

**MODIFICACION DE MEDIDAS.CAMBIO DE CUSTODIA EXCLUSIVA A COMPARTIDA.** El padre tenía atribuida la custodia exclusiva de los 3 hijos. La madre solicita la custodia compartida y se la dan en base al informe elaborado única y exclusivamente por la trabajadora social, el deseo de los menores que manifiestan un cierto grado de madurez, tienen un adecuado rendimiento académico muestran una buena imagen de ambos progenitores atribuyéndoles cualidades positivas lo que induce a pensar que sus deseos no obedecen a actitudes rencorosas o caprichosas respecto a la atención que han recibido del apelante cuando tenía asignada la custodia exclusiva, y el tiempo transcurrido desde la sentencia de divorcio 7 años. **Sentencia Audiencia provincial de Valladolid de 29 noviembre 2021. Número Sentencia: 431/2021**

**Número Recurso: 452/2021 . Ponente:** [Francisco Salinero Román. Origen instancia 3](#)

**Cabecera:** Guarda y custodia compartida o conjunta. Gasto extraordinario del hijo. Principio del superior interés del menor

La **custodia compartida** acordada en la resolución recurrida, según constante doctrina jurisprudencial ( por todas las de 29/04/2013 o 17 de marzo de 2016 ), constituye el régimen de guarda, al menos en abstracto, más favorable y beneficioso para los menores.

Se considera el normal y el deseable siempre que en su adopción prime el **interés superior del menor** pues comporta un serie de ventajas tales como : - fomenta la integración de los menores con ambos padres evitando desequilibrios en los tiempos de presencia no se cuestiona la idoneidad de los progenitores - estimula la cooperación de los padres en beneficio del menor - sirve para humanizar los aspectos legales, judiciales y psicológicos de la crisis familiar.

PROCESAL: Legitimación del ministerio fiscal

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** [Francisco Salinero Román](#)

**Origen:** Audiencia Provincial de Valladolid

**Fecha:** 29/11/2021

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 431/2021

**Número Recurso:** 452/2021

**Numroj:** SAP VA 1774/2021

**Ecli:** ES:APVA:2021:1774

**ENCABEZAMIENTO:**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00431/2021

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

N.I.G. 47186 42 1 2012 0015178

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000452 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO  
CONTENCIOSO 0000414 /2020

Recurrente: Jacobo

Procurador: MARIA VICTORIA SILIO LOPEZ

Abogado: JESUS DE CASTRO CORDOVA

Recurrido: Modesta

Procurador: JOSUE GUTIERREZ DE LA FUENTE

Abogado: FERNANDO CAPELLAN MARTIN

S E N T E N C I A

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL

Dª EMMA GÁLGERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a veintinueve de noviembre de dos mil veintiuno.

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. 414/20 del Juzgado de Primera Instancia núm.

3 de Valladolid, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELADA D<sup>a</sup> Modesta , representada por el

Procurador D. JOSUE GUTIERREZ DE LA FUENTE y defendida por el letrado D. FERNANDO CAPELLAN MARTIN,  
y de otra como DEMANDADO-APELANTE D. Jacobo , representado por la Procuradora D<sup>a</sup> MARIA VICTORIA

SILIO LOPEZ y defendido por el letrado D. JESUS DE CASTRO CORDOVA, habiendo intervenido el Ministerio

Fiscal; sobre Modificación de Medidas.

#### **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 1.6.21, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Que estimo parcialmente la demanda de modificación de medidas interpuesta por el procurador Don Josué Gutiérrez de la Fuente, en nombre y representación de DOÑA Modesta , frente a DON Jacobo , representado por la procuradora Doña Victoria Silio López, acordando modificar la medida relativa a la guarda y custodia, régimen de comunicaciones y visitas, y pensión de alimentos, establecidas en la sentencia de guarda, custodia y alimentos de fecha 27 de junio de 2014, dictada en los autos de divorcio contencioso nº 144/2013, quedando fijada de la siguiente forma:

1.-Patria potestad: Los menores quedan bajo la patria potestad de ambos progenitores, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio del menor obligándose los comparecientes a adoptar de mutuo acuerdo cuantas decisiones de trascendencia les afecten, y de modo especial aquellas relativas a salud, educación y formación y todo lo referente a actividades "escolares" como "extraescolares" de carácter lúdico, alimenticio o didáctico, cambio de centro educativo, práctica o confesión religiosa como la asignación de cualesquiera de las asignaturas optativas del menor. Cuando a pesar de los esfuerzos que ambos se comprometen a realizar para alcanzar el consenso, los comparecientes no pudieran ponerse de acuerdo, acudirán a la decisión judicial.

Cualquiera de las decisiones relativas a los aspectos anteriores deberá ser notificada de manera clara por el progenitor que pretenda adoptarlas, al otro, antes de comenzar su ejecución, por cualquier medio que deje constancia fehaciente del

contenido y de la recepción. A todos los efectos legales se entenderá prestado dicho consentimiento para el concreto acto notificado si el destinatario no contesta mostrando su oposición dentro de los quince días naturales siguientes a la efectiva recepción de la notificación. Las determinaciones cuya urgencia sea inaplazable y no permita la consulta al otro progenitor, serán adoptadas por aquel con quien se encuentre en ese momento el menor afectado, notificándolo al otro de manera inmediata.

2.-La guarda y custodia de los menores, Silvia , Onesimo y Pascual , será compartida por ambos progenitores y se llevará a cabo de forma semanal. En cuanto al intercambio de los menores se realizarán los lunes en el centro escolar por la mañana, el progenitor a quien le corresponda comenzar la semana les recogerá en el centro escolar a la salida.

En caso de que el lunes sea festivo o exista puente, se unirá al fin de semana.

3.-En cuanto al régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor que no tenga la custodia se acuerda el siguiente: A.-Visita inter-semanal -No se fija ningún día entre semana, al tratarse de una custodia compartida.

B.-El progenitor durante el periodo que detente la custodia facilitará la comunicación diaria de los hijos menores con el otro progenitor, bien sea telefónicamente o por cualquier otro medio electrónico o audiovisual, una vez al día, respetando siempre las horas de descanso de los menores, estableciendo como límite las 21.30horas.

En el caso de que los hijos se encontrasen enfermos o accidentados sin poder salir del domicilio en el que se encuentren en ese momento, el progenitor que no tenga a los hijos viviendo en ese momento con él podrá visitarles conforme el acuerdo que establezcan. Para el supuesto de desacuerdo, aquél podrá visitar a los hijos, en el domicilio donde se encuentre, días alternos de 17 a 20horas, durante un periodo de dos horas.

C.-En cuanto al reparto de las vacaciones de los menores, se mantienen las fijadas en la sentencia de Divorcio, salvo las vacaciones de verano que se limitan a los meses de julio de agosto y se dividen en quincenas alternas, eligiendo en caso de desacuerdo en los periodos, los años pares la madre y los impares el padre.

Así mismo, ambos progenitores facilitarán la comunicación de los hijos con el otro progenitor en los periodos vacacionales, pudiendo comunicar con estos de forma telefónica, electrónico o audiovisual.

Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentren con los hijos, dirección y teléfono.

4.-Pensión alimenticia: Al tratarse de una custodia compartida por semanas cada progenitor se hará cargo de los gastos de manutención, alojamiento y vestido de

los hijos, la semana que tiene la custodia. Todos los gastos de educación de los hijos (matrículas y cuota de colegios, ordinaria y de bachiller, libros, material escolar, uniformes, comedor, transporte escolar, actividades extraescolares, universidades, colegios mayores, residencias, clases particulares que precisen, etc.), se abonarán en exclusiva por el padre. En atención a la diferencia de ingresos entre los progenitores, el padre deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para sus hijos a la madre la cantidad de 420 euros al mes (140 euros por cada hijo al abonar el demandado todos los gastos escolares de los tres hijos). La cantidad fijada se ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que haya designado la madre a tal efecto y se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. que determine el I.N.E. u Organismo que lo sustituya.

