

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

**Recurso de Apelación [REDACTED]/2014**

**Órgano Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz  
Autos de Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso [REDACTED]/2013

**APELANTE:** D. LUIS IGNACIO [REDACTED]  
**PROCURADORA:** Dña. ANA GARCÍA ORCAJO

**APELADA:** Dña. AITANA [REDACTED]  
**PROCURADOR:** DON [REDACTED]

MINISTERIO FISCAL

**Ponente: Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente**

## **S E N T E N C I A N º**

**Magistrados:**

**Ilmo. Sr. Don Eduardo Hijas Fernández**  
**Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández**  
**Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente**

---

En Madrid, a seis de noviembre de dos mil quince.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de modificación de medidas, bajo el nº [REDACTED]/13, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz, entre partes:

De una como apelante, don Luis Ignacio [REDACTED], representado por la Procuradora doña Ana García Orcano, y asistido por el Letrado don Jorge Martínez Martínez.

De otra, como apelada, doña Aitana [REDACTED], representada por el Procurador don [REDACTED] y asistido por la letrada doña [REDACTED].

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Visto, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente.

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

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

**SEGUNDO.-** Con fecha xx de julio de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: “Desestimo íntegramente la demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en el proceso de modificación de medidas de fecha 06-02-2012 dictada en autos 787/11 seguidos ante este mismo Juzgado interpuesta por D. Luis Ignacio [REDACTED] representado por la Procuradora Doña [REDACTED] y defendido por el Letrado Don Jorge Martínez Martínez contra Doña Aitana [REDACTED] representada por la procuradora Doña Yolanda de Lope Amor y defendida por la Letrado Doña [REDACTED] y, en consecuencia, debo declarar y declaro no haber lugar a la modificación de medidas definitivas acordadas en la referida sentencia dictada en los autos [REDACTED]/2011 seguidos ante este mismo Juzgado, todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

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

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

**TERCERO.-** Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Luis Ignacio [REDACTED], exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por la representación procesal de doña Aitana [REDACTED], escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar la vista del recurso el día 22 de octubre del presente año.

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

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

**PRIMERO.-** Recurso de Apelación.

Por la representación procesal de don Luis Ignacio [REDACTED], demandante-recurrente, se presenta recurso de apelación contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2013, que desestima la demanda de modificación de medidas de divorcio, declarando no haber lugar a modificar las medidas adoptadas en la sentencia de modificación de medidas de divorcio de 6 de febrero de 2012, autos nº xxx/201, acordando una custodia compartida del menor, sin hacer expresa imposición de costas.

En el recurso se impugnan que se mantenga la custodia compartida del hijo menor. Se alegan como motivos: primero, que se dan los presupuestos facticos para otorgar la custodia al padre; segundo, error en la valoración de la prueba; tercero, que el sistema de custodia compartida no ha funcionado; cuarto, que no se ha respetado la voluntad del menor. Solicita que se dicte sentencia revocando la sentencia dictada estimando el recurso y estimando el suplico de la demanda, siendo favorables al Sr. [REDACTED] todos los pronunciamiento.

El Ministerio Fiscal, interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada por considerarla ajustada a derecho y protegido el interés del menor.

Conferido traslado a la contraparte se opone al recurso de apelación, interesa su desestimación y la confirmación de la sentencia en su integridad ratificando la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** Dada la íntima relación de los motivos alegados, se da respuesta conjunta a todos ellos.

Es indudable, que al valorar el problema sometido a nuestra consideración, se ha de compartir el criterio de la Juzgadora de instancia, porque para resolver las cuestiones que se debaten en este recurso, es primordial el interés del menor, no solo desde el punto de vista teórico, sino valorando las especiales circunstancias de la familia y del menor en concreto. Se ha de partir del nuevo art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que modifica la LO 1/96 de Protección del Menor, que destaca que “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan...”, concretándose el interés del menor incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial; y la Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, en consonancia con el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 20 de noviembre de 1989, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en su resolución A3-0172792, entre otros instrumentos internacionales, el Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, CH-96, publicado en el BOE de 2-12-201, que entró en vigor el 28-12-2012, entre otros instrumentos internacionales. La Ley Orgánica de Protección del Menor, y los artículos aplicables 92, 94, 96, 158, 159 y concordantes del Código Civil, y restantes normas aplicables.

En el presente supuesto hay que destacar los siguientes hechos y circunstancias, para después concretar qué medida se estima más beneficiosa para el menor:

1° El hijo menor de las partes ha cumplido los 17 años en el mes de junio de este año, desea vivir con su padre, siendo ambos progenitores conocedores del deseo de su hijo.

2° Después de sucesivas sentencias de separación y de divorcio, se dictó sentencia de modificación de medidas el 6 de febrero de 2012, aprobando la propuesta de Convenio Regulador de 8 de abril de 2011, en el que en la estipulación Primera establece una custodia compartida por periodos de dos meses, con cada progenitor, alegando que se ha tenido en cuenta su voluntad y su bienestar; se estableció también el régimen de estancias y visitas y que el progenitor en cada momento custodio se encargará de todos los gastos ordinarios del menor; y los extraordinarios serán al 50%.

3° El padre presenta una modificación de medidas en abril de 2013, solicitando la custodia del menor, alegando que su hijo les ha hecho saber a los dos progenitores su deseo de convivir con sus padre.

