

**Resumen**

Matrimonio divorciado de mutuo acuerdo a través del convenio regulador.

La madre solicita modificación de medidas de custodia compartida a custodia exclusiva para ella.

- Posteriormente a la sentencia el marido ha sido condenado por violencia de genero, por un delito de injurias leves.
- Que el ex marido no se ocupa adecuadamente del hijo

El juzgado de primera instancia de juzgado mixto. Desestima la demanda de la madre.

La Audiencia provincial de Valladolid. Confirma la sentencia del juzgado.

- **no ha quedado probado que se hayan modificado esencialmente las circunstancias** tenidas en cuenta cuando se adoptaron, de común acuerdo en el convenio regulador aprobado por las sentencias de divorcio
- **no consta suficientemente acreditado** que dicho convenio se hubiera suscrito de manera viciada, es decir, con vicio del consentimiento causado por las amenazas y las vejaciones realizadas por su ex cónyuge..
- **es cierto que tras la sentencia de divorcio** el ex marido ha sido condenado por un delito leve de vejaciones. Pero no es menos cierto que la levedad del delito y el que se haya producido ya el cumplimiento íntegro de la condena (son circunstancias que hacen ya inaplicable lo previsto en el art. 92.7 C.C.
- **Las evidentes tensiones y los malos modos existentes entre los progenitores,** y no justifican por sí solas que se deje sin efecto la medida de custodia compartida

**Cabecera:** Guarda y custodia compartida o conjunta. Regimen de visitas comunicacion y estancia. Vicio en el consentimiento

Compartimos que no consta suficientemente acreditado que dicho convenio se hubiera suscrito de manera viciada, es decir, con **vicio del consentimiento** causado por las amenazas y las vejaciones realizadas por su ex cónyuge.

De haber sido así, la apelante siempre podría haber promovido un proceso declarativo para que se declarase tal **vicio del consentimiento** y la consiguiente nulidad del convenio.

Las evidentes tensiones y los malos modos existentes entre los progenitores, de la que son prueba los wasaps y demás comunicaciones aportadas a los autos, ya sobre las entregas y recogidas del menor, ya sobre la venta de la vivienda familiar, ya sobre otras cuestiones personales no rebasan las no por habituales menos desafortunadas tensiones y desafectos entre las parejas divorciadas y no justifican por si solas que se deje sin efecto la medida de **custodia compartida** acordada en su día, máxime cuando, conforme a reiterada jurisprudencia, que por conocida no precisa cita, la **custodia compartida** ha de

By Jaime Sanz

ser el régimen normalmente aplicable porque es el que, de ordinario, mejor garantiza el desarrollo de los hijos, y cuando el informe psicosocial obrante en autos se ha pronunciado también en favor de dicho régimen como el más adecuado para el menor.

PROCESAL: Modificación de medida cautelar. Aclaración y rectificación de error

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#)

**Origen:** Audiencia Provincial de Valladolid

**Fecha:** 30/12/2020

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 451/2020

**Número Recurso:** 63/2020

**Numroj:** SAP VA 1722/2020

**Ecli:** ES:APVA:2020:1722

**ENCABEZAMIENTO:**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00451/2020

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MPD

N.I.G. 47186 42 1 2015 0016939

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000063 /2020

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

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO  
CONTENCIOSO 0000127 /2019

Recurrente: Alfonso , Aurelia

Procurador: JOSUE GUTIERREZ DE LA FUENTE, NURIA MARIA CALVO BOIZAS

Abogado: EVA MARÍA ALONSO INFESTAS, MARIA ANGELES PEREZ SANCHEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA núm. 451/2020

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D<sup>a</sup> EMMA GALCERÁN SOLSONA

En VALLADOLID, a treinta 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 MODIFICACIÓN DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO núm. 127/2019 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia e

Instrucción núm. 1 de DIRECCION000 (VA), seguido entre partes, de una, como DEMANDANTE/APELANTE-

APELADA, D<sup>a</sup> Aurelia , representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Nuria M<sup>a</sup> Calvo Boizas y defendida por la Letrada

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Ángeles Pérez Sánchez; y de otra, como DEMANDADA/APELANTE-APELADA, D. Alfonso , representado

por el Procurador D. Josué Gutiérrez de la Fuente y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Eva M<sup>a</sup> Alonso Infestas; con la

intervención del 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 18/10/2019, se dictó sentencia, aclarada por auto de fecha 23/10/2019, cuyo fallo y parte dispositiva, respectivamente, dicen así: "DESESTIMO la demanda sobre modificación de medidas solicitada por el/la

By Jaime Sanz

Procurador/a Sr/a. CALVO BOIZAS en nombre y representación de DÑA. Aurelia , frente a D. Alfonso representada por el/la Procurador/a Sr/a.

