

Facultad de Derecho

Master en Abogacía

El cambio de custodia exclusiva a custodia compartida: Requisitos.

Presentado por:

Fernando Martín Mesonero

Tutelado por:

D. Bernard-Frank Macera Tiragallo

Valladolid, 13 de enero de 2021

ÍNDICE

1. INTRODUCCION.....	5
2. HECHOS.....	6
3. DICTAMEN.....	11
A) ¿Qué es la custodia monoparental o exclusiva?.....	11
B) ¿Qué es la custodia compartida?.....	11
C) ¿Significa que los menores están el mismo tiempo con un progenitor que con otro?.....	12
D) ¿Supone tener que abonar en concepto de pensión de alimentos 0€?.....	13
E) ¿Supone que el uso de la vivienda familiar no se atribuye a ninguno de los dos progenitores?.....	14
F) ¿En que se diferencia de una de otra?.....	15
G) ¿Qué es una modificación de medidas?.....	17
H) ¿Es necesario ir representados por procurador y asistidos por letrado?.....	17
I) ¿Qué requisitos hay que cumplir para solicitar una modificación de medidas?.....	17
J) ¿Sobre que temas se puede solicitar una modificación de medidas?.....	19
K) ¿Cuál es el juzgado competente para conocer el proceso de modificación de medidas?.....	21
L) ¿Quién tiene la carga de la prueba de demostrar que se dan las circunstancias para solicitar una modificación de medidas?.....	23
M) ¿Cuál es el procedimiento para solicitar una modificación de medidas?.....	24
N) ¿Cuándo entran en vigor las medidas de la nueva sentencia, en caso de estimarse su modificación?.....	25
O) ¿Cómo argumentamos nosotros en el presente supuesto ese cambio de circunstancias?.....	27

4. CRITERIOS.....	30
1. Que se consigue con la custodia compartida.....	30
2. Modificación de las circunstancias.....	31
3. Modificación de las circunstancias (justificada y seria).....	31
4. Modificación de las circunstancias (no sustancial pero si cierta).....	33
5. Modificación de circunstancias. Cambio de domicilio.....	34
6. Modificación de las circunstancias edad niños.....	35
7. Sobre el mantenimiento de la custodia exclusiva + informe psicosocial favorable..	36
8. No tiene en cuenta informe psicosocial.....	36
9. Informe psicosocial negativo.....	36
10. En el juicio de divorcio hubo mutuo acuerdo.....	37
11. Adaptación del niño a la situación actual de custodia exclusiva.....	38
12. Interés del menor.....	39
13. Sistema anterior ha funcionado correctamente.....	41
14. El perjuicio que pueda ocasionar al menor + interés del menor.....	41
15. Custodia compartida cuando no haya circunstancias que se opongan a ello.....	42
16. En que ayuda la custodia compartida.....	42
17. Decisión del menor contraria a la custodia compartida.....	43
18. Custodia compartida no es castigo.....	43
19. Buena relación entre los progenitores.....	44
20. Había amplio régimen de visitas.....	45
21. Plan de parentabilidad.....	45
5. CONCLUSIONES.....	47
6. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA	51
7. JURISPRUDENCIA.....	52

1. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Máster tiene por objeto el análisis de un caso real¹ de modificación de medidas definitivas en supuesto contencioso, en el cual, a través de un dictamen, se pretende dar respuesta al encargo profesional que nos encomendó un cliente para conseguir la custodia compartida de su hijo menor de edad, quien actualmente se encuentra en régimen de custodia exclusiva materna en virtud de sentencia de divorcio.

Para ello, he realizado un estudio exhaustivo de la más reciente doctrina y jurisprudencia sobre los criterios que utilizan nuestros tribunales actualmente para conceder la custodia compartida como consecuencia de un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del divorcio, teniendo en consideración además que el Tribunal Supremo desde hace unos años, véanse a título de ejemplo las **Sentencias de 3 de marzo de 2016 y 7 de marzo de 2017**, es proclive a la concesión de un régimen de custodia compartida, entendiendo que esta debería ser la situación normal para regular la guarda y custodia de los hijos menores de edad, siendo lo contrario la excepcionalidad, siempre teniendo presente que lo importante, y que debe primar, es ante todo el interés del menor.

Se parte de la premisa de que no es un secreto que muchos padres intentan un cambio de sistema de custodia, siendo lo más frecuente un cambio de custodia monoparental que recaía en la madre a un sistema de custodia compartida. Esta es una realidad que, en principio, es más que loable y plausible. Pero no es menos cierto que por detrás pueden subyacer motivos menos plausibles y no un verdadero interés en la crianza de los hijos. Por eso, los padres son mirados con lupa cuando piden ese cambio de custodia.²

Así las cosas, el progenitor no custodio debe demostrar que ha cumplido religiosamente con todas las obligaciones devenidas del sistema actual, tanto el abono de la pensión de alimentos como el cumplimiento del régimen de visitas, puesto que si no se han cumplido con estas obligaciones, no se tendrá ninguna posibilidad de conseguir la custodia

¹ Para cumplir con las exigencias establecidas por la LO 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y Garantía de los derechos digitales, se han sustituido los datos reales por datos ficticios.

² <https://blog.hernandez-vilches.com/derecho-de-familia/cambio-de-custodia-monoparental-a-compartida/>

compartida, salvo que esos incumplimientos fuesen ocasionados por motivos de fuerza mayor y justificables, y no por un desinterés de ejercer como padre de sus hijos.

Un sistema anterior en el que exista un régimen de visitas amplio, en el que los progenitores hayan sido flexibles con más visitas de las fijadas, ayudará al cambio, y como es lógico, poder sustentar esos acuerdos habiendo dejado constancia escrita de los mismos será clave.

Por último, otro punto a favor del cambio de sistema será contar con suficientes apoyos familiares para ayudas puntuales en la guarda y custodia, es decir, tener a los abuelos como referentes como ayuda es algo que puede desequilibrar la balanza.

2. HECHOS

PRIMERO. El 4 de julio de 2016, en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº13 de Valladolid, se dictó sentencia que aprobó el convenio regulador suscrito por las partes en fecha 13 de junio de 2016, en el cual, y por lo que ahora interesa, se dejó constancia de:

- Que nuestro cliente y demandada son padres de **un hijo, nacido el 27 de febrero de 2013.**
- Que el **uso de la que fue vivienda familiar en Valladolid** y de la plaza de garaje que lleva aneja se atribuyó a la madre, quien convivirá en dicho domicilio con el hijo menor **hasta el 1 de marzo de 2023.** En la fecha indicada decaerá automáticamente el uso y disfrute atribuido, obligándose la esposa a dejar libre la vivienda y plaza de garaje, entregando las llaves al padre, propietario único de los inmuebles.
- Patria potestad conjunta y **guarda y custodia para la madre.**
- Abono de **pensión de alimentos de 600€ mensuales**, actualizables anualmente conforme a IPC. Gastos extraordinarios por mitad.
- **Sin pensión compensatoria** para ninguno de los cónyuges pues el divorcio no produjo desequilibrio alguno, renunciando expresamente, dice el convenio, a las que les pudieran corresponder.

SEGUNDO. Con fecha 19 de noviembre de 2018, nuestro procurador presentó escrito en nombre del cliente solicitando la modificación de medidas definitivas por alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo seguido ante el juzgado de 1º instancia nº13 de Valladolid.

En esta demanda, solicitamos, en resumen:

1. **Guarda y custodia compartida** entre ambos progenitores por semanas de lunes a lunes con recogidas y entregas en el centro escolar, salvo que fuese festivo en que se efectuará el intercambio a la salida del colegio del primer día lectivo.
2. **Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos periodos**. El día de Reyes, el menor disfrutará de la compañía del cónyuge al que no le corresponda la segunda parte de las vacaciones desde las 13h hasta las 19h.
3. **Las vacaciones de Semana Santa por mitad**.
4. **El verano** el menor estará en compañía de cada progenitor **en dos turnos** de manera no consecutiva.
5. **Ambos progenitores podrán comunicarse diariamente con su hijo**. Los días del padre y de la madre el menor estará con el progenitor que corresponda desde las 11h hasta las 21h o desde la salida del colegio o de las actividades escolares.
6. **El día del menor, permanecerá parte del día con el padre y parte con la madre**. En los cumpleaños de los progenitores, el menor estará con el cónyuge que cumpla años parte del día.
7. **Ambos progenitores podrán visitar al menor o ser visitado por este en supuestos de imposibilidad física**, por causa de enfermedad u otra semejante, diariamente.
8. **Con disposiciones especiales sobre viajes y salidas al extranjero**, bodas, posesión del libro de familia e intercambio de ropa, obligación de notificación de cambios de domicilio.
9. **El último domicilio conyugal, se atribuya al hijo y por ende al padre, por ser privativo de este**, así como el trastero y garaje anejos.
10. **Todos los gastos de dicha vivienda serán satisfechos por el padre**; debiendo la madre salir de la casa en el plazo de 5 días desde la firmeza de la sentencia y entregar las llaves al 6º día.

11. **Sin pensión alimenticia a favor del hijo pero con la obligación de los padres de abrir una cuenta** para ingreso mensual de ambos progenitores de 50 euros para gastos necesarios del menor, cantidad actualizable conforme IPC. Gastos extraordinarios por mitad.
12. **SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que se otorgue la guarda y custodia compartida, pero no se otorgue el uso y disfrute de la casa al padre,** solicita las medidas anteriores con una sola salvedad, respecto del **uso de la casa, el cual será atribuido a la madre durante un año,** momento en el cual la madre tendrá que salir automáticamente, siendo la sentencia título ejecutivo y debiendo abonar 500€ por cada día que tarde en salir de la casa desde que la sentencia adquiriera firmeza.
13. **SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que no se otorgue la guarda y custodia compartida,** solicita una **ampliación del régimen de visitas del padre.**

TERCERO. La demandada contestó oponiéndose, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que a bien tuvo, **suplicó la desestimación íntegra** de la Modificación de Medidas Definitivas interesada por nuestro representado, manteniéndose las medidas acordadas en Convenio de fecha 13 de junio de 2016 y aprobado en Sentencia de Divorcio de 4 de julio de 2016 y, con expresa condenada en costas a nuestro cliente; mientras el Ministerio Público interesó el dictado de sentencia acorde con el resultado de las pruebas practicadas.

