

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**  
**Sección Vigésimosegunda**  
C/ Francisco Gervás, 10, Planta 12 - 28020  
Tfno.: 914936205  
37007740  
N.I.G.: 28.148.00.2-2014/0001719

**Recurso de Apelación 1200/2019 SECCIÓN REFUERZO**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz  
Autos de Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso 1078/2017

**APELANTE:** DON  
**PROCURADOR:** DON JACOBO GARCÍA GARCÍA

**APELADA:** DOÑA  
**PROCURADORA:** DOÑA MARÍA DEL MAR ELIPE MARTÍN

**MINISTERIO FISCAL**

**Ponente:** Ilma. Sra. Doña Emilia Marta Sánchez Alonso

**S E N T E N C I A N º 698/2021**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMA. SRA. PRESIDENTA:**

Dña. María Ángeles Velasco García

**ILMOS./AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

Dña. María Carmen Royo Jiménez

D. Luis Puente de Pinedo

Dña. Emilia Marta Sánchez Alonso

En Madrid, a 18 de junio de 2021.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial, Sección REFUERZO, ha visto, en grado de apelación, los autos de modificación de medidas, supuesto contencioso,



seguidos bajo el nº 1078/2017, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz, entre partes:

De una, como parte apelante, don \_\_\_\_\_, representado por el Procurador don Jacobo García García.

De otra, como parte apelada, doña \_\_\_\_\_, representada por la Procuradora doña María del Mar Elipe Martín.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada doña Emilia Marta Sánchez Alonso.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

**SEGUNDO.** - Con fecha 28 de mayo de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz, se dictó Sentencia nº 134/2018, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Desestimo íntegramente la demanda de modificación de medidas definitivas formulada por Don \_\_\_\_\_ representado por el Procurador Don Jacobo García García y defendida por el Letrado Don Vicente Rodrigo Díaz contra Doña \_\_\_\_\_ representada por el procurador Doña Mar Elipe Martín y defendido por el letrado Doña Pilar Fernández y en consecuencia debo declarar y declaro no haber lugar a la modificación de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha el 30 de mayo de 2014, en autos 286/2014 seguidos ante este mismo Juzgado, sin hacer expresa imposición de costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer Recurso de Apelación ante la Ilma. Audiencia



Provincial en el plazo de veinte días.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.”

**TERCERO.** - Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de don , exponiéndose en su escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por la representación procesal de doña y por el Ministerio Fiscal, sendos escritos de oposición al recurso planteado de contrario.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y resolución del recurso el día 17 de junio del presente año.

**CUARTO.** - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 28 de mayo de 2018, se dictó Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Torrejón en los autos de Modificación de Medidas seguidos con el número 1078/2017 conforme a la cual, se desestima la demanda interpuesta por el Sr. en la que se interesaba la custodia compartida, manteniéndose la custodia materna, sin pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales.

Contra dicha Sentencia se alza la parte apelante/demandante, -Don - alegando como motivos del Recurso: I. Error en la valoración de la prueba. II. Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la custodia compartida.



En sentido inverso, el Ministerio Fiscal y la demandada, -Doña - se han opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida.

**SEGUNDO.- Sobre la alteración sustancial de las circunstancias como condición o presupuesto de la modificación pretendida.**

Como punto de partida es necesario recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2013, no exige una alteración sustancial de las circunstancias para examinar si concurren los requisitos necesarios para acordar la guarda y custodia compartida; lo relevante es tener en cuenta el interés superior de los menores, que en el supuesto que nos ocupa al tiempo de acordarse la medida de custodia materna, cuya modificación se pretende, (mayo de 2014) contaban con 5 y 3 años de edad y ahora tienen 12 y 10 años respectivamente (10 y 8 al tiempo de la Sentencia de instancia) lo que en sí mismo constituye ya una alteración circunstancial de importancia a los efectos de analizar si procede establecer o no un régimen de custodia compartida.

En otras palabras, como quiera que la modificación ahora pretendida afecta al régimen de guarda de los hijos comunes de los litigantes deberá darse máxima prioridad al interés de los mismos, que es el principio básico para adoptar cualquier decisión que pueda afectarle.

**TERCERO.- Régimen de Guarda y Custodia Compartida.**

El criterio actual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es propiciar el régimen de custodia compartida como primera opción que mejor redunde en beneficio de los hijos menores, si -también en beneficio de éstos- concurren las circunstancias idóneas que así lo aconsejen.

De esta manera nuestro Alto Tribunal viene señalando reiteradamente que la guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven conjuntamente, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de sus obligaciones paternofiliales.



Por consiguiente, el sistema de guarda y custodia compartida se percibe como el régimen normal y deseable (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de febrero de 2015), subrayando que la redacción del [artículo 92 del Código Civil](#) no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario como se ha señalado anteriormente habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 y 22 de octubre de 2014).

