

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

Recurso de Apelación ██████████/2019 SECCIÓN REFUERZO TFNO. 91 493 03 65

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 02 de Alcorcón
Autos de Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso ██████████/2018

Apelante: DON GUSTAVO ADOLFO ██████████ ██████████

Procuradora: Doña Patricia de la Fuente Bravo

Letrado: Don Jorge Martínez Martínez

Apelada: DOÑA ROCÍO ██████████ ██████████

Procurador: Don ██████████ ██████████

Letrada: Doña ██████████ ██████████ ██████████

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Ángeles Velasco García

SENTENCIA N° 653/2021

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 Antonella Sánchez Alonso

En Madrid, a 14 de junio de 2021.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial, Sección REFUERZO, ha visto, en grado de apelación, los autos sobre MODIFICACIÓN DE MEDIDAS, SUPUESTO CONTENCIOSO, seguidos bajo el nº ██████████/2018, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Alcorcón, entre partes:



De una como apelante, DON GUSTAVO ADOLFO [REDACTED],
representado por la Procuradora Doña Patricia de la Fuente Bravo.

De otra como apelada, DOÑA ROCÍO [REDACTED], representada
porel Procurador Don [REDACTED].

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrada Ponente Ilma. Sra. Doña María Ángeles Velasco García.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha [REDACTED] de enero de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia
eInstrucción nº 2 de Alcorcón, se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que desestimando la demanda formulada por Don Gustavo Adolfo [REDACTED]
[REDACTED] representado por el Procurador Doña Patricia de la fuente Bravo contra Doña
Rocío [REDACTED] [REDACTED] representada por el Procurador Doña [REDACTED]
[REDACTED] y contra el Ministerio Fiscal.

DEBO DECLARAR Y DECLARO no haber lugar a modificar la sentencia dictada
por este Juzgado de Primera Instancia con fecha [REDACTED] de octubre de 2012 en los autos de
Divorcio núm. [REDACTED]/12, con expresa condena en costas procesales a la parte actora.



Firme esta sentencia, llévese testimonio al procedimiento principal para su debida constancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, definitivamente juzgando en la 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 Gustavo Adolfo [REDACTED] exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

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

Seguidamente, se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 10 de junio de los corrientes.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante, demandante, a través del escrito de interposición del recurso de apelación planteado contra la sentencia de instancia, y con revocación de la

misma, solicita que se otorgue una guarda y custodia compartida semanal y, consecuentemente, ambos progenitores abonaran por mitad los gastos de las menores, abriendo para ello una cuenta bancaria de titularidad compartida, y un régimen de visitas en los periodos vacacionales.

Refiere vulneración de la tutela judicial efectiva y del derecho a utilizar todos los medios de prueba, por cuanto que se denegó indebidamente por el juez a quo la prueba pericial psicosocial, la exploración de las menores, reiterando en segunda instancia la práctica de estas, asimismo refiere falta de motivación, error en la apreciación de la prueba y vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida.

La parte demandada, se opone al recurso formulado solicitando la integra confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 26 de junio de 2019, y de fecha 13 de abril de 2021 (traslado de la exploración de las menores), se opone al recurso al entender que la sentencia es conforme a derecho, aduciendo que no se ha justificado que sea más beneficios para las menores que se adopte un régimen de custodia compartida.

SEGUNDO.- VULNERACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

La parte recurrente alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, generadora de una efectiva indefensión, al no haberse admitido la exploración de las menores ni la prueba pericial psicosocial en la instancia.

El hecho de que no se haya admitido la práctica de la prueba pericial psicosocial por el juez a quo, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues siendo, en determinados casos, conveniente, no se constituye en requisito imprescindible en el art. 92, 6º y 9º del Código Civil.



En relación con la falta de exploración de las hijas, el Tribunal Supremo se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan. Así, podemos citar la sentencia 20 de octubre de 2014 que establece lo siguiente: «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005.

La denegación de la exploración de las menores ha sido subsanada en esta alzada de conformidad con lo dispuesto en los arts. 460 y 752 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitando la parte apelante el recibimiento a prueba en esta segunda instancia y fue en virtud de auto de fecha 15 de febrero de 2021 dictado por esta Sala donde se admitió la práctica de la exploración de las dos menores y se denegó la práctica de la prueba pericial psicosocial.

El motivo debe desestimarse.

