



## JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 GIJON

NOTIFICADO 05-12-2019

Luis Indurain López

Procurador de los Tribunales

SENTENCIA: 00462/2019

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1, PLANTA 3, MÓDULO D. GIJÓN.

**Teléfono: 985171006**, Fax: 985357679

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: SAC

Modelo: 0030K0

**N.I.G.:** 33024 42 1 2011 0006397

**MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO**

Procedimiento origen: DMA DIVORCIO MUTUO ACUERDO

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. LUIS INDURAIN LOPEZ

Abogado/a Sr/a. ESTEBAN GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

DEMANDADO D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

### SENTENCIA Nº 462/2019

MAGISTRADA/JUEZ: D<sup>a</sup>. MARIA DEL CARMEN BLANCO ALONSO.

En Gijón, a 2 de diciembre de 2019.

**Demandante:** Don

Abogado: Don Esteban González-Sastre Rodríguez

Procurador: Don Luis Induráin López

**Demandado:** Doña

Abogado: Doña

Procurador:

**Ministerio Fiscal**

**Objeto del juicio:** Modificación de Medidas Definitivas fijadas en sentencia de divorcio

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El procurador de la parte actora presentó Demanda de Modificación de Medidas Definitivas de sentencia de Divorcio de Mutuo Acuerdo de fecha 02/09/2.011 (Convenio Regulador de fecha 04/07/11). Solicita la modificación de las medidas recogidas en orden a custodia de los menores , solicitando se fije un régimen de guarda y custodia compartida por periodos semanales.

**SEGUNDO:** Por decreto de este juzgado se admitió a trámite la demanda presentada una vez verificada la jurisdicción y la competencia, y demás requisitos procesales, y se acordó dar traslado de la misma a la demandada y al ministerio fiscal. La representación procesal de la demandada se opone a esta pretensión.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

**TERCERO:** Al acto de la vista, citadas las partes en legal forma, comparecieron todas las partes el día y hora señalados, representadas por procurador y asistidas de letrado, y tras formular las alegaciones que estimaron pertinentes, interesaron el recibimiento del pleito a prueba, practicándose toda la que fue propuesta y admitida como pertinente, con el resultado que obra en el soporte videográfico unido a los autos. Finalizada la práctica de la prueba, se acordó dar por terminado el acto, quedando aquellos conclusos y vistos para dictar la presente resolución.

**CUARTO:** En la tramitación del presente procedimiento, se han observado todas las formalidades establecidas por la ley.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** Se solicita por la representación procesal de la parte actora se fije un sistema de guarda y custodia compartida por periodos semanales, y demás medidas consecuencia de ésta.

Se opone la demandada con al cambio de custodia, al no haberse producido modificación de las circunstancias, solicitando se mantenga la situación fijada en sentencia de divorcio.

El Ministerio Fiscal informa a favor de la estimación de la demanda valorando las circunstancias concurrentes.

**SEGUNDO:** En orden a la determinación de las medidas solicitadas, el **interés preponderante**, que debe prevalecer sobre cualquier otro, es el interés del menor de edad (art.92.2 Código Civil), y ello porque sus derechos de cara a su protección y tutela exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a gozar de la consideración de derechos públicos, para los que la Constitución sanciona su protección integral por parte de los poderes públicos (art.39.2) Además ha de tenerse en cuenta que la atención al preponderante interés de los menores, obliga, en lo posible, a intentar armonizar los intereses de los progenitores puesto que, en las desavenencias y disputas de estos, los perdedores son, inevitablemente, los hijos comunes cuyos intereses se quieren salvaguardar. En esta materia, y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de mayo de 2002, ha de estarse a lo que resulte más conveniente para el “favor filii”, al ser éste el interés más digno de protección en orden a la adopción de medidas que afecten al cuidado y educación de los hijos, conforme al cual debe procurarse ante todo, el beneficio o interés de los menores, por encima de los legítimos intereses de los progenitores, constituyendo un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la interpretación de la Ley en esta materia. Supremacía también recogida en la Convención sobre Derechos del Niño, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 de noviembre de 1990, y en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección del Menor, y más recientemente, en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

**El artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** autoriza a los cónyuges a solicitar del tribunal la modificación de medidas convenidas por los cónyuges o las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. La doctrina y la Jurisprudencia vienen exigiendo, en términos generales, para que tenga lugar tal modificación, los siguientes presupuestos: a) Que haya tenido lugar un cambio real y evidente en el conjunto de circunstancias o condiciones consideradas al tiempo de adoptarse las medidas, tanto por las partes como por el Juez; b) Que tal cambio sea sustancial, o lo que es lo mismo, importante, fundamental o grave, lo que conlleva un

análisis casuístico; c) Que la alteración o variación afecte a las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes o por el Juez en la adopción de las medidas e influyeron esencial y decisivamente en su contenido, constituyendo un presupuesto de su determinación; d) Que la alteración o mutación evidenció signos de “permanencia”, de modo que permita distinguirla de un cambio meramente coyuntural o transitorio de las circunstancias tenidas en cuenta en la adopción de las medidas; y por último, e) Que las circunstancias sean necesarias, objetivas o sobrevinidas, por lo tanto, que no obedezcan a criterios subjetivos o de conveniencia o complacencia.

