

**DENEGACIÓN MODIFICACIÓN DE MEDIDAS CAMBIO DE GUARDA CUSTODIA EXCLUSIVA A COMPARTIDA. COMO SOLICITAR LA PRUEBA DENEGADA EN 1 INSTANCIA ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL. ASISTENCIA TELEMÁTICA DEL MINISTERIO FISCAL. NO SE HA ACREDITADO CAMBIO SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS. ESCASO TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE LA SENTENCIA Y LA DEMANDA DE MODIFICACIÓN. NO ACREDITADO QUE EL CAMBIO RESPONDE AL ITNERES Y BENEFICIO DEL HIJO MENOR.**

En cualquier caso, la denegación de prueba en primera instancia no puede constituir un motivo de apelación desde el momento en que dicha prueba, si fue denegada indebidamente, podrá solicitarse de nuevo en segunda instancia.

**No puede haber nulidad de actuaciones porque la intervención telemática del Ministerio Fiscal en el acto de la vista** está amparada por la Ley 3/2020 de medidas organizativas para hacer frente al COVID y por el Decreto de la Fiscalía General del Estado de 20-10-2020.

**Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid de 24 marzo 2023 Número Sentencia: 106/2023 Número Recurso: 595/2021 Numroj: SAP VA 451/2023 Ecli: ES:APVA:2023:451 Ponente: FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID**

**Jurisdicción:** Civil

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

**Origen:** Audiencia Provincial de Valladolid

**Fecha:** 24/03/2023

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 106/2023

**Número Recurso:** 595/2021

**Numroj:** SAP VA 451/2023

**Ecli:** ES:APVA:2023:451

**ENCABEZAMIENTO:**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00106/2023

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MPD

N.I.G. 47186 42 1 2019 0000815

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000595 /2021

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

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO  
CONTENCIOSO 0000769 /2020

Recurrente: Borja

Procurador: GONZALO FRESNO QUEVEDO

Abogado: ALVARO GIMENO VELA

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Leonor

Procurador: , JOSUE GUTIERREZ DE LA FUENTE

Abogado: , TERESA DE JESUS BARAHONA CORDERO

SENTENCIA nº 106/2023

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D. JOSÉ-RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL

En VALLADOLID, a veinticuatro de marzo de dos mil veintitrés.

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. 769/2020 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid,

seguido entre partes, de una, como DEMANDANTE-APELANTE, D. Borja , representado por el Procurador D. Gonzalo Fresno Quevedo y defendido por el Letrado D. Álvaro Gimeno Vela; y de otra, como DEMANDADA-APELADA, D<sup>a</sup> Leonor , representada por el Procurador D. Josué Gutiérrez de la Fuente y defendida por la Letrada D<sup>a</sup> Teresa de Jesús Barahona Cordero; 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 , se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Desestimo la demanda formulada por Don Borja frente a Doña Leonor , interesando que se modificara la sentencia nº 299/2019 de fecha 11 de julio de 2019 dictada en los autos de guarda, custodia y alimentos nº 47/2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid, aclarada por auto de fecha 17 de julio de 2019, confirmada por la nº 291/2020 de fecha 1 de septiembre de 2020, dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid en el Recurso de Apelación nº 469/19 en consecuencia, se mantiene la misma en su integridad, añadiéndose al régimen de visitas que los fines de semana comenzarán el viernes a la salida del menor del centro escolar hasta el lunes, momento en el que el padre reintegrará al menor al centro escolar, añadiéndose a los fines de semana los días festivos inmediatamente anteriores o posteriores al fin de semana y los puentes escolares. Se condena al actor al pago de las costas procesales."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de la parte demandante se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, alegando lo que estimó oportuno. Por la parte demandada 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 deliberación, votación y fallo del recurso el día 15/07/2021, 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 la representación procesal de Borja se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 15-7-2021 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 769/2020 , que estima la demanda formulada por el hoy recurrente.

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

1. Concorre nulidad de actuaciones por no haber intervenido el Fiscal en la vista.
2. Concorre vulneración de derecho fundamental a la prueba por la inadmisión de pruebas en la primera instancia.

3. Concurren incumplimiento de las reglas sobre la carga de la prueba y error en la valoración de la prueba. La parte apelada se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, añadiendo que el escaso tiempo transcurrido desde la firmeza de la sentencia de guarda y custodia imposibilita una alteración sustancial de las circunstancias, y que el apelante trata únicamente de conseguir las mismas pretensiones que formuló sin éxito en ambas instancias.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos, añadiendo que la intervención telemática del Ministerio Fiscal en el acto de la vista está amparada por la Ley 3/2020 y por el Decreto de la Fiscalía General del Estado de 20-10-2020.