CUARTO. Convocadas las partes para la celebración de la vista, conforme a lo dispuesto en los **artículos 753, 770 y 440 de la LEC**, la misma tuvo lugar el pasado día 2 de julio de 2018, con asistencia de ambas partes debidamente representadas y defendidas y el Ministerio Fiscal. Ratificándose nuestro cliente en su demanda y la demandada y el Ministerio Público en sus contestaciones, siendo interesado por todos el recibimiento de pleito a prueba. Recibido, fue admitida toda la propuesta, suspendiéndose la vista en garantía del principio de concentración.

Nuevamente citadas las partes para el día 26 de febrero de 2020 al efecto de la reanudación del acto, comparecidas ambas partes y el Ministerio Fiscal, fueron practicadas las pruebas en su día admitidas pendientes de realización y tenida por definitivamente incorporada la documental obrante en las actuaciones; y, una vez emitidos informes, el juicio quedó visto para sentencia.

QUINTO. RESOLUCIÓN JUDICIAL. La jueza **se opuso a la custodia compartida** y ello lo razonó en los siguientes motivos:

1. **Que es cierto que ha lugar a declarar probado** el cambio de jornada de nuestro defendido.
2. **Que la situación laboral de la demandada**, es ahora igual que al tiempo del divorcio, **encontrándose desempleada**.
3. No obstante, **no es suficiente para la concesión de la custodia compartida con la simple constatación de la aptitud de ambos cónyuges para su ejercicio**, sino de que, aun siendo ello así, **no sea más favorable para el interés del menor** la atribución de la guarda y custodia exclusiva a favor de uno u otro progenitor.
4. Que siguiendo el razonamiento de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013**, según la cual, habrá de atenderse en esta materia, entre otros extremos, a *“la practica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor”*, no bastará con la mera solicitud, con o sin comprobación pericial acerca de la inexistencia de obstáculo para la instauración del régimen de custodia compartida si, al mismo tiempo, son apreciables otras circunstancias que introduzcan dudas respecto a la mejor satisfacción del interés del niño, frente a la alternativa que ofrece la situación propia del ejercicio exclusivo por parte de uno de los progenitores.
5. Que el **informe psicosocial**, aún manifestándose a favor de la custodia compartida, expresamente recoge:
 - a) Que los abuelos paternos, fundamentalmente de **la abuela, en ocasiones descalifican a su madre**, y que ha llevado al niño a contárselo a ella para que no surjan problemas.
 - b) Que **para el menor su madre es un referente de continuidad**, señalando a continuación que el cese de la convivencia no ha supuesto para el niño un distanciamiento de la figura paterna.

6. Que **el régimen de custodia monoparental que está instaurado se ha desarrollado satisfactoriamente**, presentando el menor un desarrollo evolutivo normal para su respectiva edad cronológica en los aspectos intelectuales, emocionales y de socialización; desarrollando la madre trabajos que le permiten cuidar de su hijo, sin perjuicio, de contar con la ayuda del abuelo materno cuando es menester.

7. Y que por lo tanto, como tiene reconocido nuestra **Audiencia Provincial de Valladolid, entre otras en Sentencia 232/19, de 3 de junio**, *“cuando no se trata de instaurar por primera vez un régimen de custodia compartida sino de modificar el anterior monoparental, ello solo puede sustentarse en que el anterior haya sido perjudicial o no favorable para el menor y que el solicitado sea el más ventajoso”*.

8. Por último afirma que **nuestro cliente, nada dice acerca de las ventajas que al menor pudiera proporcionarle el cambio de régimen**, y que resulta llamativo el hecho de que **siendo patentes los desequilibrios de ingresos existentes entre ambos progenitores**, admitiendo el actor en demanda unos ingresos de 38.187,27€, **ninguna cantidad fuera ofertada en concepto de alimentos a favor de su hijo para el caso de que se estableciera una custodia compartida** insistiendo en que teniendo en cuenta que el hijo permanecería igual tiempo con uno que con otro progenitor, no habría pensión de alimentos.

SEXTO. RECURSO. Ante esta situación, decidimos recurrir, presentando recurso ante la Audiencia Provincial de Valladolid el 21 de mayo de 2020, no sin antes estudiar todos los criterios utilizados por nuestros tribunales para conceder un cambio de custodia de exclusiva a compartida. No obstante, todavía a día de hoy seguimos esperando el resultado debido al atasco judicial en el que nos encontramos.

3. DICTAMEN

De acuerdo a los anteriores hechos, se suscitan una serie de cuestiones en vistas a analizar la viabilidad de interponer una demanda de modificación de medidas definitivas solicitando un cambio de guarda custodia exclusiva a guarda custodia compartida y que entendemos que todo cliente que pretenda dicho cambio debe conocer:

A) ¿Qué es la custodia monoparental o exclusiva?

Se denomina custodia monoparental aquella que recae sobre uno solo de los progenitores.

El otro progenitor tiene derecho a la estipulación de un régimen de visitas para asegurar que pasa el tiempo necesario con sus hijos. Ese régimen de visitas incluirá el derecho a convivir con sus hijos, por lo general, en fines de semana alternos. Del mismo modo debe recoger la parte de periodos vacacionales en los que tendrá derecho a pasar con sus hijos.³

En este tipo de custodia la persona que la ejerce es quien debe velar por las cuestiones del día a día de los hijos, encargándose de la educación, y la convivencia diaria con los hijos.⁴

B) ¿Qué es la custodia compartida?

En primer lugar, hay que decir que esta denominación ha sido objeto de numerosas críticas debido a que no responde a la dinámica en que consiste, ya que la guarda ni es conjunta, ni se comparte, sino que se alterna. Por ello, parece que lo adecuado sería hablar de guarda alterna en los casos en que se produzca una sucesión en la guarda y custodia

³ <https://blog.hernandez-vilches.com/derecho-de-familia/cambio-de-custodia-monoparental-a-compartida/>

⁴ <https://sky-solutions.es/cambio-de-custodia-exclusiva-a-custodia-compartida/>

de los hijos, aunque forzoso es reconocer que la expresión custodia compartida es la que se ha popularizado para describir esta práctica.⁵

Según la Doctrina, la custodia compartida sería aquel modelo de guarda y custodia en la que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores.

En otro sentido, se señala que consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de “guardador” y “visitador” (propios de la guarda exclusiva) que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de la pareja.⁶

C) ¿Significa que los menores están el mismo tiempo con un progenitor que con otro?

En teoría, los menores van a pasar el 50% del tiempo con cada progenitor, pero en la práctica puede que no sea así.

En este sentido se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Supremo 17 enero 2019** cuando dice *“Considera la sala que el hecho de **que la distribución de tiempos de estancia no sea igualitaria, no supone infracción alguna por cuanto la custodia compartida no equivale a una distribución igualitaria del tiempo de estancia de los hijos con ambos progenitores, resultado debidamente atendido el interés de los menores, sin que se haya probado por el apelante que la alternancia semanal pueda resultar más beneficiosa para aquellos. Recuerda también la sala de apelación que este fue el régimen adoptado por los padres tras la ruptura y fue el mismo que se adoptó en la pieza separada de medidas provisionales**”*.⁷

Así como la **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018** cuando dice: *“El sistema de custodia compartida **no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino***

⁵ GUILARTE MARTÍN- CALERO C, “comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil” en Comentarios a la reforma de la separación y divorcio. Ley 15/2005 de 8 de julio, Lex Nova (Valladolid), 2005, p. 155.

⁶ PINTO ANDRADE C, *La custodia compartida*, Bosch (Barcelona), 2009, p.16.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 17 enero 2019

*que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores”.*⁸

D) ¿Supone tener que abonar en concepto de pensión de alimentos 0€?

En principio, en la custodia compartida no se debe abonar pensión de alimentos o al menos esa es la teoría, salvo que haya disparidad entre los ingresos de los progenitores.

Así pues, el Tribunal Supremo ha manifestado en **Sentencia de 25 de abril de 2018**, entre otras, que “<<[...] *la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos progenitores (art. 146 Cc) ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da [...]*>>(STS de 4 de marzo de 2016, Rec. 1/2015).”⁹

Del mismo modo se pronuncia la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 24 de mayo de 2019** cuando dice: “*En segundo término, no puede aceptarse la interesada, subjetiva y parcial tesis del recurso de apelación que nos ocupa, porque existe cierta desproporción entre los ingresos de ambos progenitores dada no solo su cuantía, sino también el carácter y condición de dichos ingresos*”.¹⁰

Además, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2019 Sección 22** concluye que “*es viable una aportación económico-alimenticia a cargo de uno de los progenitores a favor del otro para que, los hijos puedan mantener, en ambos entornos, un similar nivel de atención pecuniaria de sus necesidades alimenticias, y ello ante una situación de notable divergencia de las economías de uno y otro*”.¹¹

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 24 de mayo de 2019.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2019 Sección 22.

E) ¿Supone que el uso de la vivienda familiar no se atribuye a ninguno de los dos progenitores?

Sobre esta cuestión se ha pronunciado muy recientemente nuestro Tribunal Supremo en la **Sentencia de 6 de julio de 2020**, cuando dice: **“La sala ha reiterado, respecto de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, que: “[...]la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”.**

Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos[...].” (STS 513/2017, de 22 de septiembre, con cita de otra jurisprudencia).”¹²

En la misma línea se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020**, en su fundamento de derecho tercero, cuando afirma:

“Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores: “[...]”

