

CONCESION DE CAMBIO DE CUSTODIA EXCLUSIVA A COMPARTIDA A PESAR DE LAS MANIFESTACIONES DE LA HIJA DE 12 AÑOS DE QUEDARSE CON LA MADRE. El juzgado y luego la audiencia acuerdan el cambio de custodia, basándose en a) tiempo transcurrido, b) edad actual de las hijas 8 y 12 años, c) el mayor deseo de implicación del padre, d) La actual situación personal y laboral que le permite objetivamente una mayor dedicación a sus hijas. Respecto de la exploración de la hija de 12 años dice se mostrase partidaria de mantener el "status" anterior de guarda y custodia exclusiva, pues si bien en la edad que alcanza dicha menor, cumplidos ya los doce años de edad, debe ser tenida en consideración su opinión en momento en que ha alcanzado ya una notable autonomía funcional, cierta independencia y libertad de criterio suficiente para manifestarse acerca de la forma en que desea que continúe desarrollándose la relación paterno filial con sus progenitores, no debe confundirse la voluntad manifestada de la menor con su "superior interés", ni con que debe necesariamente seguirse el dictado de esa voluntad manifestada; en el caso enjuiciado es lo cierto que aunque la menor detalla que prefiere seguir en la forma en que se venía manteniendo la relación con su progenitor masculino, no se manifiesta por Pura de forma expresa, ni rotunda, un rechazo absoluto a la nueva modalidad de convivencia con su progenitor, careciendo de suficiente consistencia las explicaciones dadas a la Juzgadora "a quo. **Sentencia Audiencia provincial de Valladolid de 14 de junio 2021. Número Sentencia: 265/2021 . Ponente: José Ramón Alonso-Mañero Pardal .Origen instancia 10**

Cabecera: Guarda y custodia compartida o conjunta. Principio del superior interes del menor. Modificación del regimen de guarda y custodia

Interpone recurso de apelacion contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento matrimonial que se ha seguido con el número 103/2019 ante el juzgado de primera instancia número diez de valladolid sobre modificacion de medidas definitivas adoptadas en anterior proceso de divorcio interesando la revocación del pronunciamiento por el que estimandose la demanda, se establece un **cambio en el regimen de guarda** y custodia hasta ese momento vigente disponiendo el denominado modelo de " **custodia compartida** " ejercida por cada progenitor por semanas alternas con respecto a las hijas comunes (pura y raimunda, de 12 y 8 años de edad respectivamente en el momento actual), disponiendo la prestacion de alimentos a cargo del progenitor masculino y demás especificaciones de ejercicio del régimen fijado en la propia resolución.

PROCESAL: Legitimacion del ministerio fiscal

Jurisdicción: Civil

Ponente: José Ramón Alonso-Mañero Pardal

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 14/06/2021

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 265/2021

Número Recurso: 26/2021

Numroj: SAP VA 1123/2021

Ecli: ES:APVA:2021:1123

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00265/2021

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

N.I.G. 47186 42 1 2016 0018514

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000026 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000103 /2019

Recurrente: Felicidad

Procurador: JOSUE GUTIERREZ DE LA FUENTE

Abogado: MONTSERRAT SÁNCHEZ BLANCO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Artemio

Procurador: , GLORIA MARIA CALDERON DUQUE

Abogado: , J. GABINO CARRO ESPADA

S E N T E N C I A

Ilmo. Sr. Presidente: D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL

D^a EMMA GÁLGERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a catorce de junio de dos mil veintiuno.

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

autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO núm. 103/19 del Juzgado de Primera

Instancia núm. 10 de Valladolid, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELADA D. Artemio ,

representado por la Procuradora D^a GLORIA MARIA CALDERON DUQUE y defendido por el letrado D. J. GABINO

CARRO ESPADA, y de otra como DEMANDADA-APELANTE D^a Felicidad , representada por el Procurador D.

