

Resumen. Progenitores con una hija de 4 años en el que la madre tiene la custodia exclusiva y el padre presenta demanda de modificación de medidas solicitando la custodia exclusiva, y la madre reconviene solicitando el mantenimiento de la custodia exclusiva y autorización para trasladarse a León.

Importante: Ninguna de las partes solicita la custodia compartida

Hechos

- Padre presentada demanda de modificación medidas solicitando la guarda y custodia exclusiva
- Madre, Contesta y presenta reconvenición, solicitando la autorización para irse a Toledo con la hija

Sentencia 1 instancia. Concede custodia compartida

Sentencia Audiencia provincial. Mantiene custodia exclusiva para la madre y autoriza el cambio de residencia a Toledo

Tribunal Supremo de 17.2.2021.Inadmite el recurso

Jurisprudencia

Cabecera: Guarda y custodia compartida o conjunta. Regimen de visitas comunicacion y estancia. Pension alimenticia

Como antecedentes de interés cabe destacar que mantuvieron una relación, fruto de la cual nació su hija enriqueta, de 4 años de edad, habiéndose dictado sentencia de fecha número de 2016, en procedimiento de familia sobre guarda, custodia y alimentos de hijo menor no matrimonial, atribuyendo la guarda y custodia de la menor a la madre, con un **regimen de visitas** a favor del padre, y otros pronunciamientos, habiéndose presentado por el padre una demanda de modificación de medidas definitivas, solicitando la atribución de la guarda y custodia exclusiva al padre, y otras peticiones, habiéndose opuesto a la demanda la madre de la menor, y presentado por la madre reconvenición, solicitando que se mantenga la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre, atribuida por la sentencia antes mencionada, con otras peticiones relativas al **regimen de visitas** a favor del padre y otros extremos, solicitando que se autorice el cambio de residencia de la menor a la localidad I dirección, provincia de toledo, y su matriculación en el colegio dirección sito en esta localidad de la provincia de toledo, pues la madre, que reside en la casa de su padres junto con su hija enriqueta, en dirección de trabancos, valladolid, sin tener trabajo ni ingresos, ha contraído matrimonio en septiembre de 2018, y su marido reside y trabaja en el dirección, toledo, teniendo una oferta de empleo para trabajar en dicha localidad de toledo.

PROCESAL: Modificación de medida cautelar. Reconvenición. Subsanación de omisión y complemento

Jurisdicción: Civil

Ponente: [Emma Galcerán Solsona](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 05/02/2020

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 34/2020

Número Recurso: 363/2019

Numroj: SAP VA 288/2020

Ecli: ES:APVA:2020:288

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00034/2020

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MPD

N.I.G. 47085 41 1 2018 0000671

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000363 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000311 /2018

Recurrente: Cecilia

Procurador: IÑIGO RAFAEL LLANOS GONZALEZ

Abogado: ANA ISABEL SAIZ PARRA

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Jose Ramón

Procurador: , MARIA YOLANDA GUTIERREZ IGLESIAS

Abogado: , EVA BENITO AGUNDEZ

SENTENCIA núm. 34/2020

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

Dª EMMA GALCERÁN SOLSONA

En VALLADOLID, a cinco de febrero de dos mil veinte.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación,

los autos de MODIFICACIÓN DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO nº 311/2018, del Juzgado de 1ª

Instancia e Instrucción nº 1 DIRECCION000 (Valladolid), seguido entre partes, de una, como DEMANDANTE-

RECONVENIDA/APELADA-IMPUGNANTE, D. Jose Ramón , representado por la Procuradora Dª Mª Yolanda

Gutiérrez Iglesias y defendido por la Letrada Dª Eva Benito Agúndez; y de otra, como DEMANDADA-

RECONVINIENTE/APELANTE-APELADA, Dª Cecilia , representada por el Procurador D. Iñigo-Rafael Llanos

González y defendida por la Letrada Dª Ana-Isabel Saiz Parra; habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL en

la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 07/03/2019, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "ESTIMO la demanda sobre modificación de medidas solicitada por el/la Procurador/a Sr/a. GUTIERREZ IGLESIAS en nombre y representación de D. Jose Ramón , frente a DÑA. Cecilia representada por el/ la Procurador/a Sr/a. LLANOS GONZÁLEZ. Y en su consecuencia acuerdo la modificación de las medidas acordadas en sentencia de 23 de febrero de 2016 en procedimiento de guarda y custodia 422/2015, en los siguientes términos: **.-La guarda y custodia será compartida por ambos** progenitores por semanas, de lunes a lunes, efectuándose las entregas de la menor en el colegio, de manera que el progenitor que haya tenido durante la semana a la menor en su compañía, la dejará en el colegio el lunes por la mañana y será recogido por el otro progenitor a la salida del mismo, a excepción de los lunes que sean festivos o puentes, en cuyo caso, la entrega se efectuará al día siguiente lectivo.

