

MODIFICACION DE MEDIDAS. CAMBIO DE CUSTODIA COMPARTIDA A CUSTODIA EXCLUSIVA. CADA HIJO CON UN PROGENITOR EN CIUDADES DIFERENTES. HIJO 14 AÑOS EN MADRID, HIJA 12 AÑOS EN VALLADOLID. INFORME PSICOSOCIAL. EXPLORACION DE LOS MENORES. DESEO DE LOS MENORES.

El padre tenía la guarda y custodia compartida de los 2 menores en Valladolid y se pasa a una custodia exclusiva cada uno de un hijo, la madre del hijo de 14 años en Madrid y el padre de la hija de 12 años en Valladolid. Se tiene en cuenta el deseo de los menores y que la hermana pequeña no se opone siempre que se facilite el contacto entre los hermanos

habiendo manifestado el primero de forma rotunda su deseo de que se produjese el cambio de custodia pasando a residir con su madre con la que viene haciéndolo desde la pasada navidad, estando satisfactoriamente escolarizado en Madrid, y que además su hermana Milagros no ha puesto objeción ni inconveniente alguno a que se adoptase esta solución siempre que se facilitase el contacto entre los hermanos

En la edad que alcanzan los menores, cumplidos ya los catorce años de edad Benjamín y los doce Milagros, **debe ser tenida en consideración su opinión en momento** en que han alcanzado ya una notable autonomía funcional, cierta independencia y libertad de criterio suficiente para manifestarse acerca de la forma en que desean que continúe desarrollándose la relación paterno filial con sus progenitores, no resultando de lo actuado que la decisión de Benjamín obedezca a un mero capricho y si como hemos indicado, en el momento actual la actitud de Benjamín es firme en su deseo de convivir con su madre

Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid de 14 octubre 2022 Número Sentencia: 359/2022 Número Recurso: 156/2022 Numroj: SAP VA 1802/2022 Ecli: ES:APVA:2022:1802 Ponente: [JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL](#) Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID

Jurisdicción: Civil

Ponente: [José Ramón Alonso-Mañero Pardal](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 14/10/2022

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 359/2022

Número Recurso: 156/2022

Numroj: SAP VA 1802/2022

Ecli: ES:APVA:2022:1802

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00359/2022

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGR

N.I.G. 47186 42 1 2015 0014664

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000156 /2022

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

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000130 /2021

Recurrente: Benjamín

Procurador: FERNANDO TORIBIOS FUENTES

Abogado: JESUS LOZANO BLANCO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Zaida

Procurador: , JOSUE GUTIERREZ DE LA FUENTE

Abogado: , ROBERTO POZO MANTECÓN

SENTENCIA nº 359/2022

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL

Dª EMMA GALCERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a catorce de octubre de dos mil veintidós.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO núm. 130/21 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELADA D^a Zaida , representada por el Procurador D. JOSUE GUTIERREZ DE LA FUENTE y defendida por el letrado D. ROBERTO POZO MANTECON, y de otra como DEMANDADO-APELANTE D. Benjamín , representado por el Procurador D. FERNANDO TORIBIOS FUENTES y defendido por el letrado D. JESUS LOZANO BLANCO, habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL; sobre modificación de medidas.

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 con fecha 2.11.21, que fue aclarada por autos de 22.11.21 y 14.1.22 cuyo fallo y partes dispositivas dicen así: PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA: "Estimando la petición subsidiaria efectuada en la demanda de Modificación de Medidas promovida por el Procurador Sr. Simó Martínez en nombre y representación de D^a Beatriz frente a D. Melchor , ACUERDO LAS SIGUIENTES MEDIDAS

1.-Sin perjuicio de la titularidad conjunta de la patria potestad sobre los hijos menores de edad, la guarda y custodia del hijo menor se otorga a la madre manteniéndose la guarda y custodia de la hija a favor del padre.

Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del Código Civil. Por tanto, deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los hijos deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto a los hijos tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en el ámbito escolar, o en el sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio del modelo educativo. Se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro. Los padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado.