- **En primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres**
- **En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero”** (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio entre otras).

De acuerdo con dicha doctrina es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencia 95/2018, de 20 de febrero). **Ahora bien, con una limitación**

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2020 n° 396/200 FD 1º

temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio, con cita de otra jurisprudencia).

En este **sentido, señala la sentencia 517/2017, de 22 de septiembre, que:**

"[...] cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 de septiembre, con cita de otras anteriores)".

Con esta finalidad de **favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida se han fijado plazos de uso temporal, valorando las circunstancias concurrentes, que han oscilado**

- **desde un año** (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre);
- **de dos años** (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 15/2020, de 16 de enero);
- **tres años** (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo),
- **uso por anualidades alternas** (sentencia 95/2018, de 20 de febrero)
- **en fin hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales** (sentencia 183/2017, de 14 de marzo).

*En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado."*¹³

F) ¿En qué se diferencia una de otra?

- **Por lo que se refiere a la guarda y custodia en sí misma:**

Como he dicho anteriormente, en la custodia compartida, en principio, los menores van a pasar el mismo tiempo con ambos progenitores, mientras que en la guarda y custodia exclusiva, los menores van a estar casi todo el tiempo con el progenitor custodio, disponiendo el progenitor no custodio de un régimen de visitas más o menos amplio, siendo lo más frecuente fines de semana alternos con una o dos visitas entre semana.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020

- **En cuanto al uso de la casa:**

Custodia exclusiva

- a) Casa comprada. Uso de la casa hasta que el hijo menor cumpla los 18 años, es decir, sea mayor de edad.
- b) Casa alquilada. Uso para quien vaya a pagar el alquiler.

Custodia compartida

Diferentes posibilidades:

- a) Atribución del uso de la casa a uno de los progenitores por tiempo preestablecido.
- b) Atribución del uso de la casa a uno de los dos progenitores por tiempo determinado y llegada esa fecha ninguno puede residir en ella.
- c) Uso alternativo de la casa cada 6 o 12 meses y así sucesivamente.
- d) Casa nido, donde los progenitores están en la casa durante el tiempo que tienen la custodia y salen cuando la tienen, estando los niños siempre en la casa familiar.
- e) Atribución del uso hasta que se produzca la liquidación de gananciales, en el caso que estén casados en dicho régimen.

Y para decidir que es lo que más conviene el juez se basa en el interés más necesitado de protección que normalmente suele ser el que tiene menos ingresos, pero siempre limitando el uso.

- **En relación a la pensión de alimentos:**

Mientras que con custodia exclusiva, el progenitor no custodio tendrá que abonar entre un 25% y un 30% de sus ingresos mensuales netos (siempre teniendo en cuenta las necesidades del menor), en custodia compartida, en principio no habrá pensión de alimentos, salvo que como ya he dicho, haya disparidad o desigualdad evidente en los ingresos de los progenitores.

- **Empadronamiento de los niños**

El cual tiene importancia a efectos de la declaración de la renta, ya que con custodia exclusiva, los menores estarán empadronados siempre con el progenitor custodio, y es este el que se desgrava fiscalmente a los niños, mientras que con custodia compartida, los niños estarán empadronados cada año con uno de ellos, siempre que se haya pedido en la demanda.

G) ¿Qué es una modificación de medidas?

Se trata de una **modificación de la sentencia de separación, divorcio o guarda y custodia** en aquellos aspectos que los progenitores consideren oportunos. Para ello será necesario hacer una comparativa de la situación que había en el momento que se dictó la sentencia inicial y la situación actual.

H) ¿Es necesario ir representados por procurador y asistidos por letrado?

En cuanto a la **postulación**, es decir, la necesidad de ir representados por procurador y asistidos por letrado, es absolutamente imprescindible en los procedimientos de modificación de medidas, con la peculiaridad de que en el procedimiento de mutuo acuerdo ambas partes podrán ir representadas y asistidas por un mismo abogado y procurador.¹⁴

I) ¿Qué requisitos hay que cumplir para solicitar una modificación de medidas?

Conforme al **artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁵** y a los **artículos 90.3¹⁶ y 91 del Código Civil¹⁷**, los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la

¹⁴ <https://www.eliasymunozabogados.com/blog/procedimiento-modificacion-medidas-divorcio>

¹⁵ **Artículo 775 Lec. 1.** *El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.*

¹⁶ **Artículo 90.3 Cc.** *“Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”.*

¹⁷ **Artículo 91 Cc.** *“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas,*

modificación de las medidas adoptadas, en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Para que proceda la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o adoptadas en previa resolución judicial, es preciso:¹⁸

1º) Que haya existido, y se acredite debidamente, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por los cónyuges, o por el Juez, para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador de la separación o del divorcio, o en la correspondiente resolución judicial, de tal manera que las existentes al tiempo de solicitar la modificación de aquellas medidas sean distintas de las existentes al tiempo de su adopción;

2º) Que dicha modificación o alteración de las circunstancias sea sustancial, es decir, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o del divorcio, se hubieran adoptado distintas, al menos en su cuantía por lo que hace a las prestaciones económicas;

3º) Que tal modificación o alteración de circunstancias no sea esporádica o transitoria, sino que se presente con caracteres de estabilidad o de permanencia en el tiempo;

4º) A lo que ha de añadirse también que la referida modificación o alteración de circunstancias no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya aceptadas, sustituyéndolas por otras que resulten más beneficiosas.

*estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas **podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.***"

¹⁸ <https://www.safeabogados.com/blog/requisitos-para-solicitar-una-modificacion-de-medidas/>

J) ¿Sobre que temas se puede solicitar una modificación de medidas?

Es algo habitual cuando alguien tiene una sentencia de separación, divorcio o guarda y custodia, y no está de acuerdo con alguna de las medidas dictadas en su momento, que intente instar una modificación de medidas.

No obstante, hay que tener en cuenta que solo se podrá solicitar una modificación de aquellas medidas que aparezcan en la sentencia y no de otras que no vengán reflejadas en la misma.

En este sentido, se puede solicitar una modificación sobre los siguientes aspectos:¹⁹

Pensión de alimentos

- a) Solicitud de ***aumento*** de pensión de alimentos. Consiste en solicitar un aumento de la pensión de alimentos.
- b) Solicitud de ***disminución*** de la pensión de alimentos. Consiste en solicitar una disminución de la pensión de alimentos.
- c) Solicitud de la ***extinción*** de la pensión de alimentos. Consiste en extinguir o eliminar la pensión de alimentos que se pagan.
- d) Solicitud de ***suspensión*** de la pensión de alimentos. Consiste en suspender la pensión de alimentos durante un tiempo determinado por algún fenómeno que se haya producido.

Guarda y custodia

- a) Solicitud de un cambio de **custodia compartida a custodia exclusiva**. Solicitud por parte de uno de los progenitores, para que los niños pasen a estar con uno de ellos de manera exclusiva.
- b) Solicitud de un cambio de **custodia exclusiva de un progenitor al otro progenitor**. La custodia la tiene uno de los progenitores, y por la circunstancia que sea, el otro progenitor solicita la custodia exclusiva.

¹⁹ <https://www.safeabogados.com/blog/sobre-que-cosas-puedes-solicitar-una-modificacion-de-medidas/>

- c) Solicitud de cambio de **custodia exclusiva a custodia compartida**. Solicitud por el progenitor no custodio, para que la guarda y custodia sea compartida.

Régimen de Visitas

- a) Solicitud de **modificación del régimen de visitas**. Se solicita por ejemplo el cambio del miércoles al martes de las visitas intersemanales, o la entrega de los menores que se haga el viernes y no los domingos.
- b) Solicitud para que **las visitas se produzcan en APROME**. Consiste en solicitar que APROME, es decir, el punto de encuentro familiar, sea quien intervenga en los intercambios de visitas entre los progenitores.

Uso vivienda familiar

- a) Solicitud del cambio de atribución de la vivienda familiar **de indefinido a un tiempo determinado**.
- b) Solicitud de **extinción del uso de la casa**. Cuando uno de los dos progenitores tiene concedido el uso de la casa por tiempo determinado o hasta un hecho cierto, se solicita por la otra parte la extinción del uso de la casa, para poder acceder a ella también o si se vende que esté libre de personas.

Cambio de colegio

Solicitud de **cambio de un colegio a otro**. Es decir, solicitar al otro progenitor el cambio de un colegio a otro.

Cambio de ciudad

Solicitud de **cambio de una ciudad a otra**. Es aquella solicitud en la que se solicita el cambio de ciudad de los hijos de la pareja.

Gastos extraordinarios

Solicitud de cambio de **contribución a los gastos extraordinarios**. Consiste en solicitar el cambio de reparto de contribución de los gastos extraordinarios, por ejemplo, pasar del 50% a un 60% uno y un 40% otro.

También se puede solicitar una modificación sobre las **vacaciones atribuidas y del horario de comunicación** con los menores.

K) ¿Cuál es el juzgado competente para conocer el proceso de modificación de medidas?

El Juzgado competente para la modificación de medidas definitivas en todos los procesos matrimoniales o en aquellos que versen sobre régimen de visitas, guarda, custodia o alimentos de los hijos será **aquel que conoció del procedimiento que previamente estableció dichas medidas que ahora se pretenden modificar**.

Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Supremo en el **Auto de la Sala 1ª de 12 de julio de 2017**:

*“1º.- Para la resolución del conflicto negativo de competencia debemos tener presente que **la demanda se presentó con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que modificó el art. 775 LEC** para darle la siguiente redacción:*

«El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.»

