

MODIFICACION DE MEDIDAS. CAMBIO DE GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA A GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. CONFLICTIVIDAD ENTRE LOS PROGENITORES NO TIENE ENTIDAD SUFICIENTE. TRANSCURSO DEL TIEMPO, NUEVO NUCLEO FAMILIAR DEL PADRE. DESEO DEL MENOR SEGUIR IGUAL PERO NO TIENE ENTIDAD. BUENA RELACION DEL HIJO CON LA NUEVA PAREJA DEL PADRE.

La madre solicitar que se denie la custodia compartida toda vez que desde la fecha de la ruptura de la convivencia (divorcio) ha venido rigiendo a satisfacción en las relaciones personales y familiares.

El padre solicitar la custodia compartida en base a

- una mayor estabilidad familiar del actor/apelado con la creación de un nuevo núcleo familiar al que Obdulio está perfectamente adaptado,
- lo que unido al inexorable transcurso del tiempo -que contaba nueve años de edad al tiempo de la demanda-

la audiencia confirma la custodia compartida en base a

- no solo es una solución que parece del todo conforme a los criterios que más arriba se han manifestado,
- sino además porque al margen del tiempo transcurrido desde la fecha de la ruptura de la convivencia, cuando Obdulio tenía solo tres años de edad, de su edad actual -al tiempo de dictarse esta resolución próximo ya a cumplir los 11 años de edad-,
- del mayor deseo de implicación de su padre en su devenir diario y en el de participar aún más en el crecimiento y desarrollo del menor en una fase evolutiva importante para su vida

En este sentido, es igualmente relevante que durante el periodo de pandemia y a consecuencia del confinamiento por COVID este régimen fue convenido voluntariamente entre las partes sin que se haya revelado que hubieran existido en su ejecución y desarrollo problemas que lo hicieran inviable o perjudicial para el menor Obdulio

Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid 11 de julio 2022 Número Sentencia: 292/2022 Número Recurso: 3/2022 Numroj: SAP VA 1003:2022 Ecli: ES:APVA:2022:1003 Ponente: [JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL](#) Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000114 /2021 Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

Cabecera: Guarda y custodia compartida o conjunta. Regimen de visitas comunicacion y estancia. Guarda y custodia exclusiva

Interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento matrimonial que se ha seguido con el número 114/2021 ante el juzgado de primera instancia número uno de medina del campo, sobre modificación de medidas definitivas adoptadas en anterior procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo seguido con el número 526/2014 ante el mismo juzgado de instancia y en la que se dispone un régimen e **guarda y custodia compartida entre ambos progenitores** con respecto del menor de edad obdulio, hijo de ambos litigantes, en régimen en alternancia semanal especificado en la resolución recurrida, la estancia del menor con su progenitores en los días del padre, de la madre y de su respectivos cumpleaños, así como disponiendo el **régimen de estancia** del menor con su progenitores en las vacaciones de verano y, finalmente, extinguiendo la obligación de abonar cantidad alguna en concepto de alimentos para su hijo, reiterando igualmente la obligación ya convenida al tiempo del divorcio de contribución de ambos al 50 porcentaje en el abono de los gastos extraordinarios que el menor genere.

PROCESAL: Falta de motivacion. Incongruencia omisiva. Subsancion de omision y complemento

Jurisdicción: Civil

Ponente: [José Ramón Alonso-Mañero Pardal](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 11/07/2022

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 292/2022

Número Recurso: 3/2022

Numroj: SAP VA 1003:2022

Ecli: ES:APVA:2022:1003

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00292/2022

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

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

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSV

N.I.G. 47085 41 1 2014 0000665

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000003 /2022

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000114 /2021

Recurrente: Lorena

Procurador: JAVIER DIEZ GONZALEZ

Abogado: VIRGINIA ANDRES GARCIA

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Jacinto

Procurador: , RAUL VELASCO BERNAL

Abogado: , ENCARNACION DIAZ GUTIERREZ

SENTENCIA num. 292/2022

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL

D^a EMMA GALCERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a once de julio de dos mil veintidós.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Modificación de Medidas Supuesto Contencioso núm. 114/2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Medina del Campo, seguido entre partes, de una como **DEMANDANTE-APELADO D. Jacinto** , representado por el Procurador D. RAÚL VELASCO BERNAL y defendido por la Letrada Dña. ENCARNACIÓN DÍAZ GUTIÉRREZ, de otra como **DEMANDADA-APELANTE Dña. Lorena** , representada por el Procurador D. JAVIER DÍEZ GONZÁLEZ y defendida por la Letrada Dña. VIRGINIA ANDRÉS GARCÍA, con la intervención como **APELADO del 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 29/10/2021, se dictó sentencia cuyo fallo dice así:

