que el concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara"».

Asimismo, ponderando la trascendencia de la condena por injurias leves, ex artículo 173.4 del Código Penal, impuesta al sr. , y pese a enmarcarse en el título del Código Penal que regula los denominados "delitos contra la integridad moral", entendemos con el Juez de Instancia que debe considerarse el carácter aislado de la situación en que se produjeron los hechos en el curso de la crisis conyugal que motivaron la condena y su escasa trascendencia, lo que parece suficiente para entender que los mismos difícilmente pudieran integrar plenamente el trato "degradante" de menoscabo a la integridad moral que refiere el mismo artículo 173 del Código Penal en sus apartados primero y segundo, dado que no puede estimarse que ese único hecho aislado fuera suficiente para crear en la víctima los sentimientos de angustia, temor y miedos característicos del trato degradante, según refiere la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que insiste en la necesidad de una situación reiterada y habitual de menoscabo, hostilidad y humillaciones a la víctima.

Además, en la apreciación de los elementos que han permitido al Juez de Instancia adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, no existiendo acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que se pueden recabar de acuerdo con lo que dispone el artículo 92.9 del Código Civil. Estos informes obran en autos y el Juzgador "a quo" los ha valorado suficientemente para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de adoptar la guarda y custodia compartida en beneficio de los menores afectados, tal y como ha venido recordando el Tribunal Supremo

en sentencias, entre otras, de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009.

Precisamente, la reforma del año 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del Juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorarlos a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés de los menores. Pero a partir de aquí, su decisión está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, pudiendo ser revisada cuando sea arbitraria (caso de la STS de 1 octubre 2010), o bien llegue a conclusiones erróneas (casos de las SSTS de 10 marzo 2010 y 8 octubre 2009), porque debe repetirse que el Juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar, y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas (art. 120.3 CE y art. 218.2 LEC), para evitar la arbitrariedad.

El Juzgador de Instancia toma en consideración unos informes periciales que no desaprueban de forma tajante la guarda y custodia compartida -desaconsejándola solo porque el progenitor masculino residía en ese momento en otra localidad-, pero que reconocen en ambos progenitores no padecer patologías o deficiencias que les impidieran el ejercicio de su respectivo rol parental, con estructuras de personalidad dentro de la normalidad y adecuado nivel de inteligencia general, así como la existencia de un fuerte vínculo afectivo de los menores con ambos progenitores. Es por ello que el cambio de domicilio de D. C a la localidad de residencia de sus hijos con su madre, que ha sido acreditado, el fuerte vínculo afectivo y emocional de este con sus hijos y la existencia de positivas pautas de interacción confluyen para considerar, como lo hace el Juez de Instancia con racional, ponderado y lógico criterio que este Tribunal de Apelación expresamente comparte, que no existe impedimento alguno, teniendo además en cuenta la edad de los hijos (que alcanzan ya los 11 y 14 años), para el mantenimiento de la guarda y custodia compartida que ha sido establecida en la instancia. Son irrelevantes al pretendido objeto de revocar el pronunciamiento efectuado en la instancia las denuncias presentadas por D^a S. una vez dictada la sentencia de cuya impugnación se trata, pues su formulación revela su carácter

puramente instrumental. Es por ello que el motivo de recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso se refiere a la pensión de alimentos a cargo de D. C . En la resolución recurrida, y pese a disponerse el régimen de guarda y custodia compartida, se fija la obligación de D. C de contribuir a los alimentos de sus hijos -a mayores de la obligación a cada progenitor impuesta de atender los gastos de los menores cuando se encuentren con cada uno de ellos-, con la cantidad de 200 € mensuales a satisfacer a D^a s. en los cinco primeros días de cada mes. En el recurso de apelación se propugna que dicha suma, asociada al cambio de régimen de guarda postulado, se incremente a la cantidad de 350 € mensuales. Nada se alega en el recurso acerca del pretendido incremento en la prestación alimenticia que pudiera justificar dicha cantidad aun manteniéndose el régimen de custodia compartida que supone que los gastos de los menores ya son directamente atendidos por D. C durante el tiempo de convivencia con ellos. Este segundo motivo de recurso debe por tanto ser también desestimado.

CUARTO.- En el tercero de los motivos del recurso cuestiona la apelante la decisión del Juez de Instancia de limitar el uso y disfrute exclusivo de la vivienda familiar por tiempo de un año, propugnando que dicha atribución, en consonancia con la atribución de la guarda y custodia exclusiva interesada en su recurso, lo sea sin limitación temporal o, a lo sumo, hasta la liquidación de la sociedad ganancial.