En supuestos como el presente, en los que se solicita **un cambio en el régimen de guarda y custodia de los menores**, no es necesario que se produzca dicha alteración sustancial de las circunstancias para desvirtuar al efecto de cosa juzgada, (Sts AP Asturias, Sección 7ª de fechas 13/02 y 29/10 de 2015 y 04/03/2.016, entre otras), sino que se deberá tener en cuenta siempre es el preponderante interés del menor que constituye una razón determinante que permite modificar las medidas de guarda para adaptarlas a la nueva situación, de demostrarse que dicho interés demanda un cambio de guarda, y ello siguiendo lo establecido por la STS de 26/06/2.015 que en un procedimiento de modificación de medidas en el que se solicitaba el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida, sintetiza que lo que debe valorarse es el interés de la menor y las razones por las que procede el cambio al régimen de guarda y custodia compartida, señalando que el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio no es especialmente significativo para impedirlo, asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor, y el régimen de guarda y custodia compartida ha de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores.

**TERCERO:** Por lo que respecta a los concretos conceptos solicitados, es necesario tener presentes tanto el principio del “favor filii”, como lo solicitado por el Ministerio Fiscal (como institución de guarda y garantía de los intereses de los menores de edad), así como el resultado de la prueba practicada.

Así las cosas, la **GUARDA Y CUSTODIA** de los menores será **COMPARTIDA** por ambos progenitores por periodos semanales de la manera que luego se dirá, estimando la demanda.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que este sistema en la actualidad se perfila como el **régimen de guarda y custodia deseable y normalizado**, por considerarse el sistema más beneficioso para el menor y que le aportará mayor equilibrio emocional y afectivo, viendo así lo menos alterada posible su situación personal a raíz de la ruptura marital de sus padres. **Se pretende con ello**, como señala la STS de 02/07/2.014, 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 participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. En la misma línea, la STS de fecha 15 de julio de 2015 establece “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. Igualmente la jurisprudencia considera los **beneficios de este sistema**, pues con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

En el presente caso, y atendiendo a los criterios jurisprudenciales establecidos para valorar la conveniencia de establecer un sistema de guarda compartida, se entiende que no existe circunstancia alguna relevante que aconseje mantener el actual sistema de guarda materna. Ambos progenitores están en principio plenamente capacitados para ejercer una maternidad y paternidad responsable, como hasta ahora. Sustentan esta decisión tanto los informes periciales como **la situación que se venía desarrollando hasta ahora**, donde si bien rige un sistema de guarda materna, lo cierto es que el padre se hacía cargo de sus hijos más allá de lo establecido en convenio (en periodos distintos a los vacacionales que le corresponden), de forma óptima y conforme con la madre, con gran implicación en la vida de los menores y existiendo entre ambos progenitores una correcta relación, como ambos reconocieron en el plenario. De hecho del interrogatorio de Doña no se infiere razón alguna de peso para oponerse al régimen de custodia pretendida a salvo que “no quiere que los niños se desestabilicen” porque “están bien así”, cuando de todos es sabido que una situación que es positiva no significa necesariamente que sea lo normal o que no pueda mejorar.

Refuerzan esta decisión **sendos informes periciales**, coincidentes en el aspecto principal relativo a la buena implicación y capacidad de los padres en el cuidado de los menores (el de parte relativo a Don ). Así, el informe del equipo psicosocial adscrito a este Juzgado concluye positivamente para lo que aquí se está resolviendo: “unos progenitores capacitados de forma autónoma para el ejercicio de una custodia responsable y que están siendo capaces de comunicarse y de llegar a acuerdos puntuales encaminados a la satisfacción de las necesidades básicas de los menores. Una madre que no presenta alteración alguna en su estructura de personalidad y que de hecho ha venido desempeñando una crianza satisfactoria a todos los niveles. Un padre que ha mostrado a lo largo del tiempo un interés en la implicación en las atenciones de sus hijos, sin constancia de incidencias significativas a este respecto (sic.) Una diferencia significativa en lo referente a los aspectos educacionales. Unos menores que presentan un adecuado desarrollo evolutivo y una excelente vinculación afectiva con sus progenitores; siendo la figura referencial la materna”. Destacar que lo indicado por la conclusión cuarta se entiende por quien resuelve como no concluyente, por futuroble, por resultar desvirtuado por la pericial de parte (más completa) debidamente explicada por su autor en el plenario, y porque en ningún caso ha sido alegada situación alguna por parte de la madre ni de los autores del informe que refleje esa “poca flexibilidad”, aparte que como hecho no controvertido, se ha reconocido que el padre se ha hecho cargo de los menores en periodos de

tiempo no coincidentes exclusivamente con periodos vacacionales a petición de la madre, sin alteración alguna en los menores.