No habrá visitas intersemanales, y el régimen de visitas en las vacaciones y en los días especiales que en su momento fijaron las partes, debe mantenerse en los mismos términos fijados en la sentencia.

.- No se fija pensión de alimentos debiendo hacerse cargo de los gastos del menor cada progenitor durante el periodo que lo tenga en su compañía.

En cuanto a los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% en los mismos términos que se fijo en la sentencia de 23 de febrero de 2016 que reflejaba el acuerdo al que llegaban las partes al respecto.

DESESTIMO la demanda reconvenicional solicitada por el Procurador/a Sr/a LLANOS GONZÁLEZ en nombre y representación de DÑA Cecilia , y en su consecuencia **no ha lugar a autorizar el cambio de residencia de la menor ni** el resto de medidas solicitadas.

No se hace especial pronunciamiento en materia de costas." Dicha sentencia fue completada por Auto de fecha 29/03/2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Completar Sentencia de 7 de marzo de 2019, en los términos siguientes: .- el progenitor con el que no está la menor tendrá derecho a comunicarse con ella en horario de 17 a 20 horas siempre que no interrumpa las actividades escolares de la misma.

.- en el intercambio de la menor el progenitor que entregue la niña deberá proporcionar al otro la tarjeta sanitaria, DNI, libro de familia, cartilla de vacunación."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de la parte demandada, Dª Cecilia , se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, alegando lo que estimó oportuno.

Por la representación procesal de la parte demandante, D. Jose Ramón , se presentó escrito de oposición al recurso y de impugnación, habiéndose dado el oportuno traslado. Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición al recurso de apelación. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 15/01/2020, en el que tuvo lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dª EMMA GALCERÁN SOLSONA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- **Como antecedentes de interés cabe** destacar que D. Jose Ramón y Dª Cecilia mantuvieron una relación, fruto de la cual nació su hija Enriqueta , de 4 años de edad, habiéndose dictado sentencia de fecha NUM019 de 2016, en procedimiento de familia sobre guarda, custodia y alimentos de hijo menor no matrimonial, atribuyendo la guarda y custodia de la menor a la madre, con un régimen de visitas a favor del padre, y otros pronunciamientos, habiéndose presentado por **el padre** una demanda de modificación de medidas definitivas, solicitando la atribución de la guarda y custodia exclusiva al padre, y otras peticiones, habiéndose opuesto a la demanda la madre de la menor, y presentado por la madre reconvenición, solicitando que se mantenga la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre, atribuida por la sentencia antes mencionada, con otras peticiones relativas al régimen de visitas a favor del padre y otros extremos, solicitando que se autorice el cambio de residencia de la menor a la localidad "I DIRECCION001 , provincia de Toledo, y su matriculación en el colegio DIRECCION002 sito en esta localidad de la provincia de Toledo, pues la madre, que reside en la casa de sus padres junto con su hija Enriqueta , en DIRECCION003 de Trabancos, Valladolid, sin tener trabajo ni ingresos, ha contraído matrimonio en septiembre de 2018, y su marido reside y trabaja en El DIRECCION001 , Toledo, teniendo Dª Cecilia una oferta de empleo para trabajar en dicha localidad de Toledo, entre otras muchas consideraciones.

El padre de la menor Enriqueta reside en DIRECCION004 , Valladolid.

Frente a la sentencia, que establece una guarda y custodia compartida por semanas, se interpone recurso de apelación por la madre de la menor, **alegando que el Juzgador lleva a cabo una modificación del régimen de guarda y custodia sin que ninguno de los progenitores formulara una petición de custodia compartida**, todo ello a pesar de la tensa relación existente entre los padres de la menor, reconocida en la misma sentencia, destacando que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012 declara que la guarda y custodia compartida podrá adoptarse en interés del menor cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento (art. 92-5), o excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5, a instancia de una de las partes fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, citando las SS.TS. de 19/04/2012, 29/04/2013, 09/03/2016, declarando que si no existe la petición por ninguno de los progenitores, no podrá acordarse, y difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia.

La S.TS. de 15 de junio de 2016 anuló el régimen de custodia compartida de un menor concedido a su padre y su madre, porque ninguno de los dos lo había solicitado, y la S.TS. de 03/03/2016 reitera la exigencia, además de la necesaria petición expresa de uno de los progenitores, de la aportación de un plan contradictorio, concretando el contenido y forma de cómo se va a ejercer la custodia compartida, conforme a las necesidades de los hijos, y la disponibilidad de los padres, detallando los períodos de convivencia con cada progenitor, la adopción de las decisiones relativas a la salud, educación y cuidado de los menores.

