

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 22 DE MADRID

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914936269

Fax: 914936270

42030134

NIG: 28.079.42.2-2013/0129583

Procedimiento: Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso XXX/2020

Materia: Derecho de familia

Demandante: D./Dña. JUAN XXXXX XXXXX

PROCURADOR D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: D./Dña. AZUCENA XXXXX XXXXX

PROCURADOR D./Dña. MANUELA XXXXX XXXXX

SENTENCIA Nº XXX/2020

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. NATALIA VELILLA ANTOLÍN

Lugar: Madrid

Fecha: veinte de octubre de dos mil veinte

Vistos por mí, Natalia Velilla Antolín, Magistrada-Juez de Adscripción Territorial del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid, los presentes autos de JUICIO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS CONTENCIOSA, seguidos ante este Juzgado bajo el nº XXX del año 2020, a instancia de D. JUAN XXXXX XXXXX, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez y asistido por el letrado D. Jorge Martínez Martínez, contra D^a. AZUCENA XXXXX XXXXX, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Manuela XXXXX XXXXX y asistida por el Letrado D. José Antonio XXXXX XXXXX. Ha intervenido el Ministerio Fiscal en la persona de D^a. Isabel Carballido González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Juan XXXXX XXXXX formuló, en fecha 25 de noviembre de 2019, demanda de modificación de medidas contenciosa que por turno correspondió a este Juzgado registrándose con el nº 7 de 2020, contra su ex mujer, D^a. Azucena XXXXX XXXXX, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendía de aplicación, terminaba solicitando se dictase sentencia por la que se acordase la modificación de las medidas acordadas en sentencia de divorcio de fecha XX de mayo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Madrid, en el Divorcio

Contencioso nº XXX/2013, modificada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de XX de septiembre de 2015, en lo relativo a la guarda y custodia, pensión de alimentos y uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 5 de febrero de 2020, se admitió a trámite la demanda y se dio traslado a la parte demandada para que presentase en tiempo y forma escrito de contestación. Mediante escrito de fecha 1 de julio de 2020, contestó la parte demandada, en el sentido de oponerse. Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 3 de julio de 2020, se convocó a las partes a la vista, que tendría lugar el día 15 de octubre de 2020.

TERCERO.- El juicio tuvo lugar el día indicado, con asistencia de todas las partes. Se propuso y admitió prueba y se practicó, con el resultado que obra grabado en soporte digital. El Ministerio Fiscal solicitó que se modificaran las medidas, acordando una guarda y custodia compartida; _ que se dejase a la madre el uso de la vivienda familiar cuatro años y que cada progenitor abonase los gastos que originase el menor mientras esté en su compañía, procediendo al ingreso de 250 euros cada uno en una cuenta corriente común para satisfacer los gastos de escolaridad y análogos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el art. 775 LEC se regulan los supuestos en los que, tras la adopción de medidas definitivas en procesos de juicio de guarda y custodia, separación, divorcio o nulidad del matrimonio, los cónyuges, los progenitores o, en su caso, el Ministerio Fiscal, pueden solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por las partes o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Declara la jurisprudencia que los efectos y medidas decretados en la sentencia de separación, nulidad o divorcio (artículo 91 in fine del Código Civil), poseen eficacia de cosa juzgada, si bien limitada a la prueba de circunstancias que alteren de forma sustancial o relevante el estado de cosas tenido en cuenta al tiempo de su adopción; prueba que incumbe a quien insta la modificación y ha de ser fehaciente. La existencia de cosa juzgada obliga a mantener las medidas acordadas en tanto no se demuestre cumplidamente la variación. Dicho de otra forma: el procedimiento de modificación de medidas definitivas no es un recurso contra la sentencia que se pretende modificar, de tal forma que, cuando la parte considere que la sentencia recaída en el procedimiento de adopción de medidas paterno-filiales o de divorcio no le es favorable, no puede presentar tantas demandas como estime necesario hasta alcanzar el pronunciamiento que se adecúe a sus expectativas, pues, en esos casos, sí se impone el criterio de la “cosa juzgada”. La modificación de medidas tiene como única finalidad la

adecuación de las medidas adoptadas en sentencia de familia a las nuevas circunstancias concurrentes, ya que las medidas de los procesos de familia imponen obligaciones de tracto sucesivo a satisfacer durante muchos años, de forma que, con el proceso de modificación de medidas, se evitan las injusticias que una mejora en las circunstancias o un empeoramiento de las mismas pueda provocar al obligarse a cumplir la sentencia en sus estrictos términos.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2018 (RC 3090/2017), citando a otras anteriores, señala que el cambio de medidas será *«siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que se adoptó judicialmente la medida, y siempre partiendo del interés del menor»*, lo que apunta también a que ha de mediar un lapso temporal intermedio.