De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les facilite los informes que cualquiera de los dos solicite. El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de los hijos podrá adoptar decisiones respecto a los mismos sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas

decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con unos menores pueden producirse.

2.-Los fines de semana alternos que los menores disfruten con el progenitor que no conviven se adecuarán para que los hermanos estén juntos, (dos fines de semana al mes).

3º Se mantienen los periodos vacacionales ya fijados pero el verano comprenderá además de los meses de julio y agosto los días no lectivos de junio y setiembre en los que en todos los periodos los hermanos permanecerán juntos. En junio, el periodo vacacional comprenderá desde las 17.30 del día posterior a la finalización del último día del curso escolar hasta el día 1 de julio En setiembre desde las 20,00 horas del día 31 de agosto hasta el día anterior de inicio del curso escolar.

El periodo de junio lo disfrutará el padre que tenga la estancia con los menores la segunda quincena del mes julio y la segunda del mes de agosto y el periodo de setiembre, el que tenga a los menores la primera quincena del mes de julio y la primera del mes de agosto. En los desplazamientos cada padre pagará el viaje de ida y vuelta de la semana alterna que le corresponda tener a su hijo/a en su compañía al igual que los que realicen en periodos vacacionales.

4º.-Cada padre se comunicará con sus hijos todos los días en horario de 18,00 a 21,00 horas por cualquier medio telemático, teniendo el padre obligación de no interferir en las comunicaciones.

5º El progenitor, en concepto de pensión alimenticia de su hijo menor pagará a D^a Zaida la suma de 210 euros mensuales dentro de los cinco días primeros de cada mes en la cuenta que esta designe. Ambas pensiones se actualizarán anualmente conforma el IPC. Se mantiene la pensión de alimentos de la hija menor a pagar por la madre en la cuantía de 100 euros así como el pago de los gastos extraordinarios en el porcentaje establecido en sentencia de Modificación de Medidas de Divorcio dictada por este Juzgado el 22 de octubre de 2018 en el procedimiento 529/2017.

El régimen de guarda y custodia del menor por la madre se iniciará después de las vacaciones de Navidad comenzando el nuevo trimestre en el colegio que la madre ya tiene hecha la reserva.

No se hace especial pronunciamiento sobre costas procesales" DEL AUTO DE ACLARACION DE FECHA 22-11-21 "S.S^a ACUERDA: Rectificar el fundamento tercero y encabezamiento del Fallo así como aclarar/complementar el punto 2 del fallo de la sentencia dictada por este Juzgado en fecha 2 de noviembre de 2021, en el expediente de Modificación de Medidas 130/2021, en el sentido que se especifica en los Fundamentos de esta resolución".

DEL AUTO DE ACLARACION DE FECHA 14-1-22 ACUERDO: Estimar la petición formulada por la representación de Dña. Zaida , de aclarar/complementarla sentencia dictada en el presente procedimiento en fecha 2 de noviembre de 2021 en el sentido que se indica, en relación con la manera de llevarse a cabo las visitas de los menores con cada uno de sus progenitores.

"El primer y tercer fin de semana de mes, el progenitor recogerá al menor en Madrid, en el domicilio de la madre el viernes a las 17,00 horas reintegrándole el domingo a las 21,00 horas en el mismo domicilio.

El segundo y cuarto fin de semana de mes, la progenitora recogerá a la menoren Valladolid, en el domicilio del padre el viernes a las 17,00 horas, reintegrándola el domingo a las 21,00 horas en el mismo domicilio".

Queda sin efecto la redacción original de la sentencia en este punto."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia y autos aclaratorios, por la representación de D.