**CUARTO:** En atención a todo lo expuesto, proceden los siguientes pronunciamientos:

**1.-** Por estimarlo adecuado para el interés y la mayor estabilidad de los menores, se considera procedente el establecimiento de un sistema de **GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA por periodos semanales alternos** durante los cuales los menores estarán en compañía de cada progenitor una semana completa en horario de domingo a domingo con recogida y entrega en el domicilio del otro a las 20:30 horas.

Corresponderá al progenitor no guardador dos tardes entre semana que, en defecto de acuerdo, se fija los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas, debiendo llevarles a sus actividades extraescolares en su caso, si las hubiera, y reintegrando a los menores al domicilio del progenitor guardador.

Las entregas y recogidas podrán hacerlas los progenitores o las personas de su confianza que éstos designen.

**2.- EL RÉGIMEN DE VISITAS** en los periodos vacacionales escolares se repartirán del siguiente modo:

a) El verano se dividirá en dos mitades de acuerdo al calendario escolar del Principado de Asturias, correspondiendo a cada progenitor una de estas mitades.

Se dividirán los meses de julio y agosto en cuatro quincenas, disfrutando los progenitores de la compañía de los menores en periodos quincenales de forma alterna cada progenitor.

Los días de vacaciones que hubiera en junio y septiembre se repartirán por mitad entre ambos.

b) La Navidad se dividirá en dos mitades: la primera desde el comienzo de las vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas; la segunda del día 30 de diciembre a las 20:00 horas hasta la reanudación del periodo escolar. Cada uno de los progenitores estará con los menores una de estas mitades.

El día de Reyes, ambos progenitores compartirán ese día con los menores, independientemente de a quién le corresponda el periodo, repartiéndose ambos la comida o la cena con los hijos ese día.

c) La Semana Santa también se dividirá en dos mitades a contar desde el comienzo de las vacaciones escolares, a disfrutar por cada progenitor una mitad.

d) El día de los cumpleaños de los menores, se repartirán alternativamente por cada uno de los padres, pudiendo cada año disfrutar alternativamente de los menores en horario 17:00 a 20:30 horas, empezando por el padre que en el año en curso le corresponda, salvo que los progenitores acuerden realizar una fiesta conjunta para el menor que cumpla años.

e) El día del padre, de la madre y los cumpleaños de estos, los pasarán los menores en compañía de estos en horario 17:00 a 20:30 horas, con independencia de que en dicha semana le toque la estancia a uno u otro progenitor.

Si los menores estuvieran en lugar diferente al del domicilio habitual, deberán los padres comunicarse el sitio en el que permanezcan, para facilitar las comunicaciones y el contacto durante estos periodos vacacionales.

En todo momento, el progenitor con el que se encuentren los hijos menores permitirá y facilitará la comunicación telegráfica y telefónica con el otro progenitor, siempre que esta última no se produzca, sin causa justificada, fuera de las horas

normales para ello, entendidas estas de 21:30 a 09:00 horas. Debiendo los padres mantener una relación fluida en sus comunicaciones en todo lo referente a los hijos comunes y al correcto ejercicio de la patria potestad.

En caso de desacuerdo para elegir el periodo de disfrute, a la madre le corresponderá elegir los años pares y al padre los impares.

El padre/madre recogerá a sus hijos a las 10:00 horas del día de inicio del periodo de que se trate y la reintegrará a las 20:00 horas. Las entregas y recogidas podrán hacerlas los progenitores o las personas de su confianza que éstos designen.

**3º.-** En cuanto a la **PENSIÓN DE ALIMENTOS** cada progenitor se hará cargo del mantenimiento y de los gastos ordinarios que generen los niños mientras se encuentren en su compañía. En consecuencia, se extingue la obligación a cargo de Don de abonar la pensión de alimentos a favor de sus hijos menores fijada en sentencia de divorcio.

Se mantiene el abono por mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los hijos, en los términos ya establecidos en la sentencia de divorcio.

**4º.-** Se limita temporalmente la atribución del **USO y DISFRUTE** del domicilio familiar a Doña por un periodo de dos años, entendiéndose que el cambio de custodia justifica dicha limitación temporal.