Además, los cambios han de ser relevantes (no bastan cambios accesorios o circunstanciales); que se hayan producido con posterioridad a la sentencia que se pretende modificar; que sea una modificación imprevista o imprevisible; y que sea estable y duradera.

SEGUNDO.- El progenitor demandante solicita un cambio de guarda y custodia de exclusiva de la madre a compartida de ambos progenitores, apelando al superior interés del menor. Así lo entiende también el Ministerio Fiscal. La parte demandada considera que no se ha producido ningún cambio en las circunstancias y que los padres tienen una relación muy tensa como para establecer ese cambio de guarda y custodia.

Establece la STS Sala Primera de 25 de abril de 2014 que, *«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 concurran 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 concurran 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"»*.

Igualmente, la STS Sala Primera de 2 de julio de 2014, (rec. 1937/2013) pone de manifiesto que *«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».*

Por tanto: no es necesario que haya un cambio objetivable de circunstancias para acordar un cambio de guarda y custodia hacia una compartida, sino que es necesario que concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia y amparados en el superior interés del menor para acordar un régimen de guarda y custodia compartida.

Para decidir sobre la custodia hay que buscar como objetivo continuar con la unidad familiar a pesar de la ruptura conyugal, o que esta unidad familiar se vea afectada lo menos posible. La fórmula más idónea para favorecer este objetivo esencial es la custodia compartida, debiendo excluirse este régimen y optar por el de custodia exclusiva cuando se revele insuficiente o perjudicial para el menor, incluyendo el supuesto en el que uno de los progenitores no quiera o no pueda hacerse cargo de las funciones inherentes a la custodia.

La práctica está demostrando que la custodia exclusiva a cargo de uno sólo de los padres produce más afectaciones en la unidad familiar que beneficios y ello por múltiples causas. La más grave y fundamental es que el progenitor no custodio ve reducido su período de estancia con sus hijos a un tercio del tiempo, y eso en el mejor de los casos. Suelen darse graves conflictos en lo que respecta a la educación y crianza de los hijos, en donde deberían participar ambos progenitores, si bien la práctica revela muchos casos en los que es el progenitor custodio el que asume en exclusiva decisiones vitales para los hijos sin el consentimiento y muchas veces incluso sin el conocimiento del progenitor no guardador.

En cualquier caso, no se puede negar que en el sistema de custodia exclusiva se le priva al progenitor no custodio del derecho de participar en la educación y crianza de su hijo, siendo falso que el progenitor no custodio juegue un papel igual de importante que el custodio. La escasa posibilidad de la integración del hijo en la vida del progenitor no custodio va

produciendo de forma inevitable un distanciamiento entre ambos, así como entre el hijo y la familia extensa de aquel.

La custodia compartida ofrece para los hijos un régimen más próximo a las prácticas de educación, crianza y afecto existentes cuando la pareja de progenitores convivía, pues mantiene al máximo la unidad familiar. Toda la problemática que produce la custodia exclusiva no se produce con la compartida. Absolutamente todas las vivencias de los hijos se comparten por toda la familia (padre, madre, familias extensas tanto paternas como maternas, etc.) sin que ninguno de los progenitores quede distanciado en su evolución. Dicha situación es percibida por los hijos de una forma más positiva que en una situación de custodia exclusiva, y ese mayor afecto y mayor acogimiento vivencial con ambos padres les ahorra tensiones psicológicas y emocionales que sufren los hijos en una ruptura.

La práctica legislativa y judicial ha establecido la necesidad de aceptar los mayores beneficios de la custodia compartida, pues dichos beneficios son muy fácilmente perceptibles y se basan en los principios de coparentalidad y corresponsabilidad. El principio general es el de optar por la custodia compartida, y sólo si ésta se revela perjudicial para los menores o simplemente beneficiosa, pero en menor medida, se opta por la custodia exclusiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre 2009 establece los criterios para analizar si resulta beneficioso el ejercicio de la custodia compartida o no. Entre dichos criterios tenemos la práctica anterior, las aptitudes personales de los padres, los deseos de los menores, el número de hijos, la actitud de cumplimiento de los progenitores y respeto mutuo, los informes legales y cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada.