*El cambio que ha supuesto la reforma consiste, precisamente, **en atribuir la competencia para conocer de las demandas de modificación de medidas al tribunal que las acordó**. Se añade a la redacción original el inciso «del tribunal que acordó las medidas» para identificar el órgano destinatario de la demanda de modificación.*

*2º.- «Esta sala ha valorado los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal para sostener la solución contraria, pero considera que **el propósito del legislador de atribuir la competencia para***

conocer de las demandas de modificación de medidas al juzgado que dictó la resolución inicial es indudable, a la vista del tenor literal del art. 775 LEC . No se trata, además, de una iniciativa aislada de la citada Ley 42/2015, porque la coetánea Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, mantiene el mismo criterio: el fuero general en los expedientes de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, en los de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda y en los de la administración de bienes de menores y discapaces es el de su domicilio (arts. 86.2 y 87.2), pero se regulan en esos mismos preceptos concretas excepciones que atribuyen la competencia de forma prioritaria al juzgado que previamente haya dictado una resolución estableciendo el ejercicio conjunto de la patria potestad, la atribución de la guarda y custodia o la tutela.

Por lo demás, el principio de proximidad no es absoluto en el resto de los fueros de competencia de los procesos matrimoniales y de menores que regula la LEC. De hecho, ni el art. 769.1 ni el art. 769.3 LEC establecen como fuero principal el domicilio de los menores.

Se entiende, por ello, que en la opción plasmada en la reforma del art. 775 el legislador ya ha ponderado las ventajas y los inconvenientes de una solución que, una vez convertida en derecho positivo, no puede ser obviada por los órganos judiciales que aplican la norma, por exigencias básicas del principio de legalidad.

*No puede desconocerse que, frente a la virtualidad indudable del fuero de proximidad, **mantener la competencia del juzgado que adoptó las medidas cuya modificación se pretende aporta también ventajas** y que los inconvenientes que provoca no son insalvables.*

***En primer lugar**, este fuero de competencia aporta un **factor de calidad en la decisión** de cambio de las medidas, **ya que es el juzgado que las adoptó el que se encuentra en mejor posición** para valorar si las circunstancias tenidas en cuenta en la resolución inicial han sufrido una modificación relevante.*

***En segundo lugar**, la atribución unívoca y exclusiva de la competencia a ese juzgado es una norma clara y precisa que **garantiza la seguridad jurídica y evita conflictos de competencia** como los que han sido tan frecuentes en la aplicación del art. 769 LEC , al tiempo que evita posibles fraudes de ley por alteraciones caprichosas del domicilio del progenitor custodio.*

La aplicación del art. 775 LEC , en la forma explicada, no prejuzga la solución del problema que pueda plantearse cuando la resolución inicial haya sido dictada por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer que al tiempo de la demanda de modificación de medidas carezca ya de competencia objetiva, conforme al art. 87 ter 2 y 3 LOPJ [...]».

3º.- A la vista de todo lo anterior se declara que la competencia para conocer del asunto corresponde al Juzgado de Primera Instancia de Betanzos.”²⁰

En el mismo sentido ha vuelto a pronunciarse el Tribunal Supremo mediante **Auto de 22 de noviembre de 2017**.

L) ¿Quién tiene la carga de la prueba de demostrar que se dan las circunstancias para solicitar una modificación de medidas?

El deber de probar que se ha producido ese cambio sustancial de las circunstancias corresponde siempre al demandante, tal y como ha manifestado en numerosas sentencias nuestro Tribunal Supremo, por todas la **Sentencia de 27 junio de 2011**.

Así se afirma de igual modo en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de mayo de 2019 nº 204/2019** cuando dice “*de acuerdo con lo establecido en el art. 79.5 CDFEA, en relación con el 217.2 de la LEC, corresponde al actor la carga de la prueba de la variación de las circunstancias concurrentes con anterioridad para poder ser acogida su pretensión, variación que debe haberse producido con posterioridad a dictarse la resolución cuyo cambio se propugna, siendo la misma sustancial, esto es, que afecte al núcleo de la medida y no a circunstancias accesorias, y de carácter estable o duradero, no meramente ocasional o transitoria, a la vez que imprevista o imprevisible*”.

También se manifiesta en la misma línea la **Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 23 noviembre de 2018 nº 977/2018** cuando dice “*Por tanto, la pensión fijada en el año 2012 es de 1.700€ para los dos hijos, 850€ por hijo, debidamente actualizada es la que se pretende modificar; la sentencia tras un detallado análisis de todos los medios de prueba aportados por el actor, a quien le corresponde la carga de la prueba*”.

²⁰ <https://www.mundojuridico.info/juzgado-competente-la-modificacion-medidas-definitivas/>

M) ¿Cuál es el procedimiento para solicitar una modificación de medidas?

Existen **dos formas de solicitar la modificación de medidas** (art. 775 LEC):

1. Procedimiento de mutuo acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. A tal fin, a la demanda de modificación de medidas se deberá acompañar una nueva propuesta de convenio regulador con las nuevas medidas acordadas, el cual deberá ser homologado por el juez.

Este procedimiento se regirá por las mismas reglas que el divorcio de mutuo acuerdo y ambas partes podrán estar representadas y asistidas por un mismo Procurador y Abogado.

2. Procedimiento contencioso por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro. Se regirá por las mismas reglas que el divorcio contencioso (art. 770 LEC). El demandante, o cónyuge que pretende solicitar la modificación de medidas interpone demanda junto con la documentación que considere acreditativa y justificativa de la modificación solicitada. Una vez admitida a trámite, la misma se trasladará al otro cónyuge así como al Ministerio Fiscal. En este procedimiento contencioso cada parte estará representada y asistida por su propio Procurador y Abogado.

Es importante tener presente que los procedimientos de modificación de medidas, tanto el contencioso como el de mutuo acuerdo entre las partes, no puede iniciarse con la intención de adoptar nuevas medidas que no estén recogidas con anterioridad, esto parece lógico ya que no se puede considerar posible un cambio o modificación de una medida que no exista con carácter previo.

Además, cabe señalar que, en la vista, los cónyuges pueden llegar a un acuerdo, y en caso de falta de acuerdo, se practicará la prueba.

En último término, y en caso de falta de acuerdo, corresponde al juez decidir sobre la correspondencia o no de la modificación de las medidas.²¹

N) ¿Cuándo entran en vigor las medidas de la nueva sentencia, en caso de estimarse su modificación?

Siempre que alguien insta una demanda de modificación de medidas, quiere que lo que solicita tenga efectos cuanto antes, pero la realidad es que **los efectos de la sentencia de modificación de medidas, surten cuando se dicta sentencia**, momento en el que entran en vigor las nuevas medidas, debiéndose cumplir lo establecido en la primera sentencia hasta entonces.²²

Así el **Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de junio 2018 núm. 371/2018. FD Segundo** y **Sentencia del Tribunal Supremo de 14 noviembre 2018 núm. recurso: 5061/2017** dice:

*“Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaure **por primera vez** y aquel en el que existe una pensión alimenticia **ya declarada** (y, por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...).”*

*“»-En el **primer** caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual «(d) debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor **desde el momento de la interposición** de la demanda». Sin duda esta regla podría tener **excepciones** cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, **hasta un determinado momento**, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.*

²¹ <https://www.bufetetoro.com/blog/que-es-modificacion-de-medidas/>

²² <https://www.safeabogados.com/blog/cuando-entra-en-vigor-una-modificacion-de-medidas-de-nueva-sentencia/>

»-En el **segundo** caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. nº 1088/2013 , que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casaciones que «cada resolución desplegará su eficacia **desde la fecha en que se dicte** y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente.»

No obstante, existe un **caso excepcional de solicitud de modificación de medidas** en las que se admite que las medidas **entren en vigor desde la interposición de la demanda** y no desde la sentencia.

El único caso en el que se admite esto, es cuando se produce un **cambio de guarda y custodia exclusiva** de un progenitor a otro.

Así se establece en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 núm. 696/2017. FD 1º**.

“1. Como reiteramos en la sentencia 389/2015, de 23 de junio:

2. Los alimentos se instauran por primera vez a cargo del padre y en favor de un hijo que antes de la formulación de la demanda había pasado a convivir con su padre. Ello sitúa el pago en el primer caso y no en el segundo desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso.

Es decir que como antes la guarda y custodia la tenía la madre y el padre estaba obligado al pago de una pensión, como la custodia del niño pasa ahora al padre por primera vez, este puede pedir el pago de la pensión de alimentos a la madre, no desde la sentencia sino desde la interposición de la demanda.

O) ¿Cómo argumentamos nosotros en el presente supuesto ese cambio de circunstancias?

La modificación de medidas que instamos nosotros como defensores del demandante la justificamos fundamentalmente alegando lo siguiente:

La **madre desde Junio de 2018** se ha puesto a trabajar y trabaja de 6 de la mañana a 13 horas, mientras que al momento del divorcio, no trabajaba.

El padre desde el 1 de octubre 2018, trabaja de lunes a viernes de 6 h a 14 horas en un único turno de mañana y no a tres turnos de mañana, tarde, noche de lunes a sábado, como cuando se firmó el convenio regulador.

Además el niño ya no tiene 3 años sino casi 6 años.

El resto de modificaciones, todas ellas sustanciales, que se han producido son:

	Situación momento divorcio. Abril 2016	Situación actual a 1 de noviembre 2018
Hijo	3 años y 6 meses	5 años y 8 meses
Colegio al que acude	Nuestra señora de la consolación	Nuestra señora de la consolación
Horario del colegio del niño	9:00 a 14:00	9:00 a 14:00
Madre		
Situación laboral de la madre	No trabaja	Trabaja
Horario del trabajo de la madre	Ninguno	6 de la mañana a 13 horas
Días de trabajo de la madre	Ninguno	De lunes a viernes
Salario de la madre	Ninguno	Se desconoce
Convivencia	Residen en la casa familiar con su marido	Residente los abuelos maternos con la madre
Lugar de residencia	Reside en el domicilio privativo del padre	Reside en el domicilio privativo del padre
Padre		
Situación laboral del padre	Trabaja en Michelin	Trabaja en Michelin
Horario laboral del padre	3 turnos <ul style="list-style-type: none"> • Mañana de 6 a 14 • Tarde de 14 a 22 • Noche de 22 a 6 	6 a 14 h de lunes a viernes
Rotación laboral	2 días mañana, 2 tarde, 2 noche	Siempre de mañana

Días de trabajo	De lunes a sábado	De lunes a viernes
Convivencia	Reside en la casa familiar con su mujer	Reside en la casa de sus padres
Lugar de residencia	Reside en el domicilio de sus padres	Reside en el domicilio de sus padres
Abono de la hipoteca domicilio familiar	Padre 100%	Padre 100%
Ingresos padre	37.240,78	38.187,27

Es decir:

a) Hijo

Edad. El niño ya no tiene 3 años y 6 meses sino que tienen 5 años y 8 meses.

