

**Resumen**

Progenitores divorciados en el año 2015 cuya guarda y custodia tiene atribuida el padre, solicitan la modificación total de la capacidad de su hijo y la rehabilitación de la patria potestad.

El hijo tiene reconocido desde el 19 de noviembre de 2018, una discapacidad del 81%, y desde hace años el hijo asiste al Colegio de Educación Especial, en Valladolid.

**El juzgado de primera instancia 10.** Acuerda la modificación total de la capacidad de su hijo y la rehabilitación de la patria potestad que será ejercida por el padre.

La madre recurre la sentencia ante la Audiencia provincial de Valladolid, que la patria potestad se atribuida al padre.

La **Audiencia provincial** desestima la demanda de la madre y lo fundamenta así.

No se priva a la madre de la patria potestad, sino que simplemente se atribuye el ejercicio de la patria potestad a uno de ellos, el padre, teniendo la atribución del ejercicio al padre su amparo legal en lo dispuesto en los arts. 171 y 156 C.C..

Que además el cambio no está justificado porque:

- **no se justificó que un cambio en la atribución del ejercicio de la patria potestad pueda suponer una mejora en el bienestar del** hijo.
- no constan datos objetivos que invaliden al padre para el ejercicio de la patria potestad sino todo lo contrario

y se ha acreditado que el padre:

- tiene arraigo personal, familiar y social que tiene en Valladolid el progenitor con el que convive desde que era muy pequeño
- Cuida de su hijo desde que éste era muy pequeño de una forma diligente y beneficiosa para el hijo, modificó su horario de trabajo a tal fin.
- además el padre realiza las tareas de cuidado, los desplazamientos, la tramitación de los expedientes administrativos, y las gestiones vinculadas a la atención personal de su hijo, con total idoneidad

**Cabecera:** Ejercicio de la patria potestad. Rehabilitación de la patria potestad.  
Registro civil

Llegados a este punto, no se justificó que un cambio en la atribución del **ejercicio de la patria potestad** pueda suponer una mejora en el bienestar del hijo desde la perspectiva de lo más beneficioso para el hijo, pues además de haberse acreditado el arraigo personal, familiar y social que tiene en Valladolid el progenitor con el que convive desde que era muy pequeño ( se pactó la atribución de la guarda y custodia del menor al padre, como antes se indicó ), quedó acreditado que el padre, además de cuidar a su hijo desde que éste era muy pequeño de una forma diligente y beneficiosa para el hijo, modificó su horario de trabajo a tal fin, además el padre realiza las tareas de cuidado, los desplazamientos, la tramitación de los expedientes administrativos, y las gestiones vinculadas a la atención personal de su hijo, con total idoneidad para el cuidado del mismo, tratándose el mencionado colegio de educación especial de Valladolid de un centro adecuado para atender todas las necesidades del

By Jaime Sanz

hijo en los diferentes ámbitos, a la vista del diagnóstico anteriormente referido, no habiéndose justificado que un cambio en la atribución del **ejercicio de la patria potestad** ( con el consiguiente cambio de residencia y cambio de centro o de medidas a aplicar ), sea necesario ni conveniente para una mejor atención a la discapacidad del hijo, teniendo arraigo personal, familiar y social en valladolid el progenitor con quien el hijo convive desde hace muchos años, de modo que, tal como concluyó la juzgadora de instancia, no constan datos objetivos que invaliden al padre para el **ejercicio de la patria potestad** sino todo lo contrario, atendiendo a su hijo diariamente, promoviendo su desarrollo personal e inserción a fin de que continúe su desarrollo dentro de su características personales, por lo que no existe en la sentencia ninguna de las notas o características negativas a que alude la jurisprudencia reseñada en el f. primero, debiendo desestimarse, por tanto, las alegaciones de errónea valoración de la prueba.

PROCESAL: Capacidad de obrar y jurídica. Aclaración y rectificación de error. Subsanación de omisión y complemento

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** [Emma Galcerán Solsona](#)

**Origen:** Audiencia Provincial de Valladolid

**Fecha:** 16/12/2020

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 447/2020

**Número Recurso:** 391/2020

**Numroj:** SAP VA 1724/2020

**Ecli:** ES:APVA:2020:1724

#### **ENCABEZAMIENTO:**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00447/2020

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: E1

N.I.G. 47186 42 1 2018 0015757

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000391 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: ICP INCAPACITACION 0000867 /2018

Recurrente: Berta

Procurador: FRANCISCO JAVIER STAMPA SANTIAGO

Abogado: MARTIN ALFONSO SANCHEZ-FERRERO GARCIA

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Pablo

Procurador: , CESAR ALONSO ZAMORANO

Abogado: , CESAR GOMEZ ROJO

SENTENCIA núm. 447/2020

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D<sup>a</sup> EMMA GALCERÁN SOLSONA

En VALLADOLID, a dieciséis de diciembre de dos mil veinte.