Benjamín se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria y por el Ministerio Fiscal se presentaron escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes y el Ministerio Fiscal, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 5 de octubre de los corrientes, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. José Ramón Alonso-Mañero Pardal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO-. DELIMITACION DEL OBJETO DEL RECURSO D. **Benjamín interpone recurso de apelación** contra la sentencia que ha sido dictada en el proceso matrimonial que se ha seguido con el número 130/2021 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid sobre Modificación de Medidas Definitivas adoptadas en anterior proceso de divorcio, interesando la revocación del pronunciamiento por el que estimándose la petición subsidiaria de la demanda formulada por la sra. Zaida , se modifica exclusivamente el régimen de guarda y custodia del mayor de los dos hijos menores de edad de los litigantes (Benjamín , que cuenta 14 años de edad en el momento actual), que hasta la fecha venían estando bajo la custodia exclusiva de su padre, atribuyéndosela a la madre desde la pasada navidad, dictándose posteriormente sendos autos de aclaración (22/11/2021 y 14/1/2022), que diseñan definitivamente el régimen de visitas de los dos menores con sus progenitores.

En el recurso interpuesto propugna el apelante un nue

vo pronunciamiento que revoque y deje sin efecto el adoptado en la instancia y que, en su lugar, se mantengan las medidas adoptadas con anterioridad sobre la guarda y custodia de los dos menores atribuida a D. Benjamín (con efectos sobre régimen de visitas, desplazamientos y alimentos).

Se denuncia en el recurso interpuesto infracción de los artículos 91 inciso final, del Código Civil en relación con el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como del principio de no separación de los hermanos menores de edad (artículo 10 Código Civil), y errónea valoración por la Juez de Instancia de la prueba que ha sido practicada en el procedimiento.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso interpuesto y tras considerar factible y adecuado en el supuesto enjuiciado el cambio de guarda y custodia del menor Benjamín , aun suponiendo una separación fáctica de los dos hermanos, interesa la desestimación del recurso y confirmación de la decisión adoptada en la sentencia dictada en la instancia.

SEGUNDO-. SOBRE LA VALORACIÓN PROBATORIA QUE HA SIDO EFECTUADA POR LA JUEZ DE INSTANCIA.

En relación con esta cuestión es sobradamente conocido el reiterado, constante y uniforme criterio de este Tribunal de Apelación conforme al cual la más adecuada solución de los recursos de apelación determina la necesidad de entrar en el examen y valoración de toda

la prueba que obra unida a las actuaciones y haya sido tenida en consideración por el Juzgador 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 sin embargo 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, que aún a pesar de las amplias facultades revisoras de que goza el Tribunal "ad quem" 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 la Juzgadora "a quo" en los errores de valoración o interpretación probatoria que se denuncian por la apelante en su recurso, lleva a cabo en la resolución recurrida un más que detallado y suficiente examen de la compleja 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.

TERCERO-. DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL DE APELACIÓN.

Sobre el cambio adoptado con el menor Benjamín en el régimen de guarda y custodia exclusiva que venía establecido.

Dados los términos alegatorios que sustenta el recurso de apelación con respecto a la principal cuestión controvertida en esta litis, resulta conveniente señalar cómo con la reforma del artículo 90.3 del Código Civil, dada su nueva redacción por la Ley 15/2015 de 2 de julio, incluso al tiempo de la modificación de las medidas anteriormente vigentes no sería necesario ya acreditar cumplidamente la ocurrencia de un cambio sustancial de la situación de hecho preexistente -en lo que sigue insistiendo la redacción del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, sino que bastaría con la adecuada constatación

de la efectiva existencia de nuevas necesidades de los hijos o de cambios en las circunstancias de los anteriormente cónyuges.

En su recurso contra la resolución dictada en la instancia mantiene el apelante la inexistencia de cambio alguno de circunstancias que pudiera justificar la modificación pretendida y conseguida por la sra. Zaida en lo relativo al ejercicio del régimen de guarda y custodia que venía rigiendo las relaciones de ambos progenitores con sus hijos menores de edad y que ha supuesto "de facto" la separación de los hermanos al permanecer

- Milagros (de 12 años de edad en estos momentos) bajo la guarda y custodia exclusiva de su padre en Valladolid,
- pasando Benjamín a estar bajo la guarda y custodia exclusiva de su madre en la residencia de esta en Madrid.

Sin embargo, ha de concluirse que la resolución recurrida merece ser confirmada.

Resuelve la Juzgadora de Instancia en la forma indicada tras