En idéntico sentido las [sentencias núm. 545/2016](#) y [638/2016](#), señalan que la toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia está en función y se orienta al interés del menor; 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](#), desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina y que la jurisprudencia de la Sala concreta a partir de 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 éstos con aquél. Matizando, por su parte, la sentencia de 17 de enero de 2017 que "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; se requiere, por tanto, una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores", y aún más la de 12 de mayo de 2017 al señalar que "no basta que las relaciones (entre los progenitores) sean malas, hace falta además que los posibles incidentes afecten, de modo directo o indirecto, a los hijos".

En definitiva, se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a los progenitores la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en



igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos, evitando, desde la perspectiva del interés del menor, consolidar las rutinas que impone la custodia exclusiva y que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018). La custodia compartida debe ser el régimen normal y deseable, debiendo adoptarse cuando beneficie al interés del menor y así lo aconseje el informe psicosocial (Sentencia del Tribunal Supremo 5 de abril de 2019).

### **Valoración de la prueba practicada en la instancia.**

Esta Sala considera que las actuales circunstancias del caso que se somete a nuestra consideración, por mor del Recurso de Apelación, ponderadas en su conjunto, aconsejan la aplicación del régimen de custodia compartida que propone la parte demandante/apelante al no advertirse ningún motivo que impida o desaconseje, en beneficio de los menores, el cambio del régimen monoparental a favor de la madre al de custodia compartida.

a) No se cuestiona la aptitud y capacidad parental de ninguno de los progenitores para cuidar y educar adecuadamente a sus hijos de 12 y 10 años en cuanto nacidos el 7 de octubre de 2008 y el 3 de diciembre de 2010; a este respecto la propia Sentencia de instancia al tiempo de exponer los argumentos para denegar la custodia compartida en modo alguno cuestiona la capacidad parental de uno y otro progenitor, se refiere a que no se ha producido una variación de circunstancias así como que tampoco ha probado el progenitor que el cambio de custodia propuesto resulte beneficioso para los hijos.

b) No puede desconocerse por su importancia y transcendencia a los efectos que aquí interesan que los progenitores en fecha 11 de junio de 2013 suscribieron un Convenio Regulador aprobado judicialmente en el que atendiendo a la edad de los hijos fijaron un régimen de visitas progresivo hasta el 9 de septiembre de 2013 en que entra en vigor el régimen de visitas ordinario en favor del padre que consiste en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 19.30 horas en otoño e invierno y hasta las 20 horas en primavera y verano; las tardes de los martes y jueves que no coincidan con el fin de semana que le correspondan al padre y la de los martes en que coincida con el fin de semana que corresponda desde la salida del centro escolar hasta las 19.30 en otoño e invierno y 20 horas en primavera y verano; asimismo se hace previsión de



puentes escolares y sobre los festivos que coincidan con los días de visitas del padre estableciendo que en estos supuestos podrá tener a los menores en su compañía desde las 11 horas hasta las 20 horas con recogida y entrega en el domicilio materno. Se distribuyen por mitad los periodos vacacionales.

c) Visionada la grabación, de los interrogatorios practicados se desprende que estamos en presencia de unos progenitores que han estado presentes en la vida de los hijos y que desean seguir estándolo; es cierto que la madre tiene jornada reducida y ha asumido mayor implicación en materia sanitaria y educativa, señalando el padre que a veces no ha podido acudir a todas las citas médicas porque la madre las cogía atendiendo a su propio horario, lo que viene a ser lógico al ser la progenitora la custodia de los menores pero ello no puede constituir un obstáculo insalvable para la adopción de la custodia compartida cuando estamos en presencia de un progenitor que tiene vinculación afectiva con los hijos, que ha cumplido el régimen de visitas fijado en Convenio Regulador y el resto de obligaciones establecidas en el mismo como uno y otro progenitor han reconocido; las viviendas de los progenitores al parecer se encuentran próximas y se desprende de la prueba practicada que los estilos educativos son similares y compatibles; el progenitor al igual que la madre cuenta con apoyo familiar cuando lo necesite, dispone de flexibilidad horaria y puede acogerse a reducción de jornada por guarda legal de hijos menores.

d) Las relaciones entre los progenitores son fluidas y respetuosas, como se puede apreciar tanto a través de las comunicaciones intercambiadas entre uno y otro que obran en autos, como de la propia demanda y contestación, así como de los interrogatorios en los que cada uno reconoce al otro como buen progenitor.

e) Ha quedado debidamente probado, de las alegaciones y pruebas practicadas, en especial documental e interrogatorios que ninguno de los progenitores presenta inconvenientes que pudieran impedir el ejercicio de la guarda y custodia entre ambos; los menores han sido explorados en esta alzada y se les percibe como unos niños felices y queridos por sus padres, con buen vínculo afectivo con uno y otro progenitor que están perfectamente adaptados a uno y otro entorno sin que pueda desconocerse que ambos progenitores han estado presentes en la vida de sus hijos lo que se traduce en una estabilidad en los mismos fácilmente perceptible.



