

Resumen.

Progenitores con sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, por el que la madre tiene atribuido el uso de la casa privativa del padre y la custodia exclusiva del hijo.

Padre solicita el cambio de custodia exclusiva a compartida, alegando el cambio del horario laboral.

El informe psicosocial recomienda el cambio de custodia exclusiva a compartida

Juzgado de primera instancia 13(juez sustituta) deniega el cambio alegando que el Informe antes citado, expresamente recoge como la actitud de los abuelos paternos, fundamentalmente de la abuela, quienes en ocasiones descalifican a su madre,

La Audiencia provincial confirma la sentencia de 1 instancia en base a:

- En el informe del equipo psicosocial se detecta también que no cumple con su deber de respeto mutuo, tenido en cuenta por la doctrina jurisprudencial como uno de los factores para averiguar el interés superior del menor, pues informan las integrantes del equipo que la abuela patera con la que convive el apelante descalifica a la madre según manifiesta esta y también el niño verbaliza esas descalificaciones
- No se prueba que el vigente sea perjudicial para el menor
- Tampoco presenta una plan de parentalidad ni un proyecto claro sobre como se va a desarrollar la custodia compartida al margen de un simple reparto de tiempos tal como exige la doctrina jurisprudencial

Jurisdicción: Civil

Ponente: [Francisco Salinero Román](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 01/12/2020

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 416/2020

Número Recurso: 274/2020

Numroj: SAP VA 1680/2020

Ecli: ES:APVA:2020:1680

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00416/2020

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGR

N.I.G. 47186 42 1 2016 0004290

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000274 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000971 /2018

Recurrente: Luis Pablo

Procurador: IÑIGO RAFAEL LLANOS GONZALEZ

Abogado: JAIME SANZ FERNÁNDEZ-SOTO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Adolfina

Procurador: , MARIA ARANZAZU MUÑOZ RODRIGUEZ

Abogado: , LUIS COLAS RUIZ DE AZAGRA

S E N T E N C I A Nº 416/2020

Ilmos Magistrados Sres.:

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL

Dª EMMA GALCERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a uno de diciembre de dos mil veinte

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos

de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000971 /2018,
procedentes del JDO. PRIMERA

INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN)

0000274 /2020, en los que aparece como parte DEMANDANTE-APELANTE: Luis Pablo , representado por el

Procurador de los tribunales, Sr. IÑIGO RAFAEL LLANOS GONZALEZ, asistido por el Abogado D. JAIME SANZ

FERNÁNDEZ-SOTO, y como parte DEMANDADA-APELADA: Adolfina , representado por el Procurador de los

tribunales, Sra. M^a ARANZAZU MUÑOZ RODRIGUEZ, asistido por el Abogado D. LUIS COLAS RUIZ DE AZAGRA,

con intervención como Apelado del Ministerio Fiscal; sobre modificación medidas definitivas.

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 2-03-2020, se dictó sentencia y con fecha 11-05-2020 auto denegatorio de aclaración cuyo fallo dice así: "ESTIMAR PARCIALMENTE la última de las peticiones subsidiarias de la demanda formulada por la representación procesal de DON Casiano frente a DOÑA Adolfinia interesando la modificación de las medidas acordadas en sentencia firme de 4 de julio de 2016, en el procedimiento de Divorcio de Mutuo Acuerdo nº 487/16, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 13, y, en consecuencia, acordar que aquellas sólo se verán modificadas en: 1º. Que el padre podrá estar en compañía de su hijo, las semanas que aquel no trabaje de tarde, los martes y jueves desde la salida del colegio del niño hasta su reintegro en el centro escolar el siguiente día lectivo, salvo que siendo festivo el viernes o un jueves y viernes consecutivos y se trate de un fin de semana en que el menor deba estar en compañía de la madre, en cuyo caso esa semana sólo existirá la visita intersemanal el martes. Igualmente si un lunes, o un lunes y martes consecutivos, son festivos conforme al calendario escolar y corresponde al padre estar en compañía de su hijo el fin de semana anterior, también el lunes o el lunes y martes estará el menor en compañía de su padre.

2º. La libre comunicación del hijo con aquel progenitor con quien no se encuentre, a diario, entre las 17.00 y 20.00 horas.

3º. El día 6 de enero el menor disfrutará de la compañía del cónyuge al que no le corresponda la segunda parte de las vacaciones desde las 13.00 hasta las 19.00 horas, debiendo ir a recogerlo y devolverlo en el domicilio del otro progenitor.

Manteniéndose en lo demás lo ya convenido entre las partes en sentencia de divorcio. Sin costas." PARTE DISPOSITIVA DEL AUTO DENEGATORIO DE ACLARACIÓN: "NO HA LUGAR A ACLARAR O COMPLEMENTAR la sentencia 86/2020 dictada en las presentes actuaciones."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación de D. Luis Pablo se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso y el Ministerio Fiscal ha presentado escrito de impugnación de la sentencia dando traslado de la impugnación de la sentencia al apelante principal, oponiéndose a la impugnación referida. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24/11/2020, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Con su recurso insiste la parte apelante en que se establezca el régimen de custodia compartida con las demás consecuencias asociadas de que se le atribuya

el uso de la vivienda familiar que es privativa y no se establezca pensión alimenticia ninguna.