**QUINTO:** En lo relativo a las **COSTAS DEL PROCESO**, NO PROCEDE hacer expresa imposición de las mismas a ninguno de los litigantes, por concurrir circunstancias excepcionales, en atención al objeto y fines del presente procedimiento, tendentes a la protección de los intereses de los hijos menores, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLO

**1º)** ESTIMANDO la demanda de modificación de medidas definitivas fijadas en sentencia de divorcio formulada en nombre y representación de Don frente a Doña , procede **la modificación de la sentencia de Divorcio** de Mutuo Acuerdo de fecha 02/09/2.011 (Convenio Regulador de fecha 04/07/11), **en los siguientes términos:**

- Se establece un sistema de **GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA por periodos semanales alternos** durante los cuales los menores estarán en compañía de cada progenitor una semana completa en horario de domingo a domingo con recogida y entrega en el domicilio del otro a las 20:30 horas.

Corresponderá al progenitor no guardador dos tardes entre semana que, en defecto de acuerdo, se fija los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas, debiendo llevarles a sus actividades extraescolares en su caso, si las hubiera, y reintegrando a los menores al domicilio del progenitor guardador.

Las entregas y recogidas podrán hacerlas los progenitores o las personas de su confianza que éstos designen.

- **EL RÉGIMEN DE VISITAS** en los periodos vacacionales escolares se repartirán del siguiente modo:

a) El verano se dividirá en dos mitades de acuerdo al calendario escolar del Principado de Asturias, correspondiendo a cada progenitor una de estas mitades.

Se dividirán los meses de julio y agosto en cuatro quincenas, disfrutando los progenitores de la compañía de los menores en periodos quincenales de forma alterna cada progenitor.

Los días de vacaciones que hubiera en junio y septiembre se repartirán por mitad entre ambos.

b) La Navidad se dividirá en dos mitades: la primera desde el comienzo de las vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas; la segunda del día 30 de diciembre a las 20:00 horas hasta la reanudación del periodo escolar. Cada uno de los progenitores estará con los menores una de estas mitades.

El día de Reyes, ambos progenitores compartirán ese día con los menores, independientemente de a quién le corresponda el periodo, repartiéndose ambos la comida o la cena con los hijos ese día.

c) La Semana Santa también se dividirá en dos mitades a contar desde el comienzo de las vacaciones escolares, a disfrutar por cada progenitor una mitad.

d) El día de los cumpleaños de los menores, se repartirán alternativamente por cada uno de los padres, pudiendo cada año disfrutar alternativamente de los menores en horario 17:00 a 20:30 horas, empezando por el padre que en el año en curso le corresponda, salvo que los progenitores acuerden realizar una fiesta conjunta para el menor que cumpla años.

e) El día del padre, de la madre y los cumpleaños de estos, los pasarán los menores en compañía de estos en horario 17:00 a 20:30 horas, con independencia de que en dicha semana le toque la estancia a uno u otro progenitor.

Si los menores estuvieran en lugar diferente al del domicilio habitual, deberán los padres comunicarse el sitio en el que permanezcan, para facilitar las comunicaciones y el contacto durante estos periodos vacacionales.

En todo momento, el progenitor con el que se encuentren los hijos menores permitirá y facilitará la comunicación telegráfica y telefónica con el otro progenitor, siempre que esta última no se produzca, sin causa justificada, fuera de las horas normales para ello, entendidas estas de 21:30 a 09:00 horas. Debiendo los padres mantener una relación fluida en sus comunicaciones en todo lo referente a los hijos comunes y al correcto ejercicio de la patria potestad.

En caso de desacuerdo para elegir el periodo de disfrute, a la madre le corresponderá elegir los años pares y al padre los impares.

El padre/madre recogerá a sus hijos a las 10:00 horas del día de inicio del periodo de que se trate y la reintegrará a las 20:00 horas. Las entregas y recogidas podrán hacerlas los progenitores o las personas de su confianza que éstos designen.

- En cuanto a la **PENSIÓN DE ALIMENTOS** cada progenitor se hará cargo del mantenimiento y de los gastos ordinarios que generen los niños mientras se encuentren en su compañía.



Se extingue la obligación a cargo de Don de abonar la pensión de alimentos a favor de sus hijos menores fijada en sentencia de divorcio.

Se mantiene el abono por mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los hijos, en los términos ya establecidos en la sentencia de divorcio.

- Se limita temporalmente la atribución del **USO y DISFRUTE** del domicilio familiar a Doña por un periodo de dos años.

**2º)** Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

**3º)** Notifíquese la presente Sentencia a las partes con indicación de que la misma no es firme, pudiendo interponer Recurso de Apelación en un plazo de 20 días y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, previa consignación de depósito en los términos establecidos en la DA 15ª de la LOPJ.

**4º)** Llévase el original de esta resolución al Libro de Sentencias, dejando copia debidamente testimoniada en autos.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada-Juez que la suscribe, Doña M<sup>a</sup> del Carmen Blanco Alonso, hallándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

