

Resumen. Procedimiento de modificación de medidas con sentencia de divorcio 4 meses antes de instar la demanda de modificación de medidas por la que se denegó la custodia compartida por la falta de idoneidad de su vivienda paladinamente reconocida por el propio progenitor.

Ahora el padre insta demanda de modificación de medidas alegando que tiene una casa que es idónea, pero sin aportar documentación alguna que acredite tales hechos y la Ap de Valladolid dice que

*"Pero precisamente por tal motivo (también por el de facilidad probatoria ex art. 217.7 LEC) el actor **tiene la carga de probar** que su nueva vivienda sí reúne las condiciones debidas para acoger a su hija. Y tal prueba, en contra de lo que sostiene la parte, **no puede darse por cumplida** con la mera manifestación del padre, pues las declaraciones de las partes solo hacen prueba en aquello que les perjudica, conforme al art. 316.1 LEC."*

Adamas indica que la sentencia de divorcio se estableció en medidas provisionales la custodia compartida y , el funcionamiento del sistema se había revelado disfuncional como así lo manifestó la hija mayor y lo reconoció el propio apelante al equipo psicosocial cuando relató que el sistema de guarda compartida no era bueno para las niñas.

Y la audiencia recrimina al abogado del padre que no haya solicitado nueva prueba

En cuanto a la petición de custodia compartida, ninguna nueva prueba ha articulado el apelante, significadamente nuevo informe psicosocial o la audiencia de la hija menor, que justifique la modificación del pronunciamiento adoptado por la sentencia de este misma Sala de 27-11-2017, aclarada por auto de 22-1-2018, de atribución de la custodia exclusiva a la madre

Cronología

Procedimiento divorcio

- Sentencia fecha 11 de marzo de 2016 en los autos DCT 791/2015,
- Sentencia ap de fecha 27 de noviembre de 2017

Procedimiento modificación medidas

- 28-10-2019 se formula recurso de apelación ante la sentencia de 1 instancia

En el 1 juicio de divorcio se denegó la custodia compartida por:

- la **falta de idoneidad** de su vivienda paladinamente reconocida por el propio progenitor.
- informe del equipo psicosocial más beneficioso para las hijas menores la custodia de las hijas menores a la madre
- El funcionamiento del **sistema de custodia compartida durante concedida en el auto de medidas provisionales** se había revelado disfuncional como así lo manifestó la hija mayor y lo reconoció el propio apelante al equipo psicosocial cuando relató que el sistema de guarda compartida no era bueno para las niñas.
-

Cabecera: Guarda y custodia compartida o conjunta. Reduccion de la cuantia de la pension alimenticia. Divorcio

Infringe lo dispuesto en el artículo 92 codigo civil alno haberse concedido la **custodia compartida**.

La apelada no ha experimentado la mejoría económica alguna con respecto a la situación anterior contemplada en la sentencia de **divorcio**.

Respecto de la situación económica del apelante, se reiteran en el recurso de apelacion los mismos argumentos sobre gastos e ingresos ya expuestos en el proceso de divorcio anterior en lo que mas bien parece un intento de rebatir con su escrito lo establecido en la sentencia de **divorcio** a modo de una tercera instancia sobre la misma cuestión.

PROCESAL: Modificacion de medida cautelar. Temeridad procesal. Desviacion procesal

Jurisdicción: Civil

Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 22/12/2020

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 441/2020

Número Recurso: 16/2020

Numroj: SAP VA 1700/2020

Ecli: ES:APVA:2020:1700

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00441/2020

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MHM

N.I.G. 47186 42 1 2015 0010534

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000016 /2020

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

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000499 /2018

Recurrente: Hilario

Procurador: OSCAR JUAN ABRIL VEGA

Abogado: CARMEN CASTRO MANZANARES

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Beatriz

Procurador: , FERNANDO RUIZ LOPEZ

Abogado: , HORACIO PARRILLA LEOZ

S E N T E N C I A Nº 441/2020

Ilmos. Magistrados Sres.:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL

En VALLADOLID, a veintidós de diciembre de dos mil veinte

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1, de la Audiencia Provincial de
VALLADOLID, los Autos

de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 499 /2018, procedentes
del JDO. PRIMERA

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

(LECN)16 /2020, en los que aparece como parte DEMANDANTE-APELANTE, D. Hilario
, representado por el Procurador, Sr. OSCAR JUAN ABRIL VEGA, asistido por la
Abogado D^a. CARMEN CASTRO MANZANARES, y como parte DEMANDADA-APELADA,
D^a. Beatriz , representada por el Procurador, Sr. FERNANDO RUIZ LOPEZ, asistido por
el Abogado D. HORACIO PARRILLA LEOZ, y como parte APELADA el MINISTERIO
FISCAL, sobre

MODIFICACION DE 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, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Desestimo la
demanda formulada por Don Hilario frente a Doña Beatriz , interesando que se
modificara la sentencia nº nº 411/2017 de fecha 27 de noviembre de 2017 dictada
en el R.A. 282/2016 por la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid que revocó

parcialmente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid en fecha 11 de marzo de 2016 en los autos DCT 791/2015, que se mantiene en su integridad.