Sus pretensiones de **modificación respecto a la sentencia de divorcio tramitado en su día de mutuo acuerdo con la redacción y ratificación del correspondiente convenio** regulador se sustentaban esencialmente en que su horario laboral había cambiado de manera que todas las tardes las tiene libres al haber cambiado el turno de rotación laboral y que la esposa, que no trabajaba al tiempo del divorcio, ahora lo hacía en jornadas de 9 a 13 y que por su horario laboral precisaba de la ayuda de sus padres que vivían con ella en la que fue vivienda familiar.

Lo único cierto de los hechos de la demanda es el cambio de sus horarios laborales pues la esposa solo trabajaba como limpiadora en una empresa de 6 a 8,15 horas lo que le permitía llevar al niño al colegio aunque puntualmente precisase de la ayuda de su padre que tiene un domicilio distinto sin que le prestase ningún ayuda su madre que había fallecido en el año 2015.

Su **cambio de horarios laborales no justifica el cambio de custodia exclusiva** pues no han variado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para establecer de mutuo acuerdo las medidas del divorcio. **No se ha demostrado** que la madre tenga un trabajo de 9 a 13 horas sino solo de 2 horas y cuarto en horas tempranas que no le impiden ocuparse del menor para cubrir sus actividades escolares y ordinarias. En el momento de ser entrevistados por el equipo psicosocial la madre se encontraba en situación de desempleo. El único apoyo para que se adopte el régimen de custodia compartida son las conclusiones del equipo psicosocial. Pero como ha dicho esta Sala reiteradamente siguiendo doctrina jurisprudencial se trata de una pericia a valorar por el Juzgador sin que presente un carácter vinculante. Es cierta también la doctrina jurisprudencial de que el régimen de custodia compartida es el normal y ordinario y el deseable pero eso no es lo determinante para acordarlo porque lo que ha de primar en el Juez, máxime cuando se trata de modificar un régimen de guarda anterior, es la valoración por el Jugador de con qué régimen de guarda se protege mejor el interés superior del menor. **Nada impidió al apelante haber solicitado ese régimen de guarda al tiempo del divorcio** aunque su trabajo fuese de rotación por turnos porque podía ocuparse de los menores por las mañanas o por las tardes según el turno que le correspondiese y respecto al turno de noche podía contar con el apoyo de sus padres con los que dice convivir. **En el informe del equipo psicosocial** se detecta también que no cumple con su deber de respeto mutuo, tenido en cuenta por la doctrina jurisprudencial como uno de los factores para averiguar el interés superior del menor, **pues informan las integrantes del equipo** que la abuela paterna con la que convive el apelante descalifica a la madre según manifiesta esta y también **el niño verbaliza esas descalificaciones** por parte de los abuelos paternos, especialmente la abuela, que el padre no debe tolerar pues uno de sus deberes es dejar a los menores al margen de sus disputas personales debiendo promover una imagen positiva del otro sin destruirla ni deteriorarla para no que se vea afectado el vínculo afectivo del menor con su madre. Tampoco presenta un plan de parentalidad ni un proyecto claro sobre como se va a desarrollar la custodia compartida al margen de un simple reparto de tiempos tal como exige la doctrina jurisprudencial (por todas las sentencias de 23 de mayo o de 30 de octubre de 2018).

No se entienden por la Sala las conclusiones del equipo técnico recomendando el régimen de custodia compartida cuando exponen que los progenitores deberían aprender a deslindar sus problemas como adultos de su relación afectiva para con el menor. No se detecta en la entrevista que la madre tenga comportamientos descalificadores del padre como sí se aprecia respecto a la conducta de los abuelos paternos. El padre en la entrevista manifestó que el régimen

de visitas se ha efectuado con normalidad no apreciándose ninguna dificultad en su cumplimiento de manera que la relación con el niño la define en términos muy positivos. En consecuencia nada debe reprocharse a la Juzgadora cuando decide no modificar el régimen de guarda porque **no se prueba que el vigente sea perjudicial para el menor máxime** cuando para favorecer más la relación y contacto paterno filial ha estimado la pretensión subsidiaria del actor-apelante de ampliar el régimen de visitas a dos días intersemanales con pernocta y acumulando determinados días festivos al fin de semana que le corresponda estar con el menor.

Las razones expuestas sirven para rechazar la impugnación del Ministerio Fiscal al solicitar la custodia compartida que debió instar por vía de recurso y no de impugnación pues en ese particular coincide con el apelante y está en desacuerdo con la sentencia que mantiene el régimen de custodia exclusiva.

SEGUNDO. En cuanto con el recurso, junto con otras materias, se plantea la cuestión relativa al régimen de guarda y de visitas del menor, aunque se rechaza el recurso no cabe hacer expresa imposición de las costas de esta alzada, según criterio constante de esta Sala (por todas la sentencia de veinticinco de Junio de dos mil nueve), puesto que las cuestiones que planteaba ofrecían serias dudas fácticas que de ordinario se presentan en casos similares al analizado por la habitual incertidumbre de la mejor decisión a tomar con la finalidad de facilitar la idoneidad de los contactos entre los hijos y sus progenitores, y justifican tal decisión en aplicación del art. 398. 1 en relación con el art. 394. 1 de la L.E.Civil .

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

FALLO:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto a nombre de Don Luis Pablo y la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid en fecha 2 de marzo de 2020, en los autos a que se refiere este rollo, debemos confirmar y confirmamos la aludida resolución sin hacer imposición de las costas de esta alzada. 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.