Colegio. El niño sigue acudiendo al mismo colegio que cuando se produjo el divorcio.

El colegio al que acude dispone de los siguientes **horarios:**

- Madrugadores de 7:30 a 8:45
- Colegio 09:00 a 14:00
- Comedor escolar de 15:15 a 16h
- Continuadores de 14 a 14:40

El niño ahora mismo es cuidado tanto por la madre como por los abuelos maternos, que residen en la misma casa junto con el niño, ya que la madre al entrar a trabajar a las 6, son estos los que le levantan y llevan al colegio.

b) Madre

Trabajo. En el momento en que se divorciaron, en Abril de 2016, la madre no trabajaba, en cambio desde Junio de 2018 trabaja en una empresa de limpieza de 6 de la mañana a 13 horas., como reconoce en una conversación de whatsapp de 13 de octubre.

Convivencia. La madre, vive en el hogar familiar, privativo del padre, con sus padres, desde el divorcio, quienes le han ayudado y la ayudan con el niño, y más ahora debido a su horario laboral, pues estos

- Le tienen que levantar
- Le tienen que vestir
- Le tienen que preparar el desayuno
- Le tienen que llevar al colegio

Domicilio de la madre respecto del colegio del niño. Esta muy cercano al colegio del niño.

c) Padre

Trabajo: El padre en el momento del divorcio, trabajaba a 3 turnos en horario de 6 a 14 de 14 a 22 horas y de 22 horas a 6 de la mañana, en turnos de lunes a sábado, 2 días de mañana, 2 tarde y 2 de noche, mientras que desde el 1 de octubre 2018 trabaja siempre de mañana de 6 a 14 horas de lunes a viernes.

Ingresos: Por este trabajo que desempeña declaró en hacienda en el año 2015 unos ingresos netos de 37.240,78 anuales y en el año 2017 unos ingresos netos de 38.187,27,(es decir, menos de 800€ de diferencia)

Lugar de residencia: Antes vivía su casa privativa, cuyo uso fue concedido a la madre y ahora reside en casa de sus padres, junto a estos, como figuraba ya en el convenio regulador de junio de 2016

Ayuda de los abuelos paternos. Nuestro cliente, vive con sus padres que están jubilados, por lo tanto, la ayudas de estos es total.

Domicilio del padre respecto del colegio del niño. Esta muy cercano, a escasos 150 metros del mismo.

Propiedades del padre. Tiene como propiedad la casa sita en Calle xxx, que es la casa familiar y un garaje.

d) Relación entre los progenitores desde el divorcio

Incumplimientos: No ha habido incumplimientos por ninguna de las dos partes.

Conflictividad entre los progenitores. Ninguna, es más, plena colaboración.

Hábitos y conductas: Ambos mantienen las mismas conductas con el niño.

Acuerdos extrajudiciales: Ambos llegaron a un acuerdo verbal, por el que el padre pagaba los gastos de la casa familiar y se lo descontaba de la pensión de alimentos.

En definitiva, se puede decir que el convenio regulador, se ha aplicado sin incumplimientos por parte de ambos progenitores, pues existe un máximo respeto entre ellos.

4. CRITERIOS PARA MODIFICAR LA GUARDA Y CUSTODIA DE EXCLUSIVA A COMPARTIDA.

Después de analizar tanto las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo como las dictadas por las distintas Audiencias Provinciales, con especial incidencia en la de Valladolid, en materia de modificación del modelo de custodia se puede llegar a la conclusión que no existe una doctrina jurisprudencial unitaria y da la impresión de que se van resolviendo los recursos en el Tribunal Supremo en función del caso concreto.²³ No obstante, si bien es cierto que los criterios que se tienen en cuenta a la hora de valorar un cambio del tipo de custodia son los siguientes:

En primer lugar, hay que partir de la base que el criterio primordial es, sin ninguna duda, **el interés del menor**. Pero, **¿que se entiende por interés del menor?**

Según la profesora Cristina Guilarte Martín-Calero *“el concepto de interés del menor ha variado a lo largo de los años, personificándose, entre otros, en criterios como: la preferencia de la madre para el cuidado de los hijos de corta edad, preferencia por el progenitor que asumió el cuidado diario y desarrolló con el menor un vínculo más fuerte, el mantenimiento de las relaciones con ambos progenitores o el bienestar del menor”*, siendo este último el que actualmente toman por referencia los Tribunales.²⁴

Ahora bien, aunque este criterio sea el general, hay que trasladarlo a criterios todavía más específicos que utilizan nuestros tribunales, que en suma, son:

1. QUE SE CONSIGUE CON LA CUSTODIA COMPARTIDA

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre 2017**

*»Mantener la situación de custodia compartida acordada en la sentencia apelada **permite cumplir con los beneficios indudables** como recuerda la STS de 17 de marzo de 2016 : "Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015 , entre otras:*

²³ <https://loslibrosazules.es/el-tribunal-supremo-vuelve-a-exigir-un-cambio-de-circunstancias-para-pasar-de-la-custodia-individual-a-la-compartida/>

²⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 2014, Tirant lo Blanch, p.31 y 32.

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;*

d) *Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Así lo viene reiterando la Sala en sentencias, entre otras, de 4 febrero 2016 y 11 de febrero de 2016, por citar las más recientes.*

En definitiva, podríamos decir que se asegura el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "**aproximarlo 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 patria potestad.

2. MODIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS (Cierto y sustancial)

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019. Sentencia 215/2019 FD quinto dice**

*“**TERCERO** .- Modificación de circunstancias .*

Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre , que cita las de 12 y 13 de abril de 2016 , la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (artº 91 del C.Civil).

En el presente caso, dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor, unido ello al informe psicosocial favorable.

En este sentido, se ha de casar la sentencia recurrida al no tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre cambio de medidas.”

3. MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS (justificada y seria)

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril de 2019 nº 211/2019**

1.- La doctrina de la sala citada por la parte recurrente se reitera en la reciente sentencia 124/2019, de 26 de febrero , que, aunque para un supuesto de modificación de la guarda y

custodia monoparental en compartida, es, en su esencia, aplicable a la modificación aquí pretendida:

La sentencia 529/2017, de 27 de septiembre, recoge el cuerpo de doctrina de la sala sobre la cuestión que la parte recurrente somete a nuestra consideración, y de ahí el interés casacional del recurso.

Afirma lo siguiente: Ante todo cabe decir que el art. 90.3 CC establece que:

"3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges."

La transcrita redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto. (STS 346/2016, de 24 de mayo).

Es por ello que: "Esta sala **no ha negado** que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por **causas justificadas y serias, motivadas** por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo.

Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, rec. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque:

- (i) la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años;
- (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado.

También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, rec. 469/2014, que valora que "en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta sala y de la propia sociedad". Añade que 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". (sentencia 162/2016, de 16 de marzo).

El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.

2.- Por tanto, no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor.

3.- Basta con la lectura de la sentencia recurrida para apreciar que se desliga totalmente del interés de la menor, sin analizar el informe emitido por el equipo psico-social, como sí lleva a cabo la sentencia de primera instancia.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero 2019. Sentencia 124/2019.**

*Es por ello que: "Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por **causas justificadas y serias, motivadas** por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, rec. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado.*

También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, rec. 469/2014, que valora que "en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta sala y de la propia sociedad". Añade que 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." (sentencia 162/2016, de 16 de marzo

El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.

4. **MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS (No sustancial pero si cierta)**

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2017. Sentencia 665/2017. FD Quinto:**

*Esta sala ha declarado en **sentencias 242/2016, de 12 de abril y 576/2017, de 19 de octubre** :*

*«A la vista de la doctrina jurisprudencial mencionada debemos declarar que **el art. 90.3 del C. Civil** , en su última redacción establece que:*

»"3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código".

*»Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que **las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto**».*

A la vista de estas resoluciones, hemos de declarar que en la sentencia recurrida no se atiende a la doctrina jurisprudencial referida, dado que se limita a analizar a la existencia o no de cambio de circunstancias sin valorar el interés de los menores.

En el presente caso, se da el transcurso de tiempo suficiente, desde la interposición de la demanda de divorcio el 12 de noviembre de 2012, hasta la interposición de la demanda de modificación de medidas el 19 de febrero de 2016.

Unido a ello, el padre ha conseguido su traslado desde Talavera de la Reina a Arenas de San Pedro, localidad en la que los menores cursan sus estudios, lo que beneficia que el padre (profesor de matemáticas) pueda disponer de más tiempo y controlar los estudios del hijo menor, de rendimiento escolar irregular.

Estos cambios son inequívocos y relevantes en orden a la custodia de los menores, por lo que provocan un replanteamiento del sistema de custodia, lo que conlleva la estimación del recurso de casación, pues **el propio art 90.3 del C. Civil exige que se tengan en cuenta las necesidades de los hijos.**

5. MODIFICACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS. (Cambio de domicilio)

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2019. N°637/2019. FD 2°.