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

autos de INCAPACITACIÓN núm. 867/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid , sobre

determinación de la capacidad y prórroga de la patria potestad de D. Sergio , seguidos entre partes, de

una, como DEMANDANTE-APELANTE, D<sup>a</sup> Berta , representada por el Procurador D. Francisco-Javier Stampa

Santiago y defendida por el Letrado D. Martín-Alfonso Sánchez-Ferrero García; y de otra, como DEMANDADA/

DEMANDANTE-APELADA, D. Pablo , representado por el Procurador D. César Alonso Zamorano y defendido

por el Letrado D. César Gómez Rojo; 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.

By Jaime Sanz

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 14/05/2020, se dictó sentencia, aclarada por auto de 30/06/2020, cuyo fallo y parte dispositiva dicen así: "FALLO SENTENCIA: "Estimando la demanda interpuesta por las representaciones de D<sup>a</sup> Berta y de D. Pablo con la intervención del Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro la modificación total de la capacidad de Sergio en los siguientes términos: Inhabilitación en la esfera personal para todos los actos y tareas básicas que excedan de la vida cotidiana y en especial las relacionadas con la salud.

- 1.- seguir tratamiento médico o psiquiátrico;
- 2.- manejo de medicamentos y consentimiento para intervenciones quirúrgicas;
- 3.- seguimiento pautas alimenticias;
- 4.- necesidad de internamiento en un centro Inhabilitación para la Administración y disposición de sus bienes.

**Acuerdo la rehabilitación de la patria potestad de sus progenitores** la cuál será ejercida por su padre, D. Pablo .

Comuníquese al Encargado del Registro Civil que corresponda, para su inscripción al margen de la de nacimiento.

Y todo ello sin efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas." PARTE DISPOSITIVA DEL AUTO ACLARATORIO: " SS<sup>a</sup> ACUERDA: Subsanar y rectificar la sentencia dictada por este Juzgado con fecha 14 de mayo 2020 en el sentido que se especifica en los fundamentos de esta resolución manteniéndose el resto de los pronunciamientos invariables en todos sus términos." (FUNDAMENTOS DE DERECHO: UNICO.- El art. 267 LOPJ y el art.214 LECiv establecen que "los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por el tribunal dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento".

Por su parte el art. 215 LECiv señala que "1. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior. 2. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla. 3. Si el tribunal advirtiese en sentencias o autos que dictara las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicta, proceder de oficio, mediante auto, a completar

By Jaime Sanz

su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado. 4. No cabrá recurso alguno contra los autos en que se completen o se deniegue completar las resoluciones a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del tribunal. Los plazos para estos recursos, si fueren procedentes, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla".

Constatados los errores en que incurre la resolución de fecha 14 de mayo de 2020 procede su subsanación, debiendo quedar redactada en el sentido siguiente: En el FUNDAMENTO

QUINTO, En la página 6, Párrafo tercero. 4 1.- Donde dice, "que el padre asumió la guarda y custodia de su hijo en 2005", debe decir, "que el padre asumió la guarda y custodia de su hijo en 2015".

En la página 7, párrafo cuarto Donde dice, " el neurópata D. Juan Miguel ", debe decir, " el naturópata D. Ángel Daniel ".

En la página 9, párrafo último Donde dice, "Ello debe interrelacionarse con la declaración de D<sup>a</sup> Miriam ", debe decir, "Ello debe interrelacionarse con la declaración de D<sup>a</sup> Montserrat ".

En la página 10, párrafo penúltimo.

2.- Donde dice, "Como ya se ha recogido en el año 2005, en el Divorcio, ambos pactaron que la guarda y custodia del hijo se atribuyera al padre con quien lleva conviviendo 15 años en Valladolid", debe decir, "Como ya se ha recogido en el año 2015, en el Divorcio, ambos pactaron que la guarda y custodia del hijo se atribuyera al padre con quien lleva conviviendo 5 años en Valladolid".

En la página 12, párrafo último, 3.-Donde dice " .... puesto que Sergio es mayor de edad, soltero y vive en compañía del padre desde los 4 años", debe decir, " .... puesto que Sergio es mayor de edad, soltero y vive en compañía del padre desde los 14 años".)