JOSUE GUTIERREZ DE LA FUENTE y defendido por la letrada D^a MONTSERRAT SÁNCHEZ BLANCO, habiendo

intervenido el MINISTERIO FISCAL; sobre MODIFICACION 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 26.10.20, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Estimando la demanda de MODIFICACION DE MEDIDAS interpuesta por la Procuradora Sra. Calderón Duque en nombre y representación de D. Artemio formulada frente a Dña. Felicidad representada por el Procurador Sr. Gutiérrez de la Fuente, acuerdo las siguientes medidas: 1

°.- Sin perjuicio de la titularidad conjunta de la patria potestad sobre las hijas menores de edad, la guarda y custodia se otorga de forma compartida a los dos progenitores.

Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del C. Civil. Por tanto, deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a sus hijas adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de las hijas deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto a las hijas tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en el ámbito escolar, o en el sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas.

Sobre esa base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio del modelo educativo. Se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo.

Los padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijas y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica, y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado.

De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijas y a que se les facilite los informes que cualquiera de los dos solicite.

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de las hijas podrá adoptar decisiones respecto a las mismas sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida de unas menores pueden producirse.

2.- La custodia compartida será ejercida por cada uno de los progenitores por semanas alternas con las especificaciones que se recogen en el fundamento cuarto de esta resolución

3.- Respecto a los alimentos de las hijas menores, cada progenitor asumirá los gastos ordinarios y extraordinarios en la forma establecida en el fundamento quinto de esta sentencia.

En concepto de pensión alimenticia a favor de las hijas, el progenitor deberá entregar a D^a Felicidad la suma de 350 euros mensuales, (175 euros por cada una) que serán pagados dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año. Esta pensión se devengará desde la fecha de esta resolución y será actualizada anualmente conforme al IPC

4º.- Todo lo que no se contemple en esta resolución se regirá por lo acordado en sentencia de Divorcio de 2 de octubre de 2017 dictada en el procedimiento 891/2012.

No se hace expresa imposición de las costas causadas."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación de D^a Felicidad 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 escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 10 de junio de los corrientes, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- D^a Felicidad interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento matrimonial que se ha seguido con el número 103/2019 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid sobre Modificación de

Medidas Definitivas adoptadas en anterior proceso de divorcio interesando la revocación del pronunciamiento por el que estimándose la demanda formulada por D.

Artemio , se establece un cambio en el régimen de guarda y custodia hasta ese momento vigente disponiendo el denominado modelo de "custodia compartida" ejercida por cada progenitor por semanas alternas con respecto a las hijas comunes (Pura y Raimunda , de 12 y 8 años de edad respectivamente en el momento actual), disponiendo la prestación de alimentos a cargo del progenitor masculino y demás especificaciones de ejercicio del régimen fijado en la propia resolución.

Esta decisión es la que resulta objeto de impugnación en el recurso de apelación interpuesto, interesando la apelante un nuevo pronunciamiento que revoque y deje sin efecto el anterior y que en su lugar se dicte otro que mantenga el régimen de guarda y custodia exclusiva a favor de D^a Felicidad al considerar que la adopción del régimen de guarda y custodia compartida va contra el interés superior de las menores hijas de ambos y contradice la voluntad de estas de mantenerse bajo la guarda y custodia de su madre (D^a Felicidad), insistiendo en que D. Artemio no podrá atender a sus hijas a consecuencia de su trabajo delegando en su pareja con quien las menores no congenian como sería deseable para el buen desarrollo del régimen.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso interpuesto e interesa la confirmación de la resolución recurrida en cuanto la misma acoge las pretensiones del Ministerio Público en el acto del juicio.

SEGUNDO-. Para una adecuada solución de la impugnación suscitada ante este Tribunal de Apelación por quien, como acontece con la Sra. Felicidad , se muestra disconforme con la decisión adoptada en la instancia que opta por estimar la pretensión del Sr. Artemio de modificar la situación de guarda hasta la fecha vigente por la modalidad de guarda y custodia denominada "custodia compartida" es oportuno reiterar, una vez más, que la doctrina de del Tribunal Supremo en relación con la adopción y establecimiento de esta modalidad de guarda y custodia 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 frontal 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 no se aparta en absoluto de la doctrina establecida por nuestro Tribunal Supremo respecto de la posible adopción del régimen de 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 se **desprende para este Tribunal de Apelación que en el caso presente resulta lo más conveniente para las menores afectadas** (Pura y Raimunda) confirmar la decisión que ha sido adoptada en la instancia, en cuanto supera así la seguridad que parece suponer para dichas menores la pretensión de la apelante de que se acuerde el mantenimiento de las cosas en el estado en que hasta la fecha se encontraban en cuanto al concreto régimen de guarda y custodia de las mismas, 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 sentencia de divorcio (año 2017), **de la edad actual de Pura y Raimunda -de 12 y 8 años de edad respectivamente 10 años de edad-**, y del **mayor deseo de implicación de**