PRIMERO.- En fecha 10 de marzo de 2017, don Epifanio interpuso demanda de modificación de medidas frente a su anterior esposa, doña Bernarda, en relación con sus hijas menores Alejandra y Casilda, de 8 y 5 años de edad, solicitando la instauración del régimen de custodia compartida respecto de las mismas por semanas alternas, sustituyendo así al de custodia exclusiva de la madre inicialmente establecido en la sentencia de divorcio de fecha 3 de julio de 2014. Afirmaba que habían cambiado las circunstancias tenidas en cuenta en la anterior sentencia de divorcio, ya que la madre **había trasladado su residencia** a más de cuatro kilómetros de distancia, lo que obstaculiza el cumplimiento del régimen de visitas intersemanal y suponía un evidente perjuicio para las menores y pérdida de tiempo en los desplazamientos. La madre se opuso a dicha modificación.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid dictó sentencia por la que acordó la instauración del régimen de custodia compartida por las siguientes razones:

- A) Si bien en la sentencia de divorcio se atribuye la guarda y custodia a la madre, también se establece un régimen amplio de visitas que consiste en fines de semana alternos, desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes, y las semanas en que al padre no le corresponda comunicar con la niñas, dos días entre semana con pernocta; por lo que dicho régimen -en cuanto al reparto de tiempos- se asemeja a una custodia compartida;
- B) Para la fijación del régimen inicial se, tuvo en cuenta la proximidad entre los domicilios de ambos progenitores, circunstancia que en el momento presente no concurre;
- C) Pese a que las conclusiones del informe elaborado por el Equipo Técnico recomiendan no hacer cambios, existiendo discrepancia en materia educativa y conflicto entre los progenitores, **lo más recomendable es que se cambie el régimen de guarda y custodia materna y se pase a una guarda y custodia compartida por semanas alternas.**

6. **MODIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS (Edad de los niños al momento del divorcio y cuando se solicita el cambio)**

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2019. Sentencia núm. 490/2019. FD 3º.**

*“Por otro lado, la menor cuando se divorciaron **los padres tenía dos años** y cuando se solicita esta modificación de circunstancias, **la menor tenía 10 años** (hoy 12 años), constando igualmente un cambio jurisprudencial propiciado por el rumbo de doctrina constitucional y de este Tribunal Supremo (sentencias 564/2017, de 17 de octubre y 390/2015, de 26 de junio), todo lo cual es una alteración significativa de las circunstancias, y entre la alegadas se valora fundamentalmente, que el sistema que opera desde la sentencia de divorcio, es prácticamente el mismo, con la variante de que las aportaciones económicas de los progenitores, serán ahora las mismas, siendo ello lo más razonable dada la similitud de profesiones y emolumentos (arts. 90 y 92 del C. Civil).*

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación, estimando la apelación interpuesta, casando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la sentencia de 20 de junio de 2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid (Procedimiento modificación medidas 214/2017)”.

- **Sentencia del tribunal Supremo de 17 de noviembre 2015. Número Sentencia: 658/2015 . FD sexto**

*“**SEXTO** .- El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".*

*En base al referido interés de la menor, esta Sala ha de optar por declarar que se ha **producido una modificación sustancial de las circunstancias** (art. 91 del C. Civil) dado que:*

- 1. Cuando en convenio regulador establecieron que la menor quedaría bajo la guarda y custodia de la madre, la misma tenía dos años, mientras que en la actualidad tiene diez años.*
- 2. Los propios progenitores flexibilizaron notoriamente el sistema inicialmente pactado.*

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

a) Se fomenta la integración de la menor 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.

d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

7. SOBRE EL MANTENIMIENTO DE LA CUSTODIA EXCLUSIVA + INFORME PSICOSOCIAL FAVORABLE.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019. N° 215/2019 FD quinto.**

“La sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de custodia sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial.”

8. NO TIENE EN CUENTA EL INFORME PSICOSOCIAL

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril de 2019. Sentencia 211/2019**

*3.- Basta con la lectura de la sentencia recurrida para apreciar que se desliga totalmente del interés de la menor, **sin analizar el informe emitido por el equipo psico-social**, como sí lleva a cabo la sentencia de primera instancia.”*

9. INFORME PSICOSOCIAL NEGATIVO

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2019. N° 637/2019 FD Segundo.**

PRIMERO.- *En fecha 10 de marzo de 2017, don Epifanio interpuso demanda de modificación de medidas frente a su anterior esposa, doña Bernarda, en relación con sus hijas menores Alejandra y Casilda, de 8 y 5 años de edad, solicitando la instauración del régimen de*

custodia compartida respecto de las mismas por semanas alternas, sustituyendo así al de custodia exclusiva de la madre inicialmente establecido en la sentencia de divorcio de fecha 3 de julio de 2014. Afirmaba que habían cambiado las circunstancias tenidas en cuenta en la anterior sentencia de divorcio, ya que la madre **había trasladado su residencia** a más de cuatro kilómetros de distancia, lo que obstaculiza el cumplimiento del régimen de visitas intersemanal y suponía un evidente perjuicio para las menores y pérdida de tiempo en los desplazamientos. La madre se opuso a dicha modificación.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid dictó sentencia por la que acordó la instauración del régimen de custodia compartida por las siguientes razones:

A) Si bien en la sentencia de divorcio se atribuye la guarda y custodia a la madre, también se establece un régimen amplio de visitas que consiste en fines de semana alternos, desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes, y las semanas en que al padre no le corresponda comunicar con la niñas, dos días entre semana con pernocta; por lo que dicho régimen -en cuanto al reparto de tiempos- se asemeja a una custodia compartida;

B) Para la fijación del régimen inicial se, tuvo en cuenta la proximidad entre los domicilios de ambos progenitores, circunstancia que en el momento presente no concurre;

C) Pese a que las conclusiones del informe elaborado por el Equipo Técnico recomiendan no hacer cambios, existiendo discrepancia.

10. EN EL JUICIO DE DIVORCIO HUBO MUTUO ACUERDO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero 2019. N.º 124/2019.

Es por ello que: "Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, **incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos**, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, rec. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado.

También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, rec. 469/2014, que valora que "en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta sala y de la propia sociedad". **Añade que 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.

11. ADAPTACIÓN DEL NIÑO A LA SITUACION ACTUAL DE CUSTODIA EXCLUSIVA

- Sentencia de la Audiencia provincial de Valladolid de 11 de diciembre de 2019. Sección 1. Sentencia 416/2019. FD segundo

De todo lo así indicado se desprende para este Tribunal de Apelación que en el caso presente resulta lo más conveniente para la menor afectada revocar la decisión que ha sido adoptada en la instancia, superando con ello la seguridad que parece suponer el hecho de acordar 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 la menor Macarena, 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 ruptura de la convivencia,*
- *de la edad actual de Macarena -próxima ya a cumplir los 10 años de edad-,*
- *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 la menor en una fase evolutiva importante para su vida,*

justifican que deba darse 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 la menor, con su derecho a una comunicación constante e igualitaria con ambos progenitores, justificando todo ello que se estime conveniente la sustitución del régimen de guarda existente por el que ha sido solicitado por el sr. Victorio .

- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero 2019. Sentencia 124/2019.

Es por ello que: "Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, rec. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado.

También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, rec. 469/2014, que valora que "en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta sala y de la propia sociedad". Añade que 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." (sentencia 162/2016, de 16 de marzo

El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.

12. INTERÉS DEL MENOR

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 11 de diciembre de 2019. N° 416/2019 FD 2°.

“Para una adecuada solución de la impugnación suscitada ante este Tribunal de Apelación por quien se muestra disconforme con la decisión adoptada en la instancia que opta por mantener la situación de guarda hasta la fecha vigente por ser la que ha venido funcionando a entera satisfacción, cabe reiterar 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."

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2019. N°637/2019 FD 2°

Considera la parte recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor cuando modifica el sistema de custodia compartida acordado en primera instancia y mantiene el régimen impuesto en la sentencia de divorcio que atribuía la guarda y custodia a la madre.

El motivo ha de ser estimado en tanto que efectivamente la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el interés de las menores en el concreto momento en que se solicita la modificación de medidas, habiéndose limitado a constatar que no se aprecia cambio de circunstancias que pueda fundamentar dicha modificación desde la custodia exclusiva a la compartida por ambos progenitores.

Pues bien, el cambio de circunstancias queda manifiesto en tanto que la madre ha trasladado su residencia a más de cuatro kilómetros de distancia de donde anteriormente residía con las niñas, éstas tienen ya tres años más que en la fecha de la sentencia de divorcio e incluso, como pone de

manifiesto la sentencia de primera instancia - remitiéndose al informe pericial- la figura de referencia de las menores es la abuela paterna.

*Son circunstancias -no tenidas en cuenta por la sentencia recurrida- que invitan a considerar la conveniencia de un cambio de régimen hacia la custodia compartida, **no apreciándose inconveniente alguno para su adopción teniendo en cuenta primordialmente el beneficio para las menores.***

*A este respecto, no sólo las sentencias citadas por la parte recurrente, sino también otras muchas dictadas con posterioridad, y que constituyen un cuerpo unitario de doctrina, **abogan a favor de establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello.***

En este sentido cabe citar la reciente sentencia núm. 2015/2019, de 5 de abril, que se pronuncia en los siguientes términos:

*"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.*

*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" (STS 25 de abril 2014). "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** (Sentencia 2 de julio de 2014), rec. 1937/2013".*

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de marzo de 2019 nº134/2019**

*Cabe reiterar 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 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.

