

MODIFICACION MEDIDAS. CAMBIO DE CUSTODIA EXCLUSIVA A CUSTODIA COMPARTIDA. El juzgado de primera instancia y la Audiencia confirman la custodia compartida, basándose en que el padre ha adquirido una vivienda en Palencia, trasladándose de Valladolid a Palencia a vivir, esta jubilado, los deseos de los menores y le informe psicosocial

Sentencia Audiencia provincial de Valladolid 21 de marzo 2022. Número Sentencia: 78/2022. Número Recurso: 564/2021. Numroj: SAP VA 365/2022. Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#) Juzgado procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000. Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000265 /2020

Cabecera: Guarda y custodia compartida o conjunta. Modificación de medidas definitivas en el ámbito familiar. Principio del superior interés del menor

Por la representación procesal se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 08/07/2021 por el juzgado de primera instancia número 1 de dirección, **procedimiento sobre modificación de medidas 265/202**, que, entre otras medidas, **establece la custodia compartida** de los dos hijos menores.

La parte apelada y el ministerio fiscal se oponen al recurso de apelación formulado de contrario e interesan la confirmación de la sentencia por su propios fundamentos 2. la **custodia compartida** según la jurisprudencia ha de ser al régimen ordinario porque es el que mejor protege el interés del hijo menor al permitirle un relación en pie de igualdad tanto con la figura paterna.

Jurisdicción: Civil

Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 21/03/2022

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 78/2022

Número Recurso: 564/2021

Numroj: SAP VA 365/2022

Ecli: ES:APVA:2022:365

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00078/2022

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGR

N.I.G. 47086 41 1 2016 0100323

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000564 /2021

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

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000265 /2020

Recurrente: Delia

Procurador: SANTIAGO DONIS RAMON

Abogado: ANA MARÍA PEREZ ASENSIO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Rafael

Procurador: , JUDITH VALLEJO ROMAN

Abogado: , RICARDO BLAS VENERO

SENTENCIA num. 78/2022

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL

En VALLADOLID, a veintiuno de marzo de dos mil veintidós.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en
grado de apelación, los autos

de procedimiento de modificación de medidas supuesto contencioso núm. 265/2020 dimanante de divorcio de

mutuo acuerdo nº 230/16 del Juzgado de Primera Instancia núm.1 de DIRECCION001 , seguido entre partes,

de una como DEMANDANTE-APELADA: D. Rafael , representado por la Procuradora D^a JUDITH VALLEJO

ROMAN y defendido por el letrado D. RICARDO BLAS VENERO, y de otra como DEMANDADO-APELANTE: D^a

Delia , representada por el Procurador D. SANTIAGO DONIS RAMON y defendido por el letrado D^a ANA MARIA

PEREZ ASENSIO, con intervención como apelado del 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 8/07/2021, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Judith Vallejo Román, en nombre y representación de D. Rafael , contra D^{ña}. Delia , debo DECLARAR Y DECLARO haber lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas por sentencia de divorcio dictada por este Juzgado de fecha 17 de noviembre de 2016 en el siguiente sentido:

.-Los menores, Victoriano y Inés , quedarán bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, correspondiendo también a ambos el ejercicio de la patria potestad. La guarda y custodia compartida se llevará a efecto, salvo acuerdo entre los progenitores, de la siguiente forma: -. La guarda y custodia se ejercerá por semanas alternas, debiendo el progenitor guardador dejar a los menores en el colegio el lunes, o en caso de no ser lectivo, el primer día lectivo siguiente (en el supuesto de que haya un "puente"), y recogerlos el otro progenitor a la salida del colegio. Se establecen dos días de visitas intersemanal con el progenitor no custodio que, salvo acuerdo entre los progenitores, serán los martes y jueves, siendo recogidas por el progenitor no custodio a la salida del centro escolar hasta las 20 horas, que los reintegrará en el domicilio del custodio. No obstante, y de forma extraordinaria, el padre o la madre, según corresponda, podrán disfrutar del día del padre o de la madre, respectivamente, en compañía de los menores. Lo mismo ocurrirá con el día del cumpleaños del padre o de la madre, según corresponda. En estos días extraordinarios, el padre o la madre, según corresponda, recogerá y restituirá a los menores en el domicilio del progenitor custodio en esa semana determinada, diferenciando el horario de recogida y restitución según se trate de un día lectivo o de un día no lectivo: a) Si el día fuera lectivo, la recogida de los menores se producirá a la salida del colegio, siendo los menores restituidos a las 20:30 horas en el domicilio del progenitor que tenga esa semana la custodia.