La cuestión es también resuelta acertadamente por el Juez de Instancia. Descartada la atribución de una guarda y custodia exclusiva a favor de D^a s. aplica de manera absolutamente ajustada a derecho y del todo conforme con el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, la doctrina de dicho Tribunal emanada que propugna, para los supuestos de guarda y custodia compartida, la aplicación analógica del segundo párrafo del artículo 96 del Código Civil, disponiendo un límite temporal de adjudicación al interés más necesitado de protección, que en este caso se señala en un año desde el dictado de la sentencia.

En el supuesto que nos ocupa el Juez de Instancia dispone que una vez cumplido el indicado plazo de adjudicación a la Sra. (1 año), deberá esta abandonar el

domicilio que quedaría a resultas del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. Esa última decisión daría lugar a una indeseable situación de falta de legitimación en cualquiera de los progenitores para su uso y disfrute efectivo, y por ello este Tribunal de Apelación ha venido disponiendo en sus resoluciones más recientes, de las que son ejemplo las sentencias de fechas 30 de junio y 30 de septiembre de 2020, que si a la finalización del tiempo de uso fijado con carácter exclusivo no se hubiese producido la liquidación de la sociedad ganancial, ni la extinción del condominio, ambos progenitores se alternarán en el uso de la vivienda familiar por periodos de seis meses, comenzando esos periodos alternativos de uso posteriores a la finalización del uso exclusivo el progenitor que no disfrutó de dicha adjudicación exclusiva, en este caso D. C .

QUINTO.- Finalmente es objeto de impugnación el pronunciamiento relativo a la decisión del Juez de Instancia de no reconocer a la apelante su pretendido derecho a una pensión compensatoria, que en el suplico del recurso se concreta en la cantidad de 150 € mensuales durante dos años, o en todo caso según el propio texto el recurso entre 50 ó 100 € durante un año.

El Juez de Instancia, tras un completo y exhaustivo análisis del concepto, naturaleza y finalidad de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código Civil, así como de la conocida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que lo interpreta, concluye que no se aprecia la existencia de un desequilibrio económico en la apelante en relación con la posición de D. c. a consecuencia de la ruptura de la convivencia conyugal y familiar que implique empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, por cuanto D^a s. ha venido trabajando ininterrumpidamente desde el año 1994, esto es, antes de contraer matrimonio, y cursa baja laboral precisamente al tiempo de cesar en la convivencia con D. c. y comenzar la separación de hecho; es por ello que su situación de inactividad laboral (paro) al tiempo del dictado de la sentencia de divorcio y de interposición del recurso de apelación, y por tanto su menor percepción de ingresos en comparación con los que percibe aquél en el momento actual, en modo alguno puede ser consecuencia, como bien señala el Juez de Instancia, de una pérdida de oportunidades durante el matrimonio, o de la ruptura de la

convivencia y por ello resuelve con acierto al desestimar su pretensión, sin que en el recurso se argumente de manera suficiente la infracción que del mentado precepto legal habría cometido el Juez de Instancia al resolver esta petición como lo ha hecho.

SEXTO.- Pese a desestimarse el recurso de apelación que ha sido interpuesto, no se hace especial pronunciamiento de condena en las costas procesales causadas por esta impugnación, puesto que cabe considerar que en el supuesto enjuiciado concurren las dudas jurídicas (de derecho) que, conforme a lo establecido en el artículo 394.1 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil, justifican que no se siga el criterio del vencimiento objetivo, y ello porque resulta controvertida la aplicación en el supuesto enjuiciado del artículo 92.7 del Código Civil -como lo prueba la postura favorable al recurso del Ministerio Fiscal-, y además se matiza por este Tribunal el pronunciamiento relativo al uso y disfrute de la vivienda familiar. Arts. 394 y 398 de la L.E.C.

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

F A L L A M O S

Que **desestimando el recurso de apelación** interpuesto contra la sentencia que ha sido dictada con fecha 13 de febrero de 2020 en el procedimiento matrimonial de Divorcio que se ha seguido con el número 52/2019 ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer número Uno de Valladolid, debemos **confirmar y confirmamos** la referida resolución, señalando tan solo, en relación con la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar que ha sido efectuado en la misma, que si a la finalización del tiempo de uso fijado con carácter exclusivo no se hubiese producido la liquidación de la sociedad ganancial, ni la extinción del condominio, ambos progenitores se alternarán en el uso de la vivienda familiar por periodos de seis meses, comenzando esos periodos alternativos de uso posteriores a la finalización del uso exclusivo el progenitor que no disfrutó de dicha adjudicación exclusiva, y todo ello sin hacer expresa condena en las costas procesales causadas por esta apelación.

La confirmación de la resolución de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que se dará el destino legal. (D. A. 15ª de la L.O.P.J. según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre).

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.