Se impone a la parte actora el pago de las costas."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación de D. Hilario , 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. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 7 de julio de los corrientes, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

Por la representación procesal de Hilario se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 28-10-2019 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid que desestima la demanda de modificación de medidas formulada por el hoy apelante, por entender que el actor no ha probado que se hayan modificado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para la adopción de medidas en la previa sentencia de divorcio.

En síntesis, la parte apelante apela la sentencia por entender que.

1. Infringe lo dispuesto en el art. 92 C.C. al no haberse concedido la custodia compartida.

2. Incurrir en error en la valoración de la prueba respecto de la mejora sustancial de la situación económica de la demandada y de los reales ingresos del demandante y en infracción, e infringe los arts. 145 y demás concordantes del C.C. pues ante tales situaciones económicas la pensión de alimentos que abona el actor debería haberse reducido.

La parte apelada se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, añadiendo, en síntesis, que: 1. Desde que se dictó la sentencia firme en el proceso de divorcio por este mismo Tribunal de apelación hasta la demanda rectora de los presentes autos han pasado solo cuatro meses en los que ninguna modificación sustancial de circunstancias se ha probado que justifique una modificación del régimen de custodia acordado en su día.

2. La apelada no ha experimentado la mejoría económica alguna con respecto a la situación anterior contemplada en la sentencia de divorcio.

3. Respecto de la situación económica del apelante, se reiteran en el recurso de apelación los mismos argumentos sobre gastos e ingresos ya expuestos en el proceso de divorcio anterior en lo que más bien parece un intento de rebatir con su escrito lo establecido en la sentencia de divorcio a modo de una tercera instancia sobre la misma cuestión.

El MINISTERIO FISCAL se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

Debemos adelantar ya que la sentencia apelada va a ser confirmada por sus propios y acertados argumentos en los que seguidamente vamos a redundar.

SEGUNDO.-SOBRE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CIRCUNSTANCIAS Y SU PRUEBA.

Conforme a los arts. 775 LEC y 91 C.C. la modificación de las medidas familiares exigen un cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción. Y **la prueba de dicha modificación sustancial** corresponde al demandante que la alega.

En el caso de litis resulta sorprendente que habiendo transcurrido solo cuatro meses desde que se dictó la sentencia de divorcio se formule una demanda de modificación de medidas con un bagaje probatorio tan escaso como el que exhibe la demanda.

En cuanto a la petición de custodia compartida, **ninguna nueva prueba ha articulado** el apelante, significadamente nuevo informe psicosocial o la audiencia de la hija menor, que justifique la modificación del pronunciamiento adoptado por la sentencia de este misma Sala de 27-11-2017, aclarada por auto de 22-1-2018, de atribución de la custodia exclusiva a la madre. El apelante sostiene la discutible tesis de que como su actual vivienda es idónea para acoger a su hija menor procede la custodia compartida en interés de la misma, como si la falta de una vivienda idónea hubiera sido la única razón por la que la sentencia de divorcio denegó en su día la custodia compartida.

Es cierto que tanto la sentencia de primera instancia como la dictada en apelación, que revocó parcialmente la de primera instancia en extremos que ahora no interesan, **tuvo en cuenta para denegar la custodia compartida** la falta de idoneidad de su vivienda paladinamente reconocida por el propio progenitor.

Pero precisamente por tal motivo (también por el de facilidad probatoria ex art. 217.7 LEC) el actor **tiene la carga de probar** que su nueva vivienda sí reúne las condiciones debidas para acoger a su hija. Y tal prueba, en contra de lo que sostiene la parte, no puede darse por cumplida con la mera manifestación del padre, pues las declaraciones de las partes solo hacen prueba en aquello que les perjudica, conforme al art. 316.1 LEC.

Pero es que, a mayor abundamiento, **la denegación de la custodia compartida**, incluida en su versión de la "casa nido" se produjo por otras razones a las que el apelante no hace referencia y que no se han desvirtuado por prueba alguna. Así, la sentencia dictada por esta Sala fundaba la denegación del sistema de "casa nido" en particular por las **malas relaciones de los cónyuges** y las distorsiones que plantea la tenencia de usos y bienes comunes en dicha situación.