TERCERO.- FALTA DE MOTIVACION.

La sentencia de instancia considera que no se ha producido ningún cambio de circunstancias que justifique un cambio de guarda y custodia que pudiera suponer una mejora en el bienestar de las menores y que el padre ya tiene un sistema de visitas bastante amplio de fines de semana alternos y de martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas y mitad de vacaciones escolares.

La sentencia cuya modificación se solicita es de fecha ■ de octubre de 2012. En aquella ocasión, se fijó que la guarda de las dos hijas la ejerciera la madre, con el régimen de



visitas señalado para el padre y una pensión alimenticia a cargo de don Gustavo Adolfo en lacuantía de 500,00 euros mensuales (250,00 euros por cada hija).

En su demanda don Gustavo Adolfo [REDACTED] alegaba que las hijas han crecido, teniendo otras necesidades, el amplio régimen de visitas fijado a favor del padre se ha desarrollado con cierta normalidad, si bien han existido dificultades en cuanto a las visitas intersemanales y ello porque las menores practican gimnasia rítmica artística y tienen que acudir a entrenamiento tres días a la semana, Agripina en el C.A.R de Madrid y Antonella otros tres días en Alcorcón; alega el cambio jurisprudencial en que se considera la custodia compartida como el régimen ordinario, a lo que se debe añadir las aptitudes personales de los progenitores, y la disponibilidad de los progenitores, solicitando que se estableciera una guarda compartida.

Ciertamente la sentencia no adolece de falta de motivación, aunque su motivación sea parca. Como recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 177/14, de 3 de noviembre de 2014, la razón última del deber "de motivación es la sujeción de los jueces al Derecho y la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117,1º CE)" y que la "exigencia de motivación tiene la doble finalidad, por un lado, de exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica y permitiendo a las partes conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión, y, por otro, de garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales Superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo (entre muchas otras, STC 127/2011, de 18 de julio)". Por ello, no basta con especificar el derecho aplicable al caso, sino que es necesario analizar los datos fácticos alegados, el alcance de la prueba sobre los mismos y a partir de ahí, con aplicación de la norma correspondiente, establecer la decisión. En el presente caso se dice que no se ha producido un cambio de circunstancias, estimando que el adecuado es el régimen de custodia materna, con el régimen de visitas fijado en la sentencia de divorcio, y ello porque ni consta que el padre haya efectuado requerimiento alguno a la madre para el cumplimiento debido de la guarda, ni tampoco ha existido denuncia o escrito alguno instando ejecución civil de dicha medida, y porque el sistema fijado ha funcionado, a lo que añade el distanciamiento entre ambos progenitores. Argumentación que no comparte esta Sala, pero ello no lleva a considerar que ha existido una falta de motivación.



El motivo, pues, debe desestimarse.

CUARTO.- ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA.- VULNERACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Trataremos el tema de la guarda compartida de las hijas comunes de las partes litigantes planteado en la demanda.

“Prima Facie”, debemos señalar que, en el momento de interponer la demanda, 27 de junio de 2018, Agripina, como nacida el █ de mayo de 2003, contaba con la edad de 15 años, sin embargo, en fecha el █ de mayo de 2021 alcanzó la mayoría de edad, por lo que procede declarar que se ha producido una carencia sobrevenida de objeto, conforme al artículo 22 de la LEC. Por todo ello, procederemos al estudio de dicho régimen de custodia respecto de Antonella.

Aun cuando se fijó en la sentencia de divorcio una guarda monoparental, lo conveniente no es partir de ello para concluir que no se ha probado que resulte más beneficioso para la hija establecerla de otro modo, como así señala el Ministerio Fiscal en su informe, sino al contrario; partiendo de un modelo normativo del ejercicio monoparental, valorar la prueba para determinar que ello no sería favorable para el buen desarrollo de la menor Antonella y el interés de la misma nos llevaría hacia una guarda compartida.

La STS de 19 de julio de 2013 que dice: "La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del 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".

Procedemos a analizar si hay posibilidad de un ejercicio conjunto de la guarda y custodia y sólo en el caso de que se estimara que ello supondría un perjuicio para Antonella seguiríamos con el ejercicio de guarda monoparental.

El juez "a quo" señala que el régimen de visitas inicialmente fijado es amplio y ha funcionado, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida solicitada.