b) Si el día fuera no lectivo o festivo, la recogida de los menores se producirá a las 11:00 horas, siendo los menores restituidos a las 20:30 horas, siempre, en uno y otro caso, en el domicilio del progenitor que tenga esa semana la custodia. Respecto del día del cumpleaños de los menores y, para el caso de que alguno de ellos no deseara la celebración conjunta, y la festividad coincidiera con fin de semana o día festivo, los menores estarán con el progenitor que en esas fechas le corresponda la guarda y custodia hasta las 17 horas, y con el otro, desde dicha hora y hasta las 20.30 horas. Si la festividad coincidiera en día entre semana, le corresponderá estar con los hijos a cada progenitor de forma alternativa, pudiendo el otro progenitor pasar a visitar a las menores, durante dos horas, recogiénolas en el domicilio del progenitor con el que se encuentren y reintegrándolas en el mismo. Si no llegaran los progenitores al acuerdo respecto del horario se establece de 18 a 20.30h.

VACACIONES DE NAVIDAD, SEMANA SANTA Y VERANO: -Los progenitores disfrutarán de la compañía de sus hijos la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano.- En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, los años pares, el padre disfrutará del primer periodo y la madre del segundo periodo, y en los años impares, el padre disfrutará del segundo periodo y la madre del primer periodo.

Los niños serán recogidos a la salida del colegio del último día lectivo por el progenitor al que le corresponda el primer periodo, y serán restituidos en el colegio el primer día lectivo por el progenitor al que le corresponda el segundo periodo.

En los intercambios que tengan lugar a la mitad de cada periodo, los niños serán restituidos a las 20:30 horas del último día de disfrute por el progenitor que hasta ese momento haya disfrutado de su compañía, en el domicilio del progenitor que comience el periodo de disfrute con los menores.

Todos intercambios serán materializados por los padres, autorizándose también a intervenir en los mismos, a las respectivas abuelas de los menores (paterna y materna)..- Las vacaciones de verano se disfrutarán en los meses de julio y agosto, distribuyéndose de la siguiente manera: El periodo vacacional de verano se dividirá por quincenas correspondiendo al padre en los años pares la primera de julio y la primera de agosto, y en los años impares la segunda de julio y la segunda de agosto.

Los niños serán recogidos en el domicilio del progenitor custodio por el progenitor al que le corresponda el primer periodo a las 20.30 horas del día correspondiente al primer período, y serán restituidos en el colegio el primer día lectivo por el progenitor al que le corresponda el último periodo.

En los intercambios que tengan lugar a la mitad de cada periodo, los niños serán restituidos a las 20:30 horas del último día de la quincena que corresponda por el progenitor que hasta ese momento haya disfrutado de su compañía, en el domicilio del progenitor que comience el periodo de disfrute con los menores.

Todos intercambios serán materializados por los padres, autorizándose también a intervenir en los mismos, a las respectivas abuelas de los menores (paterna y materna), tal y como de facto se viene haciendo en algunas ocasiones.

Durante el resto de los días correspondientes a las vacaciones estivales de los niños (días no lectivos de junio y septiembre), se mantendrá el mismo régimen de guarda y custodia compartida que el resto del año, realizándose los intercambios en el domicilio del progenitor que comience el periodo de disfrute con los menores los lunes a las 10.00 horas, salvo pacto en contrario.

.-Se suprime la pensión de alimentos. Las necesidades alimenticias de los menores, entendiendo por tales las de sustento, habitación y vestido serán sufragadas por cada progenitor mientras estén bajo su guarda y custodia.

.-En cuanto a los gastos extraordinarios se abonarán por mitad por cada progenitor, previo consentimiento por cada uno de ellos y previa acreditación de su importe, teniendo dicha consideración aquellos que tengan la naturaleza de necesarios tales como gastos médicos o quirúrgicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado (tales como oculista, dentista, ortodoncia) y los educativos como son las clases particulares de asignatura troncales que vengan recomendados por el centro escolar.

No se hace expresa imposición de costas."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación del demandado D^a Delia se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria y el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 14 de diciembre de 2021, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

Por la representación procesal de Delia se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 8-7-2021 por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 1 de DIRECCION000 , PROCEDIMIENTO SOBRE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 265/202, que, entre otras medidas, establece la custodia compartida de los dos hijos menores.