Y de la custodia compartida en general en el informe del equipo psicosocial, que se inclinaba, como más beneficioso para las hijas menores y más conforme a las circunstancias del grupo familiar litigante, por la atribución a la madre de la custodia de las hijas menores.

También razonaba la sentencia que, aunque en el auto de medidas provisionales se acordó el régimen de guarda compartida, el funcionamiento del sistema se había revelado disfuncional como así lo manifestó la hija mayor y lo reconoció el propio

apelante al equipo psicosocial cuando relató que el sistema de guarda compartida no era bueno para las niñas.

Finalmente, **la sentencia de apelación** recordaba entre los criterios manejados por el Tribunal Supremo para denegar la custodia compartida el de las relaciones anteriores de los progenitores con el menor o los deseos expresados por los propios menores. **Y concluía en el presente caso que las relaciones anteriores de los progenitores** con las menores lo que revelan es que, por acuerdo de los dos, del cuidado y atención inmediata de las niñas se ocupaba la madre pues era la que tenía más tiempo libre para hacerlo por las peculiaridades y horarios del padre, taxista de profesión, con jornadas extensas de trabajo de hasta 12 horas diarias, con lo que las posibilidades de ocuparse intensamente (esto es, completamos ahora, de una forma continuada y constante propia de la custodia compartida) de las menores se reducen notablemente y sus horarios son menos compatibles con la rutina y hábitos ordinarios de unas niñas escolarizadas.

En cuanto a la pretensión de reducción de la pensión alimenticia, el apelante tampoco ha articulado prueba alguna que acredite que haya cambiado sustancialmente la situación económica de ambos cónyuges. Desde luego, habiendo transcurrido solo cuatro meses desde que se dictó la sentencia de divorcio hasta que se ha formulado la demanda, solo acontecimientos de gran relevancia y, por lo mismo, seguramente de fácil prueba podrían justificar una modificación de la pensión alimenticia ya establecida.

El actor no invocó en su demanda la mejora de la situación económica de la demandada.

Esta cuestión surge con motivo del interrogatorio de la demandada y cuando dicha parte no puede ya articular prueba alguna en contrario más que las propias explicaciones dadas por la interrogada acerca del sueldo que percibe (450 €/mes), pero también acerca del carácter temporal del trabajo de media jornada que desempeñaba en aquel momento (limpieza de una casa particular) en sustitución por enfermedad de otra trabajadora que iba a incorporar en breve. En consecuencia, **la incorporación de tal cuestión en el trámite de conclusiones debió vetarse por constituir** una mutatio libelli prohibida por el art. 412 LEC, y su incorporación al recurso de apelación constituye ahora una cuestión nueva que debe ser rechazada de conformidad con el art. 456.1 LEC. En cualquier caso, a efectos puramente dialécticos, aún si se entendiese que dicha cuestión sí puede introducirse en el presente debate, no habiendo existido la posibilidad de formular contraprueba por la parte demandada, habrá que estar in totum a la declaración de la demandada sobre el particular, y con ello, no solo al reconocimiento de que cobra 450 € al mes, sino también al carácter temporal de su trabajo y por ende de su sueldo y a su inminente desaparición. Teniendo este carácter temporal en cuenta, tampoco sería procedente la modificación de medidas, pues tal modificación de circunstancias debe ser no sólo esencial y no esporádica o transitoria, como ocurre en el caso analizado.

Finalmente, en cuanto a la situación económica del apelante, la parte apelante intenta en realidad crear una tercera instancia en la que combatir lo ya resuelto por esta Sala en sentencia firme, en un uso desafortunado de la posibilidad que otorga el art. 91 C.C. de modificar las medidas familiares establecidas en las sentencias de nulidad, separación y divorcio. El argumentario y la prueba aportada por la parte apelante es sustancialmente idéntica a la que ya hizo valer en el previo juicio de divorcio, argumentario que fue expresamente desestimado.

No hay, pues, prueba de la modificación sustancial de las condiciones económicas del actor y hoy apelante en una sentencia firme dictada sólo cuatro meses antes de la formulación de la demanda rectora de los presentes autos.

El recurso de apelación debe ser, pues, desestimado.

TERCERO.-COSTAS.

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., procede condenar en costas al apelante por temeridad procesal. Constituye una verdadera temeridad procesal afrontar una demanda de modificación de medidas cuando solo han transcurrido cuatro meses desde que las mismas se adoptaron, sin que hayan ocurrido hechos verdaderamente relevantes que lo justifique y con el pobre, por no decir nulo, bagaje probatorio exhibido.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos concede.

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

FALLO:

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Hilario contra la sentencia dictada en fecha 28-10-2019 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, debemos confirmar y confirmamos la expresada sentencia en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante por temeridad procesal.

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.