" ESTIMO la demanda interpuesta por D. Jacinto, representado por el Procurador Sr. Velasco Bernal y asistido por la Letrada Sra. Díaz Gutiérrez contra DÑA. Lorena , representada por el Procurador Sr. Díez González y asistida por la Letrada Sra. Andrés García, , y siendo Parte el Ministerio Fiscal y en consecuencia MODIFICO LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS POR SENTENCIA DE FECHA 13 DE NOVIEMBRE DE 2014, dictada en el procedimiento Divorcio de Mutuo Acuerdo 526/2014 en el sentido siguiente:

1. SE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA POR AMBOS PROGENITORES por semanas alternas: desde el lunes a la entrada del centro escolar, si fuera días lectivo, o, desde las 9:00 h, si no lo fuera, al lunes siguiente, a la salida del centro escolar, si fuera día lectivo, o bien hasta las 14:00, si no lo fuera. En días no lectivos, corresponderá al progenitor que inicie su periodo semanal de custodia, recoger al menor al inicio de la misma, en el domicilio o lugar en el que se encuentre el menor con el otro.

2. En cuanto al día del padre y del cumpleaños de éste, para el caso que no correspondiera al menor estar con él, en aplicación del régimen anteriormente establecido, el menor lo pasará con su padre, desde la salida del colegio, si fuera lectivo, o bien desde las 14:00 h, si no lo fuera, hasta las 20:00 h.

El día de la madre y del cumpleaños de ésta , para el caso que no le correspondiera al menor están con ella en dichas fechas, en aplicación del régimen anteriormente establecido, podrá estar Obdulio con la homenajeadada, desde la salida del colegio, si fuera lectivo, o bien desde las 14:00 h, si no lo fuera, hasta las 20:00 h.

3. EL RÉGIMEN DE VACACIONES ESCOLARES DE VERANO SERÁ EL SIGUIENTE: Las vacaciones del menor Obdulio se dividirán en seis, periodos. El primero, desde las 20:00 del último día de clase, hasta las 20:00 h del 30 de junio; el segundo desde las 20:00 del día 30 de junio, hasta las 20:00 del 16 de julio; el tercero, desde las 20:00 h del 16 de julio, hasta las 18:00 del 1 de agosto; el cuarto, desde las 18:00 h del 1 de agosto hasta las 20:00 h del 16 de agosto; el quinto, desde las 20:00 h del 16 de agosto, hasta las 20:00 h del 1 de septiembre; y, el sexto desde las 20:00 h del 1 de septiembre, hasta las 20:00 h del día anterior al del inicio de las clases.

A cada progenitor le corresponderá pasar con el menor tres de dichos periodos de manera alterna, y, a falta de acuerdo al respecto, corresponderá a la madre, elegir tales periodos, en los años pares, y, al padre, en los impares.

4. ACUERDO LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS QUE HA DE ABONAR EL PADRE A LA MADRE, SIENDO los gastos extraordinarios compartidos al 50% por ambos progenitores.

No procede realizar especial declaración sobre las costas causadas en este procedimiento.

Los efectos de esta resolución se producen desde la fecha de su dictado."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria y por el Ministerio Fiscal se presentaron sendos escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 07/07/2022, en que ha tenido lugar lo acordado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL RECURSO.