En síntesis, la parte apelante apela la sentencia por entender que:

1. No se ha producido un cambio sustancial de circunstancias que justifiquen la modificación del régimen de custodia exclusiva que regía desde la sentencia de divorcio y posterior sentencia de modificación de medidas de noviembre de 2018.

2. El padre sigue viviendo en DIRECCION002 . Y la adquisición por el padre de una vivienda (y antes el arrendamiento de otra) en Palencia es una adquisición ad hoc para cumplir el condicionante mencionado por el informe psicosocial (en lo sucesivo, IPS) no es el real domicilio del padre, ni reúne adecuadas condiciones de habitabilidad para que vivan los hijos menores.

La parte apelada y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso de apelación formulado de contrario e interesan la confirmación de la sentencia por sus propios

2. La custodia compartida según la Jurisprudencia ha de ser al régimen ordinario porque es el que mejor protege el interés del hijo menor al permitirle una relación en pie de igualdad tanto con la figura paterna, como con la materna.

3. Los conflictos existentes en la pareja son los propios de toda ruptura sentimental y no impiden un adecuado desarrollo de la custodia compartida, máxime cuando el IPS indica que ambos progenitores tienen las mismas y adecuadas habilidades parentales.

4. En realidad, el IPS apoya un régimen que puede considerarse de facto como custodia compartida **porque determina la permanencia del menor con el padre de casi la mitad de los días del mes (12 con el padre, 18 con la madre).**

El Ministerio Fiscal no presentó escrito de apelación, oposición o impugnación.

SEGUNDO.-SOBRE EL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA La STS 257/2013, de 29 de abril, (haciéndose eco de la STS 496/2011 de 7 de Julio) declaró como doctrina jurisprudencial "que la interpretación de los artículos 92. 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en

- el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como
- la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;
- los deseos manifestados por los menores competentes;
- el número de hijos;
- el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales;
- el resultado de los informes exigidos legalmente,
- y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de 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." La mencionada STS 496/2011, de 7 de julio, aunque casó la sentencia de la Audiencia Provincial, vino a aceptar varios de los requisitos para la custodia compartida enumerados en ella (a excepción del requisito del mutuo acuerdo de los progenitores por ser contrario al art. 92 C.C.) y, de hecho, dice expresamente que algunos de estos criterios vienen a coincidir con los enumerados en su propia y anterior sentencia sobre el mismo asunto, STS 623/2009). Excluido el del mutuo acuerdo, dichos criterios son: "muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de la personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de sus obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación o divorcio; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que acepten este tipo de custodia [...]. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de pareja de sus roles como padres"

Las SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015, han especificado, respecto de la relación entre los progenitores, que la custodia compartida conlleva, como premisa, la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Por su parte, la STS 571/2015 realiza un completo resumen de la doctrina jurisprudencial en la materia y declara que: "Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado: La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de 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" (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, 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". 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. (Sentencia 2 de julio de 2014. Rec. 1937/2013).

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 los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad."

Trasladando la anterior doctrina al caso de litis, debe confirmarse el régimen de custodia compartida establecido en la sentencia de instancia, no solo porque ha de ser el régimen ordinariamente aplicable, pues es el que mejor protege el interés del hijo menor al permitirle una relación en pie de igualdad tanto con la figura paterna, como con la materna, sino también porque:

1. **El traslado de residencia del padre a Palencia** (donde ha adquirido una vivienda que, más allá de la mera manifestación huérfana de prueba de la apelante, no consta que carezca de condiciones de habitabilidad) va a permitir la custodia compartida sin alterar la continuidad del régimen de vida de los menores. No consta que dicha adquisición constituya un mero expediente para cumplir el condicionamiento a que se refiere el informe del EPS, y que no vaya acompañado de su verdadera intención de residir en Palencia para ejercer de modo adecuado la custodia compartida.

2. La jubilación del padre, de profesión Guardia Civil, le va a permitir una disponibilidad personal y de tiempo para hacerse cargo de la custodia compartida de la que hasta ahora carecía.

3. Los menores tienen ya 7 años y han manifestado al EPS su deseo de pasar más tiempo con el padre.

4. El EPS se ha pronunciado por el régimen de custodia compartida como el más favorable para los dos menores.

El recurso de apelación, pues, debe ser desestimado.

TERCERO.- COSTAS.

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., procede condenar en costas al apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos concede.

FALLO:

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Delia contra la sentencia dictada en fecha 8-7-2021 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de DIRECCION000 , PROCEDIMIENTO SOBRE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 265/202, debemos confirmar y confirmamos la expresada sentencia en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante. 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.

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