4° Obra en autos audiencia del menor, expresando su deseo de convivencia con el padre, sin perjuicio de mantener la relación con su madre, y prueba pericial psicossocial, folios 176 a 201, que recomienda a los progenitores y al menor la asistencia a Servicio de Intervención Familiar, la necesidad que el propio menor tiene de que los padres no tengan conflicto permanente, que verbaliza el deseo de vivir con su padre de forma clara, y como existen diferencias en el modelo de educación, en las normas y límites en la vida del menor, tiene afinidad emocional con la madre, identificándose más con la figura paterna por su permisividad, e imitando el modelo paterno.

Se alega por el recurrente, en síntesis, que concurren los requisitos para una custodia al padre, que existe error en la valoración de la prueba y que no se ha respetado la voluntad del menor.

La sentencia da respuesta a la situación y aunque reconoce la voluntad expresada del menor, valorando la prueba obrante y en especial el Informe Psicossocial, no considera

beneficioso para el menor un nuevo cambio, y mantiene la custodia compartida del menor con los dos progenitores.

Esta Sala, tras valorar las alegaciones del recurrente y el conjunto de la prueba practicada y obrante en las actuaciones en primera y segunda instancias y en especial la voluntad del menor, que por su edad 17 años ha de ser muy tenida en consideración, estima más conveniente para Rafael, que la custodia y cuidado diario la tenga el padre, sin perjuicio de que mantenga relación personal y afectiva con su madre, desarrollándose con flexibilidad el régimen de estancias, visitas y comunicaciones con sus progenitores, y ello no solo por el deseo del menor, sino porque nada negativo ni perjudicial se aprecia al pasar al cuidado del padre, con quien ya venía conviviendo en los periodos en que este tenía la custodia compartida, constituyendo las diferencias en la educación, y en los medios de organizar su vida ordinaria, algo habitual en cualquier hogar, por las diferencias personales de los progenitores.

**CUARTO.-** En cuanto al uso de la vivienda que fue familiar, se deberá estar a lo acordado por las propias partes en el convenio regulador de 8 de abril de 2011, que fue aprobado en la sentencia de modificación de medidas de 6 de febrero de 2012, al estar firmado por las partes el acuerdo de proceder a la venta de la vivienda, y como hacerlo en la estipulación sexta, del citado convenio, y como se expresó en la vista celebrada en segunda instancia.

**QUINTO.-** Pensión de alimentos.

La obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 de la CE. La obligación de prestar alimentos se basa en el principio de la solidaridad familiar, tiene naturaleza de orden público, y al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales es uno de los deberes fundamentales de la patria potestad, constituyendo una obligación de carácter imperativo y personalísimo.

Para determinar la contribución a los alimentos del padre, progenitor que no convive con el hijo, se han de tomar como referencias en los supuestos de crisis familiares, los ingresos de cada uno de los padres, y las necesidades del menor, ello permite fijar la proporcionalidad de la cuantía, y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 del Código Civil,

porque la pensión alimenticia tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los da no solo por sus ingresos, sino también, y esto es importante por la posibilidad real de obtenerlos, y a las necesidades de quién los recibe, así como la acomodación de la prestación económica a las necesidades efectivas de su hijo (art 93 CC), según los usos y las circunstancias de la familia, los recursos y disponibilidades del guardador (art. 93, 145.1, teniendo en cuenta también la contribución de quien ejerce la custodia y la atribución del uso de la vivienda familiar, habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentistas determinadas por su personal situación (STS de 9 de octubre de 1981 y 1 de febrero de 1982), como viene recogiendo la jurisprudencia de esta Sala en diversas Sentencias, entre otras 30 de junio de 2008. Debemos de entender por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, los gastos de educación e instrucción de la hija menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, a tenor de lo dispuesto en el art. 142 del CC.

El padre solicitaba en su demanda una pensión alimenticia a la madre de 250 € mensuales, sin embargo, teniendo en cuenta que los ingresos de la madre en la actualidad son netos de sobre los 800 €, y que tiene una antigüedad de 28-5-2015, se considera más proporcionado fijar una pensión de 150 € mensuales para el hijo mayor de edad, debiéndose estar respecto a la forma de pago de la misma y a los gastos extraordinarios, al anteriormente citado Convenio Regulator suscrito por las partes y homologado judicialmente.

En consecuencia el recurso debe de ser estimado en parte.

**SEXTO.-** Costas.

Estimándose en parte el recurso de apelación no ha lugar a condenar al pago de las costas que se puedan generar en esta alzada, conforme a lo dispuesto en los artículos 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Visto los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **III.- FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso formulado por la representación procesal de don Luis Ignacio [REDACTED], contra la Sentencia dictada en fecha 23 de julio de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia, nº 2 de Torrejón de Ardoz, en autos de Modificación de Medidas, seguidos bajo el nº xxx/13, entre dicho litigante y doña Aitana [REDACTED], debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, y en su lugar se acuerda:

1º Atribuir la custodia del hijo Rafael al padre, continuando la patria potestad compartida por los dos progenitores.

2º El régimen de estancias, visitas y comunicaciones con la madre se ejercerá con criterios de flexibilidad.

3º En cuanto a la vivienda que fue familiar las partes deberán estar a lo acordado en el Convenio Regulador de 8 de abril de 2011, aprobado en la sentencia de modificación de medidas de 6 de febrero de 2012.

4º La madre deberá de abonar una pensión de alimentos al padre para su hijo Rafael de 150 € mensuales, en doce mensualidades, y en los cinco primeros días de cada mes, debiendo estar en cuanto a la forma de pago y gastos extraordinarios, a lo pactado por las partes en el Convenio Regulador citado.

Sin hacer imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Una vez firme esta resolución, por el Órgano a quo, devuélvase al Sr. [REDACTED] el depósito constituido para recurrir en esta alzada.

**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 1409 14, 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