En el caso de autos, nos hallamos ante un régimen de visitas en favor del padre muy cercano a la guarda y custodia compartida. El hijo menor, Juan, nacido el 5 de noviembre de 2011, está bajo la guarda y custodia de su madre pero con un régimen de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y las tardes de los miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves a la entrada. Este régimen supone que el niño pernocta en casa del padre doce días, mientras que en un régimen de guarda y custodia por semanas alternas, como el que se pide, la pernocta se alargaría hasta catorce o quince días. En términos cuantitativos, lo solicitado por el padre no es muy diferente a lo que la familia tiene en la actualidad. Lo que la petición supone es un cambio cualitativo.

El cambio hacia un régimen de guarda y custodia compartida por semanas alternas supone una mejor integración del menor en la vida del padre y una mayor implicación de este en la educación del hijo. Pasar de ser un padre de visita a un padre criador, con más noches entre semana,

permite que el hijo estudie con su padre y pase más tiempo seguido con él sin que la disminución de las estancias con la madre supongan para el menor un perjuicio. Es indudable que estar bajo la guarda de ambos progenitores por igual en los primeros años de vida de un menor, garantiza el desarrollo personal y afectivo de este sobre la base de dos referentes necesarios que influyen en él tanto en lo bueno como en lo malo, como el resto de niños que conviven con sus dos padres.

La parte demandada ha opuesto que el padre no le cambia de ropa el día de pernocta; se niega a intercambiar juguetes y otros enseres de una casa a otra; el niño no ha verbalizado querer estar más con su padre; y que los padres se llevan tan mal que hasta ha trascendido a la Asociación de Padres de Alumnos del colegio tal circunstancia.

De la prueba practicada en el acto del juicio, más allá de desencuentros y diferente manera de ver las cosas, no se observan obstáculos insalvables para proceder a un cambio de guarda y custodia. El padre dice que lava la ropa del día anterior y niega que la relación sea tan mala. Aportar múltiples mensajes de correo electrónico al procedimiento, además, de, en opinión de esta juzgadora, tiene una dudosa virtualidad probatoria frente a una vulneración de la intimidad familiar, adulterando las comunicaciones futuras restándoles naturalidad y espontaneidad ante la sospecha de poder ser utilizadas en un futuro, no sirve de gran cosa.

Salvo para acreditar situaciones extremas de mala relación que, de otra manera, no podrían acreditarse e, incluso, para probar una situación de riesgo real, inundar al juzgado de folios y folios de conversaciones únicamente demuestra lo infundado de la pretensión de la demandada de acreditar la mala relación. Si esta existe, basta con aportar prueba sobre aquello que indubitadamente lo acredite. Por otra parte, no basta con que exista una mala relación para denegar la guarda y custodia compartida. De ser así, en muy pocos casos podría optarse por este sistema de guarda y custodia –las personas se divorcian en muchísimos casos por tener mala relación–. Es imprescindible acreditar una tensión que afecte al menor en su desarrollo y que suponga que este sea víctima de las malas relaciones, lo que no sucede en este caso, donde los progenitores se han comunicado con mayor o menor acierto y se han puesto de acuerdo en aspectos esenciales del menor.

En vista de todo lo anterior, ante la ganancia cualitativa que la relación del menor con su padre produce la guarda y custodia compartida, se establece, por tanto, un régimen de guarda y custodia compartida por semanas alternas, desde el viernes a la salida del colegio, que la recogerá el progenitor en cuya compañía vaya a pasar el fin de semana y la semana subsiguiente, con entrega de la menor el siguiente viernes en centro escolar. Los festivos que formen puente escolar con el fin de semana siguiente, adelantarán la recogida del progenitor con el que la menor debiera pasar el fin de semana, acreciendo su semana, con recogida de la menor en el centro escolar el último día lectivo antes del puente escolar. La

alternancia de las semanas será la que se venga desarrollando hasta ahora, debiendo permanecer en compañía de su hijo el padre la semana siguiente a la recogida del menor para el fin de semana.

TERCERO.- En cuanto al régimen de visitas y comunicaciones, regirá el establecido en la sentencia que se modifica.

CUARTO.- Al establecerse un régimen de guarda y custodia compartida, cada progenitor asumirá sus propios gastos de manutención, vestido y calzado y deberá ingresar en la cuenta corriente común que ambos designen, donde deberán domiciliar todos los pagos de educación del menor, la cantidad de 250 euros por progenitor, atendiendo a los gastos de escolarización del menor y a los ingresos de uno y otro. Dicha cantidad deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes y estará sometida a una actualización equivalente al IPC que cada año publica el Instituto Nacional de Estadística u otro organismo que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad, siempre que sean asumidos conjuntamente en el ejercicio compartido de la patria potestad o, en su defecto, siempre que sean necesarios e imprescindibles, aunque no se cuente con el consentimiento de uno de los progenitores. En caso de discrepancia en la acometida, deberán acudir al juez. Se consideran gastos extraordinarios aquellos que, teniendo naturaleza alimenticia, no son periódicos ni previsibles.