su padre en su devenir diario y en el de participar aún más en el crecimiento y desarrollo de las menores en una fase evolutiva importante para su vida, como lo prueba la petición de D. Artemio de seguimiento del régimen de guarda inicialmente acordado que motivó informe pericial de 28 de septiembre de 2018 aconsejando ya la ampliación del régimen de visitas y mantener un seguimiento semestral que permitiera valorar la conveniencia del régimen de "guarda y custodia compartida" ahora establecido, así como su actual **situación personal y laboral que le permite objetivamente una mayor dedicación a sus hijas**, justifican cumplidamente que deba confirmarse la decisión de dar 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 de las menores Pura y Raimunda, con su derecho a una comunicación constante e igualitaria con ambos progenitores, lo que permite estimar ajustada a derecho la decisión de la Juez de Instancia de sustituir el régimen de guarda preexistente por el que ha sido solicitado por el Sr. Artemio.

En definitiva, lo cierto es que de lo **actuado y de cuanto resulta en el procedimiento no se ha detectado dato objetivo alguno que permita concluir que sea inadecuada o inconveniente la adopción del régimen de guarda y custodia** propugnado por D. Artemio, debiendo confirmarse la decisión de sustituir la guarda y custodia exclusiva de la madre por la alternancia semanal en un régimen de guarda y custodia compartida que puede desarrollarse sin constatación alguna de que su establecimiento pudiera suponer un desarrollo perjudicial para las menores hijas de ambos litigantes.

No es suficiente para esta Sala, al objeto pretendido por la apelante de que sea revocada la decisión adoptada en la instancia por la Juzgadora "a quo" -tras una ponderada valoración de todo lo actuado-, que **en la exploración de la hija mayor Pura** -de doce años de edad-, se mostrase partidaria de mantener el "status" anterior de guarda y custodia exclusiva, pues si bien en la edad que alcanza dicha menor, cumplidos ya los doce años de edad, debe ser tenida en consideración su opinión en momento en que ha alcanzado ya una notable autonomía funcional, cierta independencia y libertad de criterio suficiente para manifestarse acerca de la forma en que desea que continúe desarrollándose la relación paterno filial con sus progenitores, **no debe confundirse la voluntad manifestada de la menor con su "superior interés"**, ni con que debe necesariamente seguirse el dictado de esa voluntad manifestada; en el caso enjuiciado es lo cierto que aunque la menor detalla que prefiere seguir en la forma en que se venía manteniendo la relación con su progenitor masculino, **no se manifiesta por Pura de forma expresa, ni rotunda, un rechazo absoluto** a la nueva modalidad de convivencia con su progenitor, careciendo de suficiente consistencia las explicaciones dadas a la Juzgadora "a quo" y a la representante del Ministerio Fiscal para oponerse al cambio que en la vida de las menores pudieran estas atisbar como consecuencia del nuevo régimen de guarda y custodia.

Es por todo ello que no se considera que incurra la Juzgadora "a quo" en los errores de valoración de prueba e infracción de preceptos legales que han sido denunciados en el recurso.

TERCERO-. La desestimación del recurso de apelación no lleva aparejada expresa condena en las costas causadas por esta apelación porque, a los solos efectos del pronunciamiento sobre costas, concurren dudas fácticas acerca de cuál pudiera ser la

mejor alternativa de custodia en la determinación del régimen de guarda y custodia de las hijas menores de edad de ambos litigantes. 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 26 de octubre de 2020 en el procedimiento matrimonial que se ha seguido con el número 103/2019 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid sobre Modificación de Medidas Definitivas adoptadas en anterior proceso de divorcio, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, y todo ello 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. 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.