GUTIÉRREZ DE LA FUENTE, y absuelvo al demandado de los pedimentos formulados en su contra. Estimando la petición del Ministerio Fiscal se **acuerda adaptar las entregas/devoluciones del menor por el padre a su horario de trabajo** y por tanto a partir de las 22 horas en los supuestos en que esté en turno de tarde.

No se hace especial pronunciamiento en materia de costas." La PARTE DISPOSITIVA del auto de aclaración dice: "ACUERDO: Estimar la petición formulada por la procuradora Sra. Calvo Boizas, en la representación que tiene acreditada, de aclarar el nombre de la letrada de la parte actora, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica: Donde dice: Abogado: Dña. Flora Debe decir: Abogado: Dña. Frida ."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por las representaciones procesales de ambas partes, se interpusieron sendos recurso de apelación, dentro del término legal, alegando lo que estimaron oportuno.

Por ambas partes y por el Ministerio Fiscal, se presentaron escritos de oposición a los recursos presentados de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 01/09/2020, en el que tuvo lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente, el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA.

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

##### **PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.**

Por las respectivas representaciones procesales de Alfonso y de Aurelia se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 18-10-2019, aclarada por auto de 23-10-2019, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de DIRECCION000 por la que se desestima la demanda de modificación de medidas instada por Aurelia .

En síntesis, la **representación de Aurelia apela** la sentencia por entender, en contra de lo que se sostiene en la misma, que sí se han modificado sustancialmente las circunstancias que se contemplaron al firmar el convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio de los cónyuges, convenio que ya nació viciado por las presiones y amenazas por parte de su ex marido, **porque** este último ha sido condenado por un delito de violencia de género, **porque** tal violencia se ha seguido produciendo posteriormente mediante insultos y amenazas y **porque** su ex marido no se ocupa adecuadamente del hijo menor.

En síntesis, **la representación de Alfonso** recurre la sentencia solo en cuanto al pronunciamiento que fija la entrega y recogida del hijo menor a las 22:00 horas y en cuanto no se ha determinado que los gastos de desplazamiento se dividan al 50% entre ambos progenitores.

Ambas partes se oponen al recurso de apelación formulado de contrario e interesan en los puntos no apelados por ellos la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

El **MINISTERIO FISCAL se opone a los dos recursos** de apelación formulados e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, si bien ajustando los horarios de recogida y entrega del menor.

## SEGUNDO.- SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN DE Aurelia

El recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Aurelia no puede ser estimado por este Tribunal de Apelación.

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).

Así las cosas, acontece de lo que consta actuado en el procedimiento que nos ocupa que la aplicación al supuesto enjuiciado del anterior criterio jurisprudencial sobre valoración de prueba ha de llevar necesariamente a este Tribunal de Apelación a la misma conclusión que la obtenida por la Juez de Instancia, cuyos acertados razonamientos expresamente se aceptan, asumen y hacen enteramente propios, dándoles íntegramente por reproducidos al objeto de evitar innecesarias repeticiones, ya que lejos de incurrir el juzgadora "a quo" en error de valoración o interpretación probatoria, se lleva a cabo en la resolución recurrida un más que detallado y suficiente examen de la cuestión objeto de controversia que llevan a dicha Juzgadora a una conclusión que este Tribunal comparte plenamente, sin que pese al esfuerzo argumental del recurso puedan servir los alegatos de la parte apelante al pretendido efecto de sustituir el imparcial, lógico, recto y objetivo criterio de la Juez de Instancia por los muy legítimos pero subjetivos, parciales e interesados de la parte aquí apelante.

En todo caso, y al solo objeto de dar una más cumplida contestación a los términos del recurso de apelación que ha sido interpuesto debe señalarse, a mayor abundamiento de lo que de manera detallada y pormenorizada se explicita en la resolución recurrida, que no puede apreciarse por este Tribunal que incurra la Juzgadora de Instancia en infracción legal alguna que justifique la pretendida revocación de la decisión que ha sido adoptada en la resolución que se impugna, dado que de lo actuado, probado y obrante en autos se constata una más que suficiente justificación probatoria que corrobora la decisión adoptada en la resolución recurrida.