5.-En cuanto a los gastos extraordinarios de los menores se abonarán el 80% por el padre y el 20% por la madre, entendiendo, por tales, los gastos recogidos en la Sentencia de Divorcio, con la excepción de los referentes a los gastos educativos que serán abonados por el padre al 100%.

Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación de D. Jacobo se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte demandante y por el Ministerio Fiscal se presentaron escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 16 de noviembre de los corrientes, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO.- La parte apelante con su primer motivo de recurso en esencia cuestiona que en el supuesto enjuiciado no se dan los requisitos para que pueda acordarse la modificación de medidas que estima la sentencia y argumenta que esa conclusión judicial se debe a una errónea valoración de la prueba. Utiliza como principal fundamento argumental que el **informe del equipo técnico** solo ha sido elaborado por la trabajadora social y que por no ir firmado por una psicóloga, único técnico que puede pronunciarse sobre la madurez y estado emocional de la actora, no puede ser tomado en consideración.

Poco podemos y debemos añadir a los acertados y extensos argumentos tenidos en cuenta por la Juzgadora "a quo" para resolver como lo hace respecto a dicha cuestión por lo que los hacemos nuestros en su integridad para evitar innecesarias repeticiones.

Como ya es criterio de esta Sala en sintonía con el criterio jurisprudencial sentado entre otras en la sentencia de la Sala Primera de 10 de septiembre de 2015 solo será criticable la valoración del Juzgador a quo de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica ( SSTS de 9 de marzo de 2010

, RIP n.º 1988/2005 , 11 de noviembre de 2010 , RIP n.º 1881/2005 ); o se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio ( SSTS de 10 noviembre 1994 , 18 diciembre 2001 , 8 febrero 2002 ); o se extraigan 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 se adopten criterios desorbitados o irracionales ( SSTS de 28 enero 1995 , 18 diciembre 2001 , 19 junio 2002 ).

**Tales condiciones negativas no se aprecian en la actividad valorativa de la Juzgadora "a quo"** cuando concluye que debe procederse al cambio de régimen de custodia visto

- el informe emitido por la trabajadora social
- y los deseos manifestados por los dos hijos menores de más edad.

**La custodia compartida acordada en la resolución recurrida, según constante doctrina jurisprudencial** (por todas las de 29 de abril de 2013 o 17 de marzo de 2016),

- constituye el régimen de guarda, al menos en abstracto, más favorable y beneficioso para los menores.
- Se considera el normal y el deseable siempre que en su adopción prime el interés superior del menor pues comporta una serie de ventajas tales como:
  - Fomenta la integración de los menores con ambos padres evitando desequilibrios en los tiempos de presencia
  - Evita los sentimientos de pérdida
  - No se cuestiona la idoneidad de los progenitores
  - Estimula la cooperación de los padres en beneficio del menor
  - Sirve para humanizar los aspectos legales, judiciales y psicológicos de la crisis familiar.

**Para averiguar el interés superior de los menores es constante la doctrina jurisprudencial** que valora especialmente como uno de los factores prevalentes **los deseos manifestados por los menores dado su grado de madurez.**

En el supuesto analizado, como se reconoce en el recurso,

- han pasado 7 años desde que se estableció la custodia exclusiva de los menores para el apelante y son palpables, también se reconoce en el recurso,
- los deseos manifestados por los dos hijos de más edad, que ya cuentan con 14 y 12 años, de vivir con su madre o pasar más tiempo con ella.

No hay ninguna prueba de que no cuenten con el suficiente grado de madurez para mostrar sus preferencias y que sean adolescentes, como se alega, no es un hecho demostrativo de que no lo posean. En el informe pericial se expone que presentan un desarrollo evolutivo normal para sus respectivas edades en los aspectos intelectuales, de socialización y emocionales. Todos tienen un adecuado rendimiento académico en sus estudios lo que es síntoma relevante de la madurez propia de su edad sin que se haya advertido en su comportamiento ninguna distorsión negativa relacionada con su etapa adolescente pues

todos los menores manifiestan y muestran una buena imagen de ambos progenitores atribuyéndoles cualidades positivas lo que induce a pensar que sus deseos no obedecen a actitudes rencorosas o caprichosas respecto a la atención que han recibido del apelante cuando tenía asignada la custodia exclusiva.