Como hemos señalado anteriormente en virtud de sentencia de divorcio, de fecha ■ de octubre de 2012, se fijó una custodia materna, pero no por ello debemos petrificar la situación de la menor, Antonella, desde el dictado de la sentencia, sino que habrá que ver los cambios que desde entonces se han producido. El transcurso del tiempo y la adaptación de la menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para denegar una custodia compartida. El Tribunal Supremo en sentencia de 5 de abril de 2019 dice: *"no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida."*

Por lo que el transcurso del tiempo, si se puede considerar que constituye un cambio cierto de circunstancias, que exige en ocasiones modificación de las medidas fijadas anteriormente, bien de mutuo acuerdo, bien a través de un proceso contencioso, siempre y cuando dicho cambio sea en interés de la menor.

En el presente caso, ambos progenitores son perfectamente capaces y hábiles para ejercer la custodia, como así lo han puesto de relieve las dos hijas, Agripina, que contaba con 17 años cuando se practicó la exploración y Antonella que cuenta con 13 años.



Precisamente, la exploración de ambas puso de manifiesto que ambas quieren compartir el mismo tiempo con su padre que con su madre, se encuentran a gusto con ambos, los dos las tratan muy bien, estudian con su padre cuándo comparten tiempo. En esta situación, relegar al padre a ver a su hija fines de semana alternos y dos tardes por semana, sin dejarle participar de los buenos o menos buenos momentos del día, no es beneficioso para Antonella, ni tampoco es bueno para la progenitora femenina que asumiría, de manera contante, el cuidado diario de la menor, con el perjuicio para la mismas de no tener los aportes que pudiera hacer el padre. Es necesario, pues, para Antonella que pueda estar con su padre y con su madre por igual, cuál es su deseo.

La sentencia de instancia señala, entre otros motivos para denegar la custodia compartida, “la distancia entre ambos progenitores”, y a este respecto debemos señalar que la falta de relaciones cordiales entre los litigantes no puede considerarse como un obstáculo insalvable para otorgar una custodia compartida, pues, obvio es, que en la mayor parte de las situaciones de quiebra de la unidad familiar obedece al deterioro de las relaciones entre los cónyuges, si bien si dicho distanciamiento no afecta directa y negativamente a los hijos, como proclama nuestro más Alto Tribunal; la sentencia, pues, no puede basarse en dicha circunstancia, para denegar la pretensión al efecto articulada por una de las partes.

En definitiva, la prueba practicada en la instancia y en la alzada pone de manifiesto que en el presente caso encajan todos los criterios para establecer una custodia compartida: La menor tienen una buena vinculación afectiva con ambos progenitores; tanto el padre como la madre son aptos para garantizar el bienestar de Antonella; no se advierte que no tengan habilidades parentales ninguno de los dos progenitores; la cercanía de los domicilios, habiéndose trasladado el Sr. [REDACTED] cerca del domicilio donde residen las hijas con su madre y, por último, un reparto equitativo del tiempo con ambos es valorado positivamente por Antonella. Por todo ello, la custodia compartida se estima la mejor solución al distribuirse de forma igualitaria entre los dos progenitores los deberes parentales de ayudar a madurar física, psíquica y emocionalmente a Antonella, de tenerla en su compañía, de mantener la vinculación positiva con la misma y darla la formación adecuada, así como inculcarla los valores necesarios para ser una persona responsable en el futuro.



Por todo ello, y salvo que otro acuerdo puedan alcanzar los progenitores, la distribución de estancias de Antonella será de lunes a lunes, además de mantener un reparto por mitad de los periodos vacacionales escolares.

QUINTO.- PENSION ALIMENTICIA.

En cuanto a los alimentos que deben abonar para su hija, ambos progenitores deberán hacerse cargo de modo directo y personal de los gastos cotidianos de la hija generados en su respectivo entorno y existiendo una diferencia entre los ingresos entre ambos, tal como se acredita con la documental presentada por las partes en sus escritos de demanda y contestación, en los que se aprecia que el Sr. [REDACTED] percibe unos 2.100,00 euros mensuales, con prorrata de las pagas extraordinarias, como se acredita con las nóminas del año 2018 (folios 60 y sigs. de las actuaciones) y doña Rocío percibe unos 1.520,00 euros mensuales, prorrateadas las pagas extraordinarias (folios 247 y sigs.), en cuanto a los gastos de escolaridad, matrícula, libros y material escolar, clases de apoyo que precise la menor, así como las clases de gimnasia rítmica a la que viene acudiendo desde pequeña, se sufragaran el 60% por el padre y el 40% por la madre, asimismo en la misma proporción harán frente a los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la menor, previo acuerdo entre los progenitores, o en su caso, autorización judicial.