En particular, este Tribunal de apelación comparte el acertado criterio de la Juez de instancia en el sentido de que **no ha quedado probado que se hayan modificado esencialmente las circunstancias** tenidas en cuenta cuando se adoptaron, de común

By Jaime Sanz

acuerdo en el convenio regulador aprobado por las sentencias de divorcio, las medidas que debían regir las relaciones entre los ex cónyuges y con su hijo común.

En concreto, compartimos que **no consta suficientemente acreditado** que dicho convenio se hubiera suscrito de manera viciada, es decir, con vicio del consentimiento causado por las amenazas y las vejaciones realizadas por su ex cónyuge. En cualquier caso, de haber sido así, la apelante siempre podría haber promovido - y no lo hizo - un proceso declarativo para que se declarase tal vicio del consentimiento y la consiguiente nulidad del convenio.

Por otro lado, **es cierto que tras la sentencia de divorcio** el ex marido ha sido condenado por un delito leve de vejaciones. Pero no es menos cierto que **la levedad del delito** y el que se haya producido ya el **cumplimiento íntegro** de la condena (por más que ello se haya verificado mientras se discutía sobre la competencia del Tribunal que habría de conocer de la modificación de medidas) son circunstancias que hacen ya **inaplicable lo previsto en el art. 92.7 C.C.**

Las **evidentes tensiones y los malos modos existentes entre los progenitores**, de la que son prueba los wasaps y demás comunicaciones aportadas a los autos, ya sobre las entregas y recogidas del menor, ya sobre la venta de la vivienda familiar, ya sobre otras cuestiones personales no rebasan las no por habituales menos desafortunadas tensiones y desafectos entre las parejas divorciadas y no justifican por sí solas que se deje sin efecto la medida de custodia compartida acordada en su día, máxime cuando, conforme a reiterada jurisprudencia, que por conocida no precisa cita, la custodia compartida ha de ser el régimen normalmente aplicable porque es el que, de ordinario, mejor garantiza el desarrollo de los hijos, y cuando el informe psicosocial obrante en autos se ha pronunciado también en favor de dicho régimen como el más adecuado para el menor.

A todo ello **debemos unir nosotros ahora que, para modificar un régimen de custodia ya establecido**, ha de demostrarse cumplidamente que el mismo está siendo perjudicial o menos beneficioso para el interés de menor, de modo que tal modificación no responda al mero deseo, conveniencia o comodidad del progenitor que lo solicita. Y tal prueba no se ha producido en autos.

Desestimada la petición de custodia compartida, decaen también las peticiones ligadas a ella relativas al régimen de visitas y a la pensión alimenticia.

TERCERO.- SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN DE Alfonso .

El recurso de apelación interpuesto por Alfonso **debe ser también desestimado.**

Establecido en la sentencia una modificación del horario de entrega y recogida para fijarlo a partir de las 22:00 frente a las 21:30 del convenio, ya no tiene sentido la petición del recurrente de compartir los gastos de los desplazamientos a efectos de las entregas y recogidas, pues cada parte debe hacerse cargo de los suyos en la forma en que, de facto, se han venido produciendo los mismos cuando también la madre rotaba a turno de tarde.

En cualquier caso, a la vista de que gran parte de las tensiones entre los progenitores se producen por los horarios de recogida y entrega del menor y el horario laboral del padre

By Jaime Sanz

cuando tiene turno de tarde en que sale del trabajo a las 22:00, en aras de minimizar nuevos conflictos, y toda vez que la expresión " **a partir de las 22:00 h**", puede dar lugar a interpretaciones laxas y a entregas y recogidas muy tardías, procede precisar que las entregas y recogidas **deberán verificarse a las 22:30 horas**.

#### CUARTO.- COSTAS.

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., procede condenar en costas a los apelantes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLO:**

Que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por las respectivas representaciones procesales de Alfonso y de Aurelia contra la sentencia dictada en fecha 18-10-2019, aclarada por auto de 23-10-2019, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de DIRECCION000 , debemos confirmar y confirmamos la expresada sentencia en todos sus pronunciamientos, precisando que la entrega y recogida del hijo menor deberá realizarse a las 22:30 horas, con expresa imposición de las costas de esta alzada a ambas partes apelantes por razón de sus respectivos recursos.

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. 15ª 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.