No se cuestiona que la guarda y custodia ejercida por la madre se ha desarrollado de forma satisfactoria, que la misma ha tenido dedicación superior en el cuidado de los hijos, como se ha expuesto anteriormente, y que los menores están adaptados al régimen de comunicaciones con el padre, pero ello no es óbice para que pueda acordarse la implantación de la guarda compartida si se constata su conveniencia, como es el caso al concurrir las circunstancias idóneas para ello, estando ambos progenitores capacitados para garantizar a los menores el pleno desarrollo y bienestar y procurarles un entorno adecuado.

Los motivos alegados por la madre no pueden tampoco constituir un obstáculo insalvable que anule los beneficios de este sistema de custodia cuando estamos ante un padre que al igual que la madre empatiza positivamente con los hijos, ha estado y está presente en su vida y desea seguir haciéndolo.

Por ello, y dada la idéntica capacitación y habilidades de ambos progenitores para ejercer la responsabilidad parental, que implica tener bajo su guarda a los hijos, este Tribunal entiende que lo más positivo para los menores es la custodia compartida por tiempos iguales al ser el sistema más parecido al que existía antes de la ruptura familiar, dado que se dan en este caso todos los requisitos necesarios, previstos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para fijar dicho régimen de custodia por semanas alternas, de lunes a lunes, a la salida del colegio.

Por lo tanto, se debe estimar el recurso en este punto al entender que el sistema de custodia compartida es el más beneficioso para los hijos y el que protege su interés prevalente por encima de otros también legítimos que puedan existir.

#### **CUARTO.- Régimen de vacaciones.**

Atendiendo al sistema de custodia fijado y a la edad de los menores no se considera preciso establecer régimen de visitas intersemanal, sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar las partes al respecto.





Las vacaciones escolares de los menores serán repartidas por mitad entre ambos progenitores en la forma prevista en el Convenio Regulator de fecha 11 de junio de 2013 aprobado por la Sentencia de divorcio.

#### **QUINTO.- Pensión de alimentos.**

En relación a la contribución a los alimentos y gastos extraordinarios, dado que se fija una custodia compartida, que ambos progenitores cuentan con ingresos y uno y otro progenitor tienen capacidad económica procede acordar que cada uno sufragará los gastos ordinarios de manutención y demás corrientes derivados de la convivencia, durante los periodos que los menores convivan con cada uno de ellos.

Examinadas las actuaciones y pruebas practicadas se advierte que ambos progenitores cuentan con ingresos propios derivados de su trabajo y que la diferencia entre los obtenidos por uno u otro no es excesiva, -el progenitor obtuvo en el ejercicio 2017 la cantidad bruta anual de unos 50.593 euros; en el mismo ejercicio la progenitora percibió la cantidad de unos 36.665 euros brutos anuales- máxime si atendemos a que la progenitora tiene jornada reducida y el establecimiento de la custodia compartida podría facilitarle la ampliación de jornada, si fuere de su interés, por ello se estima que el resto de gastos ordinarios se abonen al 50%.

En cuanto a los gastos extraordinarios que en relación a los menores puedan producirse serán abonados igualmente por mitad, previa acreditación de su importe y necesidad.

#### **SEXTO.- Costas.**

Dada la especial naturaleza y objeto de los procesos de Derecho de Familia y, conforme al criterio reiterado de este Tribunal, no procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas causadas.

**V I S T O S** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación



### III.- FALLAMOS

Que, estimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de Don \_\_\_\_\_ contra la Sentencia de fecha de 28 de mayo de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Torrejón de Ardoz en los autos de Modificación de Medidas seguidos con el número 1078/2017 de los que éste rollo dimana, debemos **REVOCAR** y **REVOCAMOS** la indicada resolución y, en su lugar, **ACORDAMOS**:

1) Atribuir la guarda y custodia de los hijos comunes de forma compartida, a ambos progenitores con alternancia semanal, de lunes a lunes a la salida del colegio. El ejercicio de la patria potestad será compartido.

2) Atendiendo al sistema de custodia fijado y a la edad de los menores no se considera preciso establecer régimen de visitas intersemanal, sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar las partes al respecto.

Las vacaciones escolares de los menores serán repartidas por mitad entre ambos progenitores en la forma prevista en el Convenio Regulador de fecha 11 de junio de 2013 aprobado por la Sentencia de divorcio.

3) Cada progenitor asumirá en exclusiva los gastos ordinarios de manutención y demás corrientes durante los periodos que el menor conviva con cada uno de ellos.

Los restantes gastos ordinarios se abonarán por ambos progenitores por mitad.

Los gastos extraordinarios que en relación a los hijos puedan producirse se abonaran al 50% por cada progenitor previa acreditación de su importe y necesidad.

Sin hacer pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas causadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844- 0000-00-1200-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

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 tutela 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.