13. SISTEMA ANTERIOR HA FUNCIONADO CORRECTAMENTE

- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero 2017. Sentencia 135/2017. FD Segundo

"En primer lugar , el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de los hijos tras la ruptura matrimonial de sus padres, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual (sentencias 757/2013 de 29 de noviembre ; 616/2914, 18 de noviembre). "

14. EL PERJUICIO QUE PUEDA OCASIONAR AL MENOR + INTERÉS DEL MENOR

- Sentencia de la Audiencia provincial de Valladolid de 11 de diciembre de 2019. Sección 1. Sentencia 416/2019. FD segundo

*Por otra parte, aunque la resolución recurrida justifica su decisión en la falta de argumentos bastantes para la modificación del régimen de guarda y custodia en el sentido propuesto por el actor, **lo cierto es que***

- *tanto el cambio operado en la vida personal y familiar del actor,*
- *como su nuevo horario laboral que facilitará el contacto y relación de la menor con su padre,*
- *así como el hecho de que Macarena se muestra vinculada adecuadamente a ambos progenitores deseando una mayor continuidad en los contactos con su padre, sin atisbos de inadaptación a las nuevas circunstancias personales y familiares de su padre -las cuales ya conoce-, favorecerán una mayor implicación que ayudará al desarrollo armónico de la personalidad de Macarena suponiendo además un adecuado y necesario referente educativo para ella.*

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. Victorio , debiendo sustituirse así 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 la menor.

15. CUSTODIA COMPARTIDA CUANDO NO HAYA CIRCUNSTANCIAS QUE SE OPONGAN A ELLO.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre 2019. Sentencia 637/2019. FD segundo**

“Son circunstancias -no tenidas en cuenta por la sentencia recurrida- que invitan a considerar la conveniencia de un cambio de régimen hacia la custodia compartida, no apreciándose inconveniente alguno para su adopción teniendo en cuenta primordialmente el beneficio para las menores.

*A este respecto, no sólo las sentencias citadas por la parte recurrente, sino también otras muchas dictadas con posterioridad, y que constituyen un cuerpo unitario de doctrina, **abogan a favor de establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello.**”*

16. EN QUE AYUDA LA CUSTODIA COMPARTIDA

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre 2017. Sentencia 519/2017. FD primero**

“»Mantener la situación de custodia compartida acordada en la sentencia apelada permite cumplir con los beneficios indudables como recuerda la STS de 17 de marzo de 2016 : "Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015 , entre otras:

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;

d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Así lo viene reiterando la Sala en sentencias, entre otras, de 4 febrero 2016 y 11 de febrero de 2016 , por citar las más recientes.

Por tanto, cuestionar la bondad objetiva del sistema no tiene sentido tras la constante y uniforme doctrina de la sala”

17. DECISION DEL MENOR CONTRARIA A LA CUSTODIA COMPARTIDA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre 2017. Sentencia 519/2017. FD primero

*“En segundo lugar la menor, que en 2009 tenía cuatro años a la fecha de la sentencia de divorcio, ha ido creciendo hasta estar a punto de cumplir los doce años de edad. La corta edad inicial de la menor en la fecha de la sentencia de divorcio es indudable que también pudo influir a la hora de adoptar la custodia a favor de la madre, y esta circunstancia ha variado. A mayor edad, mayor debe ser el contacto con ambos progenitores por tratarse de los momentos decisivos en los que el menor va forjando su personalidad y por ello debería de contar con el apoyo y consejo de ambos progenitores. Es cierto que en este caso nos encontramos ante una situación peculiar **dada la voluntad de la menor, expresada en la exploración practicada ante este tribunal e igualmente reflejada en los informes del punto de encuentro familiar** de DIRECCION000 unidos a las actuaciones, **de no tener relación alguna con su padre**. Ahora bien, siendo esta voluntad uno de los elementos a valorar, resulta evidente que no es posible que una menor de doce años, por mucha madurez e inteligencia que pueda tener, decida sobre un aspecto tan importante en su vida como es el desarrollo de sus relaciones con su padre hasta el punto de excluir todo tipo de relación paterno filial sin expresar una causa razonable que así lo justifique. De la exploración de la menor este tribunal pudo apreciar esta voluntad contraria a relacionarse con el Sr. Patricio , pero también se pudo observar que no existen motivos concretos que puedan justificar tal decisión pues las explicaciones dadas no se basaban en hechos consistentes sino en afirmaciones genéricas y poco concretas que tampoco eran indicativas de una gravedad extrema que pudiese justificar ante este tribunal que la menor se vería perjudicada si mantiene contacto con su padre de forma continuada. Además la perito judicial en su informe y en la ratificación llevada a cabo en el acto de la vista celebrada en esta alzada puso de manifiesto su opinión de la influencia de la madre sobre las opiniones de la menor sobre el padre, lo que justifica en mayor grado la necesidad de que dicho contacto se haga más constante a los efectos de que la menor, cuyo grado de madurez no ofrece duda, pueda compartir más tiempo con su padre como medio de contrarrestar tal influencia destacada por la perito Sra. Susana en su declaración ante este tribunal”.*

18. CUSTODIA COMPARTIDA NO ES CASTIGO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2017. N° 665/2017. FD 5°.

*“Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en **estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor** (sentencias 390/2015, de 26 de junio, rec. 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre, rec. 2637/2012)*

*La custodia compartida u otro sistema alternativo **no son premio ni castigo** a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche (sentencia 554/2017, de 17 de octubre).*

A la vista del cambio de circunstancias, derivadas

- *del transcurso del tiempo,*
- *cambio de destino del padre*
- *y necesidad de un mayor control y apoyo pedagógico del menor de los hijos.*

debemos concluir que procede la adopción del sistema de custodia compartida, ya aprobado por la sentencia de primera instancia, mientras los hijos sean menores de edad”.

19. BUENA RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES

- **Sentencia del tribunal Supremo de 17 de noviembre 2015. Número Sentencia: 658/2015 . FD sexto**

*En base al referido interés de la menor, esta Sala ha de optar por declarar que se ha **producido una modificación sustancial de las circunstancias** (art. 91 del C. Civil) dado que:*

1. Cuando en convenio regulador establecieron que la menor quedaría bajo la guarda y custodia de la madre, la misma tenía dos años, mientras que en la actualidad tiene diez años.

*2. **Los propios progenitores flexibilizaron notoriamente el sistema inicialmente pactado.***

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración de la menor 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.*
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.”*

- **Sentencia del Tribunal Supremo del 16 abril 2016 N° 251/2016 FD 3°**

*“Para la adopción del sistema de custodia compartida **no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.***

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los

progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.”

20. HABÍA AMPLIO RÉGIMEN DE VISITAS.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre 2019. Número Sentencia: 490/2019 FD tercero

“TERCERO .- Decisión de la sala. Custodia compartida. Modificación de circunstancias.

De los hechos acreditados y no controvertidos, consta que el tiempo de estancia de la menor es prácticamente el mismo con los dos progenitores, adoptado de común acuerdo, por lo que la adopción del sistema de custodia compartida no ampliaría prácticamente la convivencia de la menor con los mismos, por lo que su interés no quedaría afectado y la pretendida falta de comunicación de los progenitores sería irrelevante dado que con la existente han sabido desenvolverse en un escenario de paridad en las estancias de la menor (sentencia 658/2015, 17 de noviembre).

Por otro lado, la menor cuando se divorciaron los padres tenía dos años y cuando se solicita esta modificación de circunstancias, la menor tenía 10 años (hoy 12 años), constando igualmente un cambio jurisprudencial propiciado por el rumbo de doctrina constitucional y de este Tribunal Supremo (sentencias 564/2017, de 17 de octubre y 390/2015, de 26 de junio), todo lo cual es una alteración significativa de las circunstancias, y entre la alegadas se valora fundamentalmente, que el sistema que opera desde la sentencia de divorcio, es prácticamente el mismo, con la variante de que las aportaciones económicas de los progenitores, serán ahora las mismas, siendo ello lo más razonable dada la similitud de profesiones y emolumentos (arts. 90 y 92 del C. Civil).”

21. PLAN DE PARENTABILIDAD.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2015. N° 258/2015. FD 2°.

*“Pues bien, los hechos que tiene en cuenta la sentencia conducen a este régimen. Ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales y lo que se debe extraer de esta conclusión, más que el beneficio que va a experimentar el hijo manteniéndose bajo la custodia de su madre, es el beneficio que va a representar la custodia compartida No existe ningún dato que permita ratificar las conclusiones a las que llega la sentencia, posiblemente influenciada por una inicial petición de guarda y custodia exclusiva a cargo del padre, y de un sistema que no acaba de aceptarse y que con frecuencia se ignora; un sistema - STS 15 de octubre 2014 - que permite a cualquiera de los padres no solo interesar esta forma de guarda, bajo el principio de contradicción, sino que le **exige concretar** la forma y contenido de su ejercicio a través de **un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas** que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos (una vez producida la crisis de la pareja), lo que **no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable**, sino con **otros aspectos** referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas*

allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los hijos 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..”

Por tanto, una vez realizado este análisis jurisprudencial, podemos llegar a la conclusión, que en contraposición, estos serían los criterios utilizados para denegar el cambio en el tipo de custodia:²⁵

- No acreditación del cambio de las circunstancias.
- Cambio de circunstancias no permanentes.
- El cambio de circunstancias no es suficiente ni trascendentes.
- Que el sistema anterior ha funcionado correctamente.
- No acreditar correctamente el nuevo horario laboral.
- Desestabilización de los menores.
- Falta de cooperación entre los progenitores.
- Que el menor valore de forma positiva y preferencial el mantenimiento de la guarda exclusiva existente hasta ese momento, máxime sin el menor cuenta con una edad de 16 años.
- Que la madre (como es el caso de la sentencia que se acaba de mencionar) haya sido el referente guardador del hijo tanto a nivel escolar, como médico, como personal.
- Falta de apoyos externos.
- Poco tiempo transcurrido desde la sentencia de divorcio.
- No aportar un plan de parentabilidad.
- Informe psicosocial en contra de la custodia compartida.
- No acreditar en qué beneficia al menor el cambio de custodia.