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de D<sup>a</sup> Berta , se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, alegando lo que estimó oportuno. Por la representación procesal de D. Pablo y por el Ministerio Fiscal, se presentaron sendos escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, tras la tramitación correspondiente, se señaló para la celebración de vista el día 01/12/2020, en el que tuvo lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente, la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> EMMA GALCERÁN SOLSONA.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO.- Como ha declarado esta Sala en relación con la naturaleza del recurso de apelación, entre otras, en la sentencia de 27 de noviembre de 2018, RPL-252/2018, "la más adecuada solución del mismo determina la necesidad de entrar en el examen y valoración de la prueba que obra unida a las actuaciones y ha sido tenida en

By Jaime Sanz

consideración por la Juez de Instancia, pues el carácter ordinario del recurso de apelación -que efectivamente lo es-, somete al Tribunal que del mismo entiende el total conocimiento de la controversia suscitada, si bien siempre dentro de los límites del objeto o contenido del recurso y con respeto a la obligada congruencia. Desde esta perspectiva cabe señalar que, tal y como ya es criterio uniforme, reiterado y constante de esta misma Audiencia Provincial (Sección Primera) en sintonía con el criterio jurisprudencial sentado, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2015, solo será factible criticar la valoración que efectúe el Juzgador "a quo" de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia fuese ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica ( SSTS de 9 de marzo de 2010, 11 de noviembre de 2010); se hubiera incurrido en un error patente, ostensible o notorio ( SSTS de 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002); se extrajeren de la misma conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica ( SSTS de 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002, 13 diciembre 2003, 9 junio 2004); o finalmente, si se adoptasen en ella criterios desorbitados o irracionales ( SSTS de 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002)." Y en relación con la eficacia de la prueba de peritos, la Sala Primera tiene declarado (STS. de 22 de febrero de 2006, RC Nº 1419/1999), que el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados no vincula a jueces y tribunales, que pueden apreciar ésta según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a las conclusiones del perito ( STS. de 16 de octubre de 1980), de las que pueden prescindir ( STS. de 16 de febrero de 1994).

En relación con dicha cuestión, tiene declarado la jurisprudencia, asimismo, que los tribunales, al valorar los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica ( art. 348 de la LEC), deberán ponderar los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en las declaraciones de los peritos, pudiendo no aceptar el Tribunal el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro; debiendo también tenerse en cuenta las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes de peritos designados por las partes, como de los emitidos por peritos designados por el Tribunales, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes, debiéndose examinar igualmente las operaciones periciales que se hayan realizado concretamente, los medios, métodos o instrumentos empleados y los datos en que se sustenten los dictámenes, así como la competencia profesional de sus autores y las circunstancias que hagan presumir su objetividad ( SS.TS de 10 de febrero de 1994, 28 de enero de 1995, 31 de marzo de 1997, 30 de noviembre de 2010, 15 de diciembre de 2015, 17 de mayo de 2016, entre otras muchas).

SEGUNDO.- En relación con los dos escritos de fecha 30/11/2020, en la vista celebrada el día 01/12/2020 la Sala rechazó uno de ellos y en cuanto al escrito aportando copia del auto de 04/08/2020 del Juzgado de Instrucción nº 4 de León, se acordó resolver acerca de su admisión y alcance en la sentencia que se dicte, procediendo admitir dicho documento en orden a poner de relieve que mediante el referido Auto se acordó requerir nuevamente a la parte ejecutada para que procediera a la inmediata devolución del hijo a su padre, y para que cumpla estrictamente el régimen de visitas/vacaciones acordado, con los detalles consignados en aquél, de manera que, precisando previamente que para la resolución de la presente alzada debe tomarse en consideración el concreto objeto del presente procedimiento, distinto obviamente del objeto concreto de una pieza de oposición a la ejecución como es la tramitada por el mencionado Juzgado de León, dicho documento será valorado conjuntamente con la totalidad de la prueba practicada en el presente procedimiento.

By Jaime Sanz

Sentado lo precedente, debe tomarse en consideración que los padres de Sergio están divorciados por sentencia de mutuo acuerdo de 16/10/2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid, en el procedimiento 670/2015, en la que se aprobó el convenio regulador, en el cual los progenitores pactaron la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad al padre, con un régimen normalizado de visitas y estancias a favor de la madre, habiendo quedado probado que el hijo presenta una DIRECCION000 , con DIRECCION001 , de carácter persistente, habiendo sido reconocida por la Junta de Castilla y León por resolución de 19 de noviembre de 2018, una discapacidad del 81%, y desde hace años el hijo asiste al Colegio de Educación Especial DIRECCION002 , en Valladolid, donde está escolarizado en un programa de transición a la vida adulta en jornada de 09,30 a 17,30 horas.