#### SEGUNDO.-SOBRE LA SUPUESTA NULIDAD DE ACTUACIONES Y SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA.

Ambos motivos de apelación deben ser desestimados.

**No puede haber nulidad de actuaciones porque la intervención telemática del Ministerio Fiscal en el acto de la vista** está amparada por la Ley 3/2020 de medidas organizativas para hacer frente al COVID y por el Decreto de la Fiscalía General del Estado de 20-10-2020.

En cuanto a la vulneración del derecho a la prueba por la denegación en primera instancia de ciertos medios de prueba propuestos por la parte actora, es conocida y reiterada la jurisprudencia tanto del TS como del TC que explica que el derecho a la prueba, como manifestación del derecho de defensa, no es un derecho incondicionado, sino que se halla sometido al cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley, entre ellos el de su pertinencia y utilidad.

En cualquier caso, la denegación de prueba en primera instancia no puede constituir un motivo de apelación desde el momento en que dicha prueba, si fue denegada indebidamente, podrá solicitarse de nuevo en segunda instancia.

#### TERCERO.-SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y SOBRE EL SUPUESTO ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Ya nos hicimos eco en nuestro auto de 15-6-2022, resolutorio del recurso de reposición interpuesto por la parte contra el auto de fecha 26-4-2022 denegatorio de la prueba interesada por la misma parte en la segunda instancia, de que la parte pretende convertir el presente procedimiento de modificación de medidas en una tercera instancia del anterior pleito de guarda y custodia (en el que se atribuyó la custodia exclusiva a la madre con pensión alimenticia a cargo del padre) y que quedó resuelto con carácter firme por sentencia de este mismo Tribunal de apelación de 1-9-2020. Y pretende la parte conseguir tal finalidad mediante el expediente de corregir y subsanar las deficiencias (**pruebas denegadas en primera instancia que no se reprodujeron en la segunda instancia**) y

omisiones probatorias (pruebas que, habida cuenta los términos del debate, pudieron haberse interesado y no se solicitaron) que en aquel primer procedimiento se apreciaron.

Así las cosas, como bien razona la Juez de instancia -cuyo razonamiento esta Sala hace propio y da por reproducido en aras de la brevedad- **no ha quedado acreditado un cambio sustancial de circunstancias que** justifique una modificación del régimen de custodia acordado en su día (custodia exclusiva).

Y dado el escaso tiempo transcurrido entre la sentencia firme dictada en el anterior procedimiento de guarda y custodia y la fecha de la demanda rectora de los presentes autos, menos aún ha quedado acreditado que ese supuesto cambio de circunstancias (

- la baja en el cargo de administrador de algunas de las empresas del demandante o el cierre del espacio coworking de Madrid,
- el menor número de viajes durante el año 2020 -en un tiempo de viajes limitados por la pandemia-,
- el supuesto alquiler de una vivienda para residir con su hijo -vivienda que se alquila a una de sus empresas, cuya renta solo consta pagada un mes, y cuyo acondicionamiento tampoco consta debidamente-
- , o la elaboración de una plan de parentalidad que no es sino una respuesta inmediata, pero ya tardía, a la exigencia puesta en su día por esta Sala de apelación al resolver el recurso de apelación en pleito de guarda y custodia

) pueda considerarse un cambio de circunstancias estable o con vocación de permanencia y no un cambio esporádico, transitorio cuando no oportunista.

Finalmente, por lo que se refiere a la supuesta vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba, partiendo de un régimen de custodia exclusiva ya establecido por decisión judicial, al que reclama la modificación de dicho régimen le corresponde acreditar que dicho cambio responde realmente al interés y beneficio del hijo menor.

El recurso de apelación, pues, debe ser desestimado.

#### CUARTO.- COSTAS.

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., procede condenar en costas al apelante. El pequeño ajuste o aclaración sobre el régimen de visitas introducido por la sentencia ni puede determinar una estimación parcial de la demanda, ni justificar la no imposición de las costas.

Por otro lado, no se da la incertidumbre propia de otros casos en los que se decide sobre el régimen de guarda y custodia a que se refiere la sentencia de esta misma Sala invocada por el apelante, porque en el presente caso la parte, como ya se ha explicado, ha vuelto sobre lo mismo, como si de una tercera instancia se tratara, y porque, dado el escaso tiempo entre la sentencia firme y la demanda, no cabe hablar de una verdadera situación de incertidumbre que pueda justificar la no imposición de las costas.

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,

#### FALLO:

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Borja contra la sentencia dictada en fecha 15-7-2021 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 769/2020, debemos confirmar y confirmamos la expresada sentencia en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

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.