25

<https://www.oscar-cano.com/5-factores-que-pueden-impedir-el-cambio-a-una-custodia-compartida/>

5. CONCLUSIONES

1. **La modificación de medidas** puede iniciarse de mutuo acuerdo o de manera contenciosa.
2. **Prueba.** Si queremos solicitar una modificación de medidas, tenemos que ser capaces de probar dicho cambio.
3. **Cambio de circunstancias.**
 - A) El cambio de circunstancias debe ser siempre **sustancial**, importante o fundamental. Esto es, que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.²⁶
 - B) Que la alteración o variación, **afecte a las circunstancias que fueron tenidas en cuenta** por las partes o el Juez en la adopción de las medidas e influyeron como un presupuesto de su determinación.
 - C) Que la alteración de las circunstancias **evidencie 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. Es decir, que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible, y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.
 - D) Ha de tratarse de **hechos posteriores a los ya enjuiciados**, pues aunque no les alcanza el valor de cosa juzgada, tiene el límite derivado de que las causas en que se fundamente la petición modificativa, no hayan sido objeto de estudio y análisis en otro pleito anterior, pues, lo contrario, produciría una revisión de conductas y hechos ya valorados en su momento y sobre los cuáles no cabe pronunciarse de nuevo.²⁷

²⁶ <https://www.mundojuridico.info/requisitos-para-la-modificacion-de-medidas-en-derecho-de-familia/>

4. **Situación anterior y la nueva.** Tiene que haber un cambio de circunstancias respecto del momento que se dictó sentencia de separación y divorcio al momento en que se solicita la modificación.
5. **Interés del menor.** El interés superior del menor, como criterio rector de todas las actuaciones relativas a los menores, ha sido tenido en cuenta a la hora de tomar todo tipo de decisiones como establecimiento de la guarda y custodia por la jurisprudencia.²⁸

No obstante, algo está claro y es que en aquellos asuntos en los que están en juego decisiones sobre menores, el interés de estos se coloca por encima de cualquier otro, pero ¿qué es realmente el interés superior del menor?²⁹

Aunque es cierto que el **art. 2 de la Ley Orgánica de Protección a la Infancia y Adolescencia**³⁰ establece unos parámetros a tener en cuenta, también lo es que ello lo hace con bastante ambigüedad, lo que nos lleva a determinar el interés superior del menor como un concepto jurídico abierto o abstracto e indeterminado, que solo puede concretarse cuando se aplica a un caso particular, y no puede concretarse el mismo en una definición estricta, pues ello equivaldría a negarle su condición de cláusula general, y lo que se trata es de un mecanismo que sirva para adaptar el derecho a la realidad social.³¹

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2011

²⁸ PINTO ANDRADE, cit., p. 55.

²⁹ <https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/el-regimen-de-visitas-en-un-divorcio-o-separacion-y-su-relacion-con-el-interes-superior-del-menor-1.html>

³⁰ Art.2 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: **Interés superior del menor.** 1. *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

³¹ TORRES PEREA J.M., “La custodia compartida”, *practicum familia* 2016, ARANZADI S.A. (Pamplona), 2015, p.634.

Podemos observar como con la vigente regulación que ofrece el art. 92 del CC, se abre la posibilidad a que, tras una crisis conyugal, no sea la custodia exclusiva por uno de los progenitores la única solución, sino que se puede optar también por la custodia compartida. El problema es conocer cuándo se va a optar por una solución u otra. Y lo que se tiene en cuenta principalmente, como se indica en los apartados 4º y 8º del artículo es el interés superior del menor entre otros, si bien el más importante, puesto que este siempre va a quedar por encima de cualquier otro interés en juego.³²

- 6. Custodia Compartida.** La custodia compartida, tal y como se ha ido viendo a lo largo del trabajo y como menciona el Tribunal Supremo en su **Sentencia de 6 de abril de 2018**,³³ reiterando lo dispuesto en otras sentencias de la misma sala, fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores, se estimula la cooperación de los padres en beneficio de los menores.

El TS es además, como ha manifestado en numerosas sentencias, (entre otras, **Sentencias de 3 de marzo de 2016 y 7 de marzo de 2017**) proclive a la concesión de un régimen de custodia compartida, entendiendo que esta debería ser la situación normal para regular la guarda y custodia de los hijos menores de edad, siendo lo contrario la excepcionalidad, siempre teniendo presente que lo importante, y que debe primar, es ante todo el interés del menor.

- 7. Informe psicosocial.** Es de vital importancia. A pesar de no ser vinculante para el juez, en la práctica es muy difícil, por no decir imposible, que la sentencia lleve la contraria a un informe emitido por una psicóloga y una trabajadora social, expertas en valorar aquello que es mejor para el interés del menor.

³² Artículo 92 Código Civil. “**4.** Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.” “**8.** Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”

³³ STS 194/2018 de la Sala 1ª, de lo Civil de 6 de abril de 2018.

8. **En lo que respecta al presente caso**, se dan todas estas circunstancias para otorgar la custodia compartida solicitada, y que esperamos tenga su fruto en el recurso que hemos planteado, y donde **no existiendo obstáculos en contra del superior interés del menor**,³⁴ debe acordarse la custodia compartida para ambos progenitores:

- Edad del menor.³⁵
- Domicilios cercanos entre si y colegio.
- Relación cordial entre progenitores.
- Horario laboral del padre, disponiendo de todas las tardes libres, lo cual es compatible con el horario del colegio del menor.
- El menor dispone de una habitación en casa de sus abuelos.
- Apoyos externos padre en los abuelos.
- Informe psicosocial favorable a la custodia compartida.
- Acuerdos adoptados por los progenitores.
- Mi defendido ha cumplido el régimen de visitas y el pago de pensión de alimentos.

34

<https://www.sanchez-abogados.com/puedo-modificar-la-custodia-de-mi-hijo/>

35

<https://www.elabogadoencasa.com/cambio-custodia-compartida-edad-hijo/>

6. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

A) Bibliografía

- GUILARTE MARTÍN- CALERO C, “comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil” en Comentarios a la reforma de la separación y divorcio. Ley 15/2005 de 8 de julio, Lex Nova (Valladolid), 2005.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 2014, Tirant lo Blanch.
- PINTO ANDRADE C, *La custodia compartida*, Bosch (Barcelona), 2009.
- TORRES PEREA J.M., “La custodia compartida”, *practicum familia* 2016, ARANZADI S.A. (Pamplona), 2015.

B) Webgrafía

- <https://blog.hernandez-vilches.com/derecho-de-familia/cambio-de-custodia-monoparental-a-compartida/>
- <https://www.bufetetoro.com/blog/que-es-modificacion-de-medidas/>
- <https://www.elabogadoencasa.com/cambio-custodia-compartida-edad-hijo/>
- <https://www.eliasymunozabogados.com/blog/procedimiento-modificacion-medidas-divorcio>
- <https://www.mundojuridico.info/juzgado-competente-la-modificacion-medidas-definitivas/>
- <https://www.mundojuridico.info/requisitos-para-la-modificacion-de-medidas-en-derecho-de-familia/>
- <https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/el-regimen-de-visitas-en-un-divorcio-o-separacion-y-su-relacion-con-el-interes-superior-del-menor-1.html>
- <https://loslibrosazules.es/el-tribunal-supremo-vuelve-a-exigir-un-cambio-de-circunstancias-para-pasar-de-la-custodia-individual-a-la-compartida/>

- <https://www.oscar-cano.com/5-factores-que-pueden-impedir-el-cambio-a-una-custodia-compartida/>
- <https://www.safeabogados.com/blog/requisitos-para-solicitar-una-modificacion-de-medidas/>
- <https://www.safeabogados.com/blog/sobre-que-cosas-puedes-solicitar-una-modificacion-de-medidas/>
- <https://www.safeabogados.com/blog/cuando-entra-en-vigor-una-modificacion-de-medidas-de-nueva-sentencia/>
- <https://www.sanchez-abogados.com/puedo-modificar-la-custodia-de-mi-hijo/>
- <https://sky-solutions.es/cambio-de-custodia-exclusiva-a-custodia-compartida/>

7. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo 7 de marzo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 3 de junio de 2019 nº 232/19.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 enero de 2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 24 de mayo de 2019.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2019 Sección 22.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020.

- Auto del Tribunal Supremo de la Sala 1ª de 12 de julio de 2017.
- Auto del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 junio de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de mayo de 2019 n° 204/2019.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 noviembre de 2018 n° 977/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio 2018 núm. 371/2018. FD 2°
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 noviembre 2018 n°. recurso: 5061/2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 n° 696/2017. FD 1°.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019 n° 215/2019 FD 5°.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril de 2019 n° 211/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero 2019 n° 124/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2017 n° 665/2017. FD 5°
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2019 n°637/2019 FD 2°.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2019 n°490/2019 FD 3°
- Sentencia del tribunal supremo de 17 de noviembre de 2015 n°658/2015 FD 6°
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019 n° 215/2019 FD 5°.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril de 2019 n° 211/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2019 n° 637/2019 FD 2.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero 2019 n° 124/2019.
- Sentencia de la Audiencia provincial de Valladolid de 11 de diciembre de 2019. Sección 1 n° 416/2019. FD 2°.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero 2019 n° 124/2019.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 11 de diciembre de 2019 n° 416/2019 FD 2°.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2019 n°637/2019 FD 2°
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de marzo de 2019 n°134/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero 2017 n° 135/2017. FD 2°.

- Sentencia de la Audiencia provincial de Valladolid de 11 de diciembre de 2019. Sección 1 nº 416/2019. FD 2º.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre 2019 nº 637/2019. FD 2º.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre 2017 nº 519/2017. FD 1º.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre 2017 nº 519/2017. FD 1º.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2017 nº665/2017. FD 5º.
- Sentencia del tribunal Supremo de 17 de noviembre 2015 nº 658/2015 . FD 6º.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 16 abril 2016 nº251/2016 FD 3º.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre 2019 nº490/2019 FD 3º.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2015 nº258/2015. FD 2º.