TERCERO.- Debe ponerse de relieve que en el presente procedimiento quedó probado que el hijo ha presentado algunas manifestaciones clínicas que tienen parecido con el trastorno de déficit de atención y con el trastorno de espectro autista. Pero Sergio no es autista, sino que su diagnóstico es el de una DIRECCION000 con DIRECCION001 , siendo el Colegio mencionado, sito en Valladolid, un centro adecuado para atender a todas las necesidades del hijo, a la vista del diagnóstico del mismo, estando dotado el centro de todo tipo de profesionales, profesores, servicio de psicología, fisioterapia, servicio médico, logopeda, trabajo social, habiendo quedado probado asimismo que le gusta acudir al centro, que se relaciona muy bien con los demás cuando está en el centro, es simpático, cariñoso, colaborador, afectivo, muy empático, llevando el padre a su hijo a un osteópata una tarde a la semana y a natación otra tarde a la semana, para tratar de mantener su movilidad fisiológica debido a la espasticidad provocada por la parálisis cerebral que sufre, además de una consulta de logopedia desde los tres años, y cuando es necesario, a un especialista en traumatología y al odontólogo.

CUARTO.- Llegados a este punto, **no se justificó que un cambio en la atribución del ejercicio de la patria potestad pueda suponer una mejora en el bienestar del** hijo desde la perspectiva de lo más beneficioso para el hijo, **pues además de haberse acreditado** el arraigo personal, familiar y social que tiene en Valladolid el progenitor con el que convive desde que era muy pequeño ( se pactó la atribución de la guarda y custodia del menor al padre, como antes se indicó), **quedó acreditado** que el padre, además de cuidar a su hijo desde que éste era muy pequeño de una forma diligente y beneficiosa para el hijo, modificó su horario de trabajo a tal fin, **además el padre realiza** las tareas de cuidado, los desplazamientos, la tramitación de los expedientes administrativos, y las gestiones vinculadas a la atención personal de su hijo, con total idoneidad para el cuidado del mismo, tratándose el mencionado Colegio de Educación Especial de Valladolid de un centro adecuado para atender todas las necesidades del hijo en los diferentes ámbitos, a la vista del diagnóstico anteriormente referido, **no habiéndose justificado** que un cambio en la atribución del ejercicio de la patria potestad (con el consiguiente cambio de residencia y cambio de centro o de medidas a aplicar), sea necesario ni conveniente para una mejor atención a la discapacidad del hijo, teniendo arraigo personal, familiar y social en Valladolid el progenitor con quien el hijo convive desde hace muchos años, de modo que, tal como concluyó la Juzgadora de instancia, **no constan datos objetivos que invaliden al padre para el ejercicio de la patria potestad sino todo lo contrario**, atendiendo a su hijo diariamente, promoviendo su desarrollo personal e inserción a fin de que continúe su desarrollo dentro de sus características personales, por lo que no existe en la sentencia ninguna de las notas o características negativas a que alude la jurisprudencia reseñada en el F.D. Primero, debiendo desestimarse, por tanto, las alegaciones de errónea valoración de la prueba.

QUINTO.- Así las cosas, **procede desestimar la alegación de incongruencia**, pues la sentencia no se aparta de las pretensiones deducidas oportunamente por las partes, **no habiéndosele privado de la patria potestad a uno de los progenitores, sino que simplemente se atribuye el ejercicio de la patria potestad a uno de ellos**, el padre, teniendo la atribución del ejercicio al padre su amparo legal en lo dispuesto en los arts. 171 y 156 C.C., debiendo desestimarse la alegación de privación de la patria potestad, pues la sentencia atribuye el ejercicio de la patria potestad al padre pero no priva de la misma a ningún progenitor.

SEXTO.- De lo expuesto se deduce la confirmación de la sentencia y la desestimación del recurso, ya que los apartados del epígrafe A) del suplico del recurso deben ser desestimados al desestimarse la petición de la atribución a la madre del ejercicio de la patria potestad, formulándose en el epígrafe B), una pretensión subsidiaria, de atribución conjunta a ambos "de la patria potestad", la cual si se entiende como petición de atribución conjunta del ejercicio, debe ser desestimada por lo antes argumentado en esta sentencia acerca de la procedencia de confirmar la atribución del ejercicio al padre, y si se entiende según la literalidad del texto, como petición de revocación de la sentencia en el sentido de atribuirle por rehabilitación la patria potestad a la madre conjuntamente con el padre, no procede tal revocación pues la sentencia no establece la privación de aquélla para ningún progenitor. Y en cuanto al epígrafe C) del suplico del recurso, debe ser desestimado porque es una cuestión nueva introducida ex novo en la segunda instancia, porque el objeto del pleito es la incapacidad, y porque se tramita una modificación de medidas según las manifestaciones de las partes.

SÉPTIMO.- Procede imponer a la parte apelante las costas del recurso de apelación conforme al art. 398 LEC.

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

#### **FALLO:**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Stampa Santiago, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Berta , contra la sentencia nº 101/2020 de fecha 14/05/2020, aclarada por auto de 30/06/2020, confirmándola, con imposición a la parte apelante de las costas del recurso de apelación.

La confirmación de la resolución de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que se dará el destino legal. ( D. A. 15<sup>a</sup> de la L.O.P.J. según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre).

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.