Por todo ello, se suprime la contribución paterna fijada en la sentencia de divorcio a favor de la hija menor Antonella, rigiendo la medida que acordamos desde la fecha del dictado de la presente resolución.

Por último, es preciso señalar que lo aquí acordado no coincide exactamente con lo solicitado en el recurso, no incurrimos en incongruencia ni ultra ni extra petita, toda vez que al tratarse de una medida inherente al pronunciamiento de la guarda de una menor de edad, estamos en presencia de materia de orden público, ius cogens o derecho necesario, en la que el Juez y Tribunal puede adoptar las medidas más adecuadas para la menor, y ello con independencia de las solicitadas por las partes, al no estar vinculados por los principios



dispositivo y de rogación (artículo 216 de la LEC), de congruencia e igualdad de partes, a diferencia de cuando de otras materias de estricto derecho privado se trata, lo que descarta toda incongruencia (artículo 218 de la LEC).

SEXTO.- COSTAS.

Don Gustavo Adolfo [REDACTED] recurre el pronunciamiento de la condena en costas en primera instancia a que fue condenando.

La regla general debe ser, si hay una estimación/desestimación total, que se impongan las mismas y, solo por causas excepcionales y debidamente fundamentadas, se deberá dejar de hacer un especial pronunciamiento sobre las mismas. La SAP Madrid Sec. 22 de 24 de abril de 2018 dice que *“en los de modificación de medidas, dependiendo de las cuestiones debatidas, tan solo permitirían interpretar flexiblemente el criterio del vencimiento objetivo señalado en el artículo 394 de la LEC (sentencia de 13 de junio de 2017). Así pues, la regla general en esta clase de procesos, como señalábamos en la sentencia de 21 de julio de 2015, será la estricta aplicación del principio del vencimiento objetivo recogido en el artículo 394 de la LEC, especialmente en aquellos casos en que se debatan aspectos de orden económico, salvo circunstancias excepcionales”*.

No obstante, tratándose de un cambio de custodia el criterio mantenido por esta Sala, por regla general, al no apreciarse una mala fe en la interposición de la demanda, no procede a la imposición de costas.

El motivo, pues, debe estimarse.

De conformidad con el artículo 398 de la LEC, estimando parcialmente el recurso de apelación, no procede hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente.



Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III.- FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por don Gustavo Adolfo [REDACTED] [REDACTED] contra la Sentencia dictada, en fecha [REDACTED] de enero de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Alcorcón, en autos de modificación de medidas seguidos, bajo el [REDACTED]/2018, debemos revocar y revocamos la disentida sentencia en el siguiente sentido:

1º.- Se establece el ejercicio de un sistema de custodia compartida semanal, teniendo lugar los cambios de dicha custodia los viernes a la salida del colegio hasta el viernes próximo a la entrada del colegio, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada.

2º.- Este régimen de estancias se alterará en los periodos vacacionales de Navidad y verano (julio y agosto) en el que la menor estará con cada progenitor la mitad de estos, eligiendo en caso de discrepancia los años pares la madre y los años impares el padre.

Las vacaciones de Semana Santa se disfrutarán íntegramente por cada progenitor por años alternos.

El anterior sistema se establece sin perjuicio de que ambos progenitores, en base a criterios de flexibilidad y siempre en interés de la hija común puedan establecer las concreciones necesarias que resulten convenientes, respetando siempre el interés de esta.

3º.- Los gastos ordinarios de alimentación, vestido, parte proporcional de los suministros del hogar, ocio de la hija común serán sufragados por cada progenitor mientras esté en su compañía y en cuanto a los gastos de escolaridad, matrícula, libros y material



escolar, clases de apoyo que precise la misma, así como las clases de gimnasia rítmica se sufragaran el 60% por el padre y el 40% por la madre, asimismo en la misma proporción harán frente a los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la menor.

Sin expresa imposición de las costas causadas en primera instancia ni en esta alzada.

Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal, conforme a la Ley 1/09 de 30 de noviembre, disposición Adicional 15ª punto 8, désele el destino legal

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 2844-0000-00-1207-19, 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.