D^a Lorena interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento matrimonial que se ha seguido con el número 114/2021 ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Medina del Campo (Valladolid), sobre Modificación de Medidas Definitivas adoptadas en anterior procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo seguido con el número 526/2014 ante el mismo Juzgado de Instancia y en la que se dispone un régimen e guarda y custodia compartida entre ambos progenitores con respecto del menor de edad Obdulio, hijo de ambos litigantes, en régimen en alternancia semanal especificado en la resolución recurrida, la estancia del menor con sus progenitores en los días del padre, de la madre y de sus respectivos cumpleaños, así como disponiendo el régimen de estancia del menor con sus progenitores en las vacaciones de verano y, finalmente, extinguiendo la obligación de D. Jacinto de abonar cantidad alguna a D^a Lorena en concepto de alimentos para su hijo, reiterando igualmente la obligación ya convenida al tiempo del divorcio de contribución de ambos al 50% en el abono de los gastos extraordinarios que el menor genere.

Esta decisión de la Juez de Instancia es la que resulta objeto de impugnación en el recurso de apelación interpuesto en el que interesa la apelante un nuevo pronunciamiento que revoque y deje sin efecto el adoptado en la instancia y que, en su lugar, se mantenga el régimen de guarda y custodia exclusiva del menor Obdulio confiado a D^a Lorena hasta la fecha en vigor, en los términos ya interesados y con las modificaciones introducidas por el equipo psicosocial en su informe pericial.

Para ello, y pese a lo escueto del pedimento formulado en el suplico del escrito de recurso, que es lo que debería guiar el enjuiciamiento y decisión de este Tribunal de Apelación en correcta aplicación del mandato del artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la apelante con denuncia del error en la valoración de la prueba que considera ha sido cometida en la instancia cuestiona la decisión adoptada con respeto al concreto régimen de guarda y custodia del menor Obdulio en contra del dictamen pericial que aboga por el

mantenimiento de la custodia exclusiva a favor de D^a Lorena; denuncia igualmente el incumplimiento de la doctrina relativa a la modificación de medidas y necesidad de no conflictividad entre los progenitores, y finalmente aduce la falta de motivación de la sentencia en cuanto establece un régimen de visitas y vacaciones incompleto al no incluirse en las vacaciones de verano ocho periodos distintos en lugar de los seis que fija la sentencia recurrida, y haberse omitido mención alguna a las vacaciones de Navidad y Semana Santa.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación interpuesto e interesa su desestimación y confirmación íntegra de la sentencia dictada en la instancia.

SEGUNDO.- SOBRE LA VALORACIÓN PROBATORIA QUE HA SIDO EFECTUADA POR LA JUEZ DE INSTANCIA.

En relación con esta cuestión es sobradamente conocido el reiterado, constante y uniforme criterio de este Tribunal de Apelación conforme al cual la más adecuada solución de los recursos de apelación determina la necesidad de entrar en el examen y valoración de toda la prueba que obra unida a las actuaciones y haya sido tenida en consideración por el Juzgador de Instancia, pues el carácter ordinario del recurso de apelación -que efectivamente lo es-, somete al Tribunal que del mismo entiende el total conocimiento de la controversia suscitada, si bien siempre dentro de los límites del objeto o contenido del recurso y con respeto a la obligada congruencia. Desde esta perspectiva cabe señalar sin embargo que, tal y como ya es criterio uniforme, reiterado y constante de esta misma Audiencia Provincial (Sección Primera) en sintonía con el criterio jurisprudencial sentado, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2015, que aún a pesar de las amplias facultades revisoras de que goza el Tribunal "*ad quem*" solo será factible criticar la valoración que efectúe el Juzgador "*a quo*" de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia fuese ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica (SSTS de 9 de marzo de 2010, 11 de noviembre de 2010); se hubiera incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002); se extrajeran de la misma conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002, 13 diciembre 2003, 9 junio 2004); o finalmente, si se adoptasen en ella criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002).

Así las cosas, acontece de lo que consta actuado en el procedimiento que nos ocupa que la aplicación al supuesto enjuiciado del anterior criterio jurisprudencial sobre valoración de prueba ha de llevar necesariamente a este Tribunal de Apelación a la misma conclusión que la obtenida por la Juez de Instancia, cuyos acertados razonamientos expresamente se aceptan, asumen y hacen enteramente propios, dándoles íntegramente por reproducidos al objeto de evitar innecesarias repeticiones, ya que lejos de incurrir la Juzgadora "*a quo*" en los errores de valoración o interpretación probatoria que se denuncian por la apelante en su recurso, lleva a cabo en la resolución recurrida un más que detallado y suficiente examen de la compleja cuestión objeto de controversia que llevan a dicha Juzgadora a una conclusión que este Tribunal comparte plenamente, sin que pese al esfuerzo argumental del recurso puedan servir los alegatos de la parte apelante al pretendido efecto

de sustituir el imparcial, lógico, recto y objetivo criterio de la Juez de Instancia por los muy legítimos pero subjetivos, parciales e interesados de la parte aquí apelante.

TERCERO.- DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL DE APELACIÓN.

En todo caso, y al solo objeto de dar una más cumplida contestación a los términos del recurso de apelación que ha sido interpuesto debe señalarse, a mayor abundamiento de lo que de manera suficientemente detallada y pormenorizada se explicita en la resolución recurrida, que no puede apreciarse por este Tribunal que incurra la Juzgadora de Instancia en infracción legal alguna que justifique la pretendida revocación de la decisión que ha sido adoptada en la resolución que se impugna, dado que de lo actuado, probado y obrante en autos se constata una más que suficiente justificación probatoria que corrobora la decisión adoptada en la resolución recurrida.

I.- Sobre el régimen de guarda y custodia.

En su recurso de apelación solicita la apelante el mantenimiento del régimen de guarda y custodia "exclusiva" en lugar de la guarda "compartida" que ha sido finalmente instaurada toda vez que desde la fecha de la ruptura de la convivencia (divorcio) ha venido rigiendo a satisfacción en las relaciones personales y familiares.

En la demanda rectora de este procedimiento fundamenta su pedimento D. Jacinto en el cambio de circunstancias que se ha producido desde el momento en que se convino el régimen de guarda y custodia exclusivo del menor hijo de ambos litigantes, al haberse producido

- una mayor estabilidad familiar del actor/apelado con la creación de un nuevo núcleo familiar al que Obdulio está perfectamente adaptado,
- lo que unido al inexorable transcurso del tiempo -que contaba nueve años de edad al tiempo de la demanda-, justifica la voluntad de ampliar la convivencia del menor con su padre, y con ello la pretensión ejercitada en la demanda.

Para una adecuada solución de la impugnación suscitada ante este Tribunal de Apelación por quien se muestra disconforme con la decisión adoptada en la instancia que opta por instaurar el régimen de guarda y custodia compartida en vez de mantener la situación de guarda hasta la fecha vigente por ser la que ha venido funcionando a entera satisfacción, cabe reiterar que la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la adopción y establecimiento de dicha modalidad de guarda y custodia (compartida), ha venido insistiendo en manifestar que en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia en la modalidad de "compartida" es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial

. Así, el denominado interés del menor debe de prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. Como ha reiterado la Sala primera del Tribunal Supremo (sentencias, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) "*lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, de modo que todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad*" (

sentencia de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009). Incluso el interés del menor debe prevalecer sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores y así lo viene a decir la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Rec. 1467/2008) que se expresa en los siguientes términos: *"La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE , cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011 , 578/2011 y 469/2011 , entre las más recientes".*

En el supuesto que nos ocupa muestra la apelante su desacuerdo con la decisión judicial que ha sido adoptada en la instancia; un nuevo análisis por esta Sala de la cuestión controvertida y de las circunstancias fácticas concurrentes permite concluir que la sentencia impugnada en absoluto se aparta de la doctrina establecida por nuestro Tribunal Supremo respecto de la posible adopción del régimen de guarda y custodia compartida.

Este régimen es cada día más frecuente y cabe incluso considerar que sea ya el ordinario o preferente y no el excepcional para regular la guarda y custodia de menores por parte de sus progenitores, y lo que procede será tan solo determinar en cada concreto supuesto si la interpretación que se hace de ello es contraria o no a la doctrina de nuestro Tribunal Supremo.

Los criterios que se vienen manteniendo al respecto, siempre bajo la prevalencia del respeto del interés superior de los menores, parten de la necesidad de optar por el sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, habiéndose reiterado que la redacción del artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse en la mayoría de los supuestos como normal e incluso deseable, teniéndose siempre en cuenta entre otros criterios no exclusivos, ni excluyentes, la práctica anterior en su caso de los progenitores en sus relaciones con los menores y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los mismos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes obrantes en autos y finalmente cualquier otro elemento que permita valorar con mayor precisión cuál es el interés de los menores en el caso concreto (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010, 7 de julio de 2011, 29

abril de 2013, 25 de abril, 22 y 30 de octubre, y 18 noviembre 2014, 16 de febrero y 17 de julio de 2015, y 30 de mayo de 2016, entre otras).

De todo lo así indicado y pese a la orientación del informe del equipo pericial psicosocial de los Juzgados de Familia -que no debe olvidarse no resulta vinculante para el Juez de Instancia sino que puede servirle de apoyo no siendo por ello invariable compartir su conclusión-, se desprende para este Tribunal de Apelación que en el caso presente resulta lo más conveniente para el menor afectado confirmar la decisión que ha sido adoptada en la instancia, superando con ello la seguridad que parece suponer el hecho de acordar el mantenimiento de las cosas en el estado en que hasta la fecha se encontraban en cuanto al concreto régimen de guarda y custodia del menor Obdulio, y ello porque la adopción del régimen de guarda y custodia en la modalidad de "compartida"

- no solo es una solución que parece del todo conforme a los criterios que más arriba se han manifestado,
- sino además porque al margen del tiempo transcurrido desde la fecha de la ruptura de la convivencia, cuando Obdulio tenía solo tres años de edad, de su edad actual -al tiempo de dictarse esta resolución próximo ya a cumplir los 11 años de edad-,
- del mayor deseo de implicación de su padre en su devenir diario y en el de participar aún más en el crecimiento y desarrollo del menor en una fase evolutiva importante para su vida

, justifican que deba darse el paso de establecer un régimen de guarda y custodia que no concurriendo circunstancias que lo consideren inconveniente es el régimen que debe estimarse como preferible y el que mejor permite conjugar el superior interés del menor, con su derecho a una comunicación constante e igualitaria con ambos progenitores, justificando todo ello que se estime conveniente la sustitución del régimen de guarda existente por el que ha sido solicitado por el Sr. Jacinto.

En este sentido, es igualmente relevante que durante el periodo de pandemia y a consecuencia del confinamiento por COVID este régimen fue convenido voluntariamente entre las partes sin que se haya revelado que hubieran existido en su ejecución y desarrollo problemas que lo hicieran inviable o perjudicial para el menor Obdulio.

A mayor abundamiento de lo indicado, consta que D. Jacinto ha creado un nuevo núcleo familiar y en consecuencia goza ineludiblemente de un ambiente familiar más estable que sin duda facilitará la integración de Obdulio en la convivencia de la nueva familia junto a su padre, destacando precisamente el informe pericial la adecuada interacción y relación de Obdulio con la actual pareja de su padre -D^a Debora-, y los hijos de esta.

Ninguna infracción se comete en la resolución recurrida relativa a la pretendida inaplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a la necesidad de inexistencia de conflictividad entre los progenitores para el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida, pues en la referida doctrina se alude, obviamente, a aquéllos supuestos en los que existen situaciones de crispación y enfrentamientos de tal envergadura entre los progenitores que se hace absolutamente imposible cualquier atisbo, no solo de comunicación, sino incluso del más mínimo diálogo.

Obviamente no es esto lo que acontece en el supuesto que nos ocupa, en el que pudieran existir, como parece que existen, posturas opuestas y criterios dispares entre los progenitores con respecto a la educación y pautas de conducta a seguir respecto del menor Obdulio. **La conflictividad que parece rodear las relaciones entre D^a Lorena y D. Jacinto han sido analizadas y contempladas por la Juzgadora de Instancia**, quien, con acertado criterio a juicio de este Tribunal de Apelación, entiende que dicha conflictividad no tiene la entidad suficiente como para constituir óbice para el establecimiento de un régimen de guarda y custodia más positivo para Obdulio en cuanto posibilitará su relación con cada uno de sus progenitores en términos igualitarios, no solo de tiempo, sino también de calidad, facilitando una mayor implicación de D. Jacinto en la vida de su hijo y en desarrollo de su rol paterno, eliminando la nociva idea del padre meramente "visitador".