De la aplicación al caso de autos de la jurisprudencia referida, resulta la procedencia de revocar el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, **sin petición expresa de ninguno de los progenitores, y sin plan contradictorio adecuadamente informado**, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, especialmente que según el informe psico-social la madre ejerce de forma competente su rol materno en el cuidado de su hija, que la menor mantiene buenas relaciones con todos los miembros de las redes familiares paterna y materna, incluido el marido de su madre, que ambos progenitores ejercen de forma adecuada sus roles, si bien la menor establece con su madre una relación de mayor complicidad y dependencia, lo que es lógico por ser la persona con la que ha vivido desde su nacimiento, desempeñando su papel más importante proveedora de seguridad afectiva y como agente de socialización, teniendo en cuenta asimismo que se justificó la compatibilización del cuidado de la menor por parte de la madre (a quien la sentencia de 2016 atribuyó la guarda y custodia) con la circunstancia que supondrá residir en la mencionada localidad de Toledo, donde la madre tiene una oferta de trabajo, y donde reside y trabaja su marido, **no tratándose de un traslado meramente arbitrario o caprichoso carente de justificación a los efectos que aquí interesan**, procede concluir acordando en interés de la menor el mantenimiento de la atribución de la guarda y custodia de la menor a su madre, D^a Cecilia , manteniéndose lo acordado en la sentencia de 23 de febrero de 2016, con la salvedad de que quedan suprimidos los apartados a), d), e), f), g) y h) del número 2 relativo al régimen de visitas a favor del padre, debido a la distancia entre DIRECCION004 y DIRECCION001 , y el último apartado del número 2, sobre entrega y recogida de la menor por cuenta y gasto del padre, queda sustituido por la entrega y recogida de la menor para las visitas de fines de semana alternos, se hará por la madre y por cuenta de la madre, con arreglo a la propuesta hecha por la madre en la página 11 de su recurso, para las visitas de fines de semana alternos, y en cuanto a las restantes visitas, el padre llevará a la menor desde la residencia de ésta en

DIRECCION001 hasta DIRECCION004 , por cuenta del padre, y la madre trasladará a la menor en el viaje de regreso, desde DIRECCION004 hasta DIRECCION001 , por cuenta de la madre, autorizando el cambio de residencia de la menor a DIRECCION001 (Toledo) **y su matriculación en el colegio solicitado sito en dicha localidad**, lo que implica una estimación parcial del recurso, la revocación de la sentencia y también la del auto que la completó pues visto el contenido de la sentencia de la Sala no lo requiere el interés de la menor, acordando en su lugar la desestimación de la demanda y la estimación parcial de la reconvencción en los términos expresados en el fallo.

SEGUNDO.- No se hace especial imposición de costas de ninguna de las dos instancias, dado el carácter parcial de las estimaciones del recurso y de la reconvencción, y la apreciación de serias dudas ex art. 394-1- último inciso LEC respecto de la fundamentación y peticiones de la demanda.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO:

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Iñigo-Rafael Llanos González, en nombre y representación de D^a Cecilia , contra la sentencia de fecha 07/03/19, completada por Auto de fecha 29/03/19, **revocando dichas resoluciones**, acordando en su lugar, **mantener la atribución de la guarda y custodia de la menor Enriqueta** a la madre D^a Cecilia , que le fue atribuida a ésta por la sentencia de 23/02/2016 dictada en el procedimiento de Guarda y Custodia nº 422/2015 , acordando el mantenimiento de las medidas establecidas por la citada sentencia de 23/02/2016, con las salvedades de que quedan suprimidos los apartados a), d), e), f), g) y h) del número 2 del fallo, y de que en lugar del apartado último del número 2, se acuerda que para las visitas de fines de semana alternos la entrega y recogida de la menor se hará por la madre y por cuenta de ésta, y para las restantes visitas, el padre recogerá y trasladará a la menor desde la residencia de ésta en DIRECCION001 , hasta DIRECCION004 , y por cuenta del padre, y la madre la trasladará al regreso desde DIRECCION004 hasta El DIRECCION001 , y por cuenta de la madre, manteniéndose en sus propios términos el resto de los pronunciamientos de la mencionada sentencia de 2016, autorizándose el cambio solicitado de residencia de la menor a DIRECCION001 (Toledo) donde residirá con su madre, y su matriculación en el colegio solicitado DIRECCION002 sito en DIRECCION001 (Toledo), sin especial imposición de costas de ninguna de las dos instancias.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre y vigente desde el día siguiente, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente al haberse estimado parcialmente el recurso.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.