Además se ha advertido también en los deseos de los menores ciertas dificultades de adaptación en la nueva dinámica familiar que tenían con su padre al haber iniciado una nueva relación sentimental con un cambio de domicilio que afecta al entorno anterior de los menores que requieren de un periodo de adaptación al nuevo estado de su padre que hasta dicho momento se había dedicada en exclusiva a su cuidado y atención. Incluso la custodia compartida, en la forma que se ha proyectado su ejercicio, puede ser positiva para armonizar los dos nuevos grupos familiares pues la madre tiene también otro hijo de una nueva relación sentimental.

También otorga especial importancia la doctrina jurisprudencial para indagar el interés superior de los menores a los informes especializados que obren en el procedimiento y el de la trabajadora social es inequívoco una vez evaluado el grupo familiar sobre la conveniencia de adoptar un régimen de guarda compartida. No minusvalora las conclusiones del informe la circunstancia de que solo lo haya emitido la trabajadora social pues el art.335 de la L.E.Civil que cita el recurrente no impone la necesidad de que en este tipo de procedimientos haya de intervenir en todo caso un psicólogo. Como cualquier pericia el Juez solo la debe acordar si precisa de especiales asesoramientos en la materia. Además la crítica del apelante solo se refiere a la evaluación de la posible inmadurez de la madre cuando lo cierto es que la decisión judicial no se sustenta ni se asienta solo en las cualidades de la madre sino también y especialmente en los deseos manifestados por los hijos menores de más edad. Así mismo el informe emitido por la trabajadora es la opinión de un miembro del equipo psicosocial que cuenta con la suficiente formación y experiencia para hacer la evaluación global del grupo familiar, que es lo determinante, y no solo de uno de sus componentes.

Por todo lo argumentado el régimen de custodia compartida debe ser mantenido.

**SEGUNDO.- Con su segundo motivo solicita que se elimine el importe de la pensión alimenticia que el apelante debe abonar a la demandada por cada hijo.**

Es admisible que aún en régimen de custodia compartida se puedan establecer pensiones alimenticias siempre que entre los progenitores existan diferencias de ingresos tal como sucede en este caso.

Pero las peculiares circunstancias concurrentes provocan que la Sala deba estimar este motivo del recurso porque el recurrente se hace cargo en exclusiva de un buen número de gastos ordinarios de los menores algunos de los cuales exceden de lo que propiamente son gastos ordinarios. Tal sucede con los libros, material escolar, uniformes, comedor, actividades extraescolares, universidades, colegios mayores, residencias, clases particulares etc. Así como los de manutención, alojamiento y vestido cuando estén en su compañía. Y además se le imponen los gastos extraordinarios en un 80%. La solución adoptada en la sentencia de imponerle también la obligación de abonar a la madre una



cuota mensual de 140 euros por cada hijo quebranta la proporcionalidad prevista en el art. 146 del Código Civil pues con los gastos ordinarios y extraordinarios por los conceptos puestos a cargo del padre se cubren con suficiencia todas las necesidades de los hijos sin recargarle a mayores con el abono de una cantidad en efectivo.

TERCERO.- Al estimarse en parte el recurso no hacemos imposición de las costas de esta alzada por disponerlo así el art. 398. 2 de la L.E.Civil .

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

### **FALLO:**

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto a nombre de Don Jacobo contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid en fecha 1 de junio de 2021, en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la aludida resolución dejando sin efecto del pronunciamiento cuarto la obligación del apelante de abonar a la madre en concepto de pensión de alimentos para sus hijos la cantidad de 140 euros mensuales para cada hijo. Se confirman los restantes pronunciamientos del fallo recurrido sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre y vigente desde el día siguiente, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente al haberse estimado el recurso.

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.

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