La mera preferencia de Obdulio por mantener su "status" **actual, la preferencia que manifiesta por seguir en la situación de custodia exclusiva vigente por estar más "cómodo" con su madre que con su padre, no resulta suficiente**, puesto que como ya hemos indicado, no apreciándose razón objetiva alguna que desaconseje el reconocimiento de la total aptitud de D Jacinto para el ejercicio de una guarda y custodia en condiciones de igualdad con D^a Lorena, es lo más positivo y beneficioso y por consiguiente para la tutela del "superior interés" del menor Obdulio que su personalidad y desarrollo evolutivo se asiente manteniendo vínculos de afectividad iguales con cada uno de sus progenitores.

II-. *Sobre la denunciada falta de motivación de la sentencia.*

En cuanto a la denunciada falta de motivación de la sentencia de instancia por no contener pronunciamiento alguno respecto al régimen de comunicación y estancia del menor con sus progenitores en los periodos vacacionales de Navidad y Semana Santa, lo que viene a ser una suerte de denuncia de incongruencia omisiva de la sentencia, con infracción por tanto de lo establecido en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede ser estimada. El artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga precisamente a las partes una vía concreta y específica para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia cuando la misma tiene por causa la omisión de pronunciamiento como el que aquí se denuncia, y esa vía debe articularse ante el mismo Juez que dictó la resolución pretendidamente incompleta. Su utilización es requisito imprescindible para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva sobre pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso (así lo señala el Tribunal Supremo, en sentencias, entre otras, de 12 de noviembre y 16 de diciembre de 2008 y 28 de junio de 2010).

Por otra parte, no es admisible en cuanto al fondo propiamente dicho una denuncia como lo formulada por la apelante, teniendo en cuenta que el procedimiento que nos ocupa es de modificación de las medidas definitivas adoptadas en anterior procedimiento de divorcio y por consiguiente, si ninguna de las partes -actora, ni eventualmente demandada-, han interesado en sus escritos alegatorios el cambio o modificación del

régimen que venía estando vigente para los periodos vacacionales de Navidad y Semana Santa indicados, es obvio que nada tenía que resolver al respecto la Juzgadora de Instancia dado que sobre dicho régimen de comunicación ninguna controversia se había suscitado, por lo que tras el dictado de la sentencia de modificación de medidas aquél primitivo régimen permanece inalterable.

Por otra parte y con respecto a la pretensión de que sean ocho y no seis los periodos en los que se divide la comunicación y estancia de Obdulio con cada progenitor durante las vacaciones estivales, no solo no es debidamente justificada por D^a Lorena en cuanto a su oportunidad y procedencia, sino que por el contrario resulta inoperativa e inconveniente, porque con dicha propuesta lo único que se hace es constreñir excesivamente los días de estancia del menor con sus progenitores en el periodo que discurre desde las vacaciones del mes de junio hasta el comienzo del mes de julio (unos 7 u 8 días), y desde el final del mes de agosto hasta el comienzo de la actividad escolar a primeros de septiembre, dificultando la posible previsión de realización de actividades con Obdulio en tan cortos periodo de tiempo.

CUARTO.- *SOBRE LAS COSTAS PROCESALES.*

En materia de costas procesales, y pese a desestimarse el recurso de apelación interpuesto, sobre las causadas en este trámite no procede efectuar pronunciamiento expreso de condena a ninguna de las partes dado que, a los solos efectos de este pronunciamiento, concurren dudas fácticas acerca de cuál es la mejor alternativa de custodia para el menor Obdulio. Arts. 394 y 398 de la L.E.C.

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

FALLO:

Que **desestimando el recurso de apelación** interpuesto contra la sentencia que ha sido dictada con fecha 29 de octubre de 2021 en el procedimiento matrimonial que se ha seguido con el número 114/2021 ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Medina del Campo (Valladolid), debemos **confirmar y confirmamos** la referida resolución, sin que proceda efectuar 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. 15^a 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.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.