QUINTO.- En lo relativo al uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares, sita en la calle Agustín Lara, nº 6 Bajo derecha de Madrid y de titularidad privativa del actor, la sentencia que se pretende modificar atribuía el uso y disfrute de la misma a la madre y al menor en cuya custodia permanecía. Sin embargo, al haberse acordado el régimen de guarda y custodia compartida, el criterio prioritario del artículo 96 CC no opera. El demandante ha ofrecido que la madre resida en esa vivienda durante cuatro años desde el dictado de la sentencia, lo cual ha sido interpretado favorablemente por el Ministerio Público. La madre tiene unos ingresos de unos 2.000 euros netos mensuales y ha reconocido tener una vivienda en Barcelona que está en alquiler, por lo que no le produce gastos. Atendiendo a estas circunstancias, el ofrecimiento del demandante es adecuado y generoso, por lo que se estima la pretensión del actor concediendo el uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares a la demandada durante cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia.

SEXTO.- En lo no previsto expresamente en esta sentencia, la sentencia de fecha XX de mayo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Madrid, en el Divorcio Contencioso nº XXX/2013, modificada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de XX de septiembre de 2015.

SÉPTIMO.- Dada la especial materia de la que se trata y el superior interés del menor, no se imponen las costas a ninguna de las partes.

FALLO

ESTIMO la demanda de modificación de medidas contenciosa y en su virtud, acuerdo la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio de fecha XX de mayo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Madrid, en el Divorcio Contencioso nº XXX/2013, modificada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de XX de septiembre de 2015, de este juzgado en el siguiente sentido:

A) GUARDA Y CUSTODIA: guarda y custodia compartida por semanas alternas, desde el viernes a la salida del colegio, que la recogerá el progenitor en cuya compañía vaya a pasar el fin de semana y la semana subsiguiente, con entrega de la menor el siguiente viernes en centro escolar. Los festivos que formen puente escolar con el fin de semana siguiente, adelantarán la recogida del progenitor con el que la menor debiera pasar el fin de semana, acreciendo su semana, con recogida de la menor en el centro escolar el último día lectivo antes del puente escolar. La alternancia de las semanas será la que se venga desarrollando hasta ahora, debiendo permanecer en compañía de su hijo el padre la semana siguiente a la recogida del menor para el fin de semana.

B) PATRIA POTESTAD y VACACIONES seguirán desarrollándose tal y como fue previsto en el convenio regulador que se modifica.

C) PENSIÓN: cada progenitor asumirá sus propios gastos de manutención, vestido y calzado y deberá ingresar en la cuenta corriente común que ambos designen, donde deberán domiciliar todos los pagos de educación del menor, la cantidad de 250 euros por progenitor. Dicha cantidad deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes y estará sometida a una actualización equivalente al IPC que cada año publica el Instituto Nacional de Estadística u otro organismo que lo sustituya. Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad, siempre que sean asumidos conjuntamente en el ejercicio compartido de la patria potestad o, en su defecto, siempre que sean necesarios e imprescindibles, aunque no se cuente con el consentimiento de uno de los progenitores. En caso de discrepancia en la acometida, deberán acudir al juez. Se consideran gastos extraordinarios aquellos que, teniendo naturaleza alimenticia, no son periódicos ni previsibles.

D) Se concede el uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares sita en la calle XXXXX, nº 6 Bajo derecha de Madrid y de titularidad privativa

del actor, a la demandada, D^a. Azucena XXXXX XXXXX durante cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia.

E) En lo no previsto expresamente en esta sentencia, la sentencia de fecha XX de mayo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia n^o 22 de Madrid, en el Divorcio Contencioso n^o XXX/2013, modificada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22^a, de XX de septiembre de 2015.

F) No se imponen las costas.

Notifíquese a las partes esta resolución haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que deberá interponerse ante este Juzgado dentro del plazo de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación por los trámites de los Art. 458 y siguientes de la LEC (según redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal) para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. Para la admisión del recurso de apelación, será necesaria la consignación de un depósito de 50 euros (artículo 448.1 LEC).

Así lo mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, en Audiencia Pública, en el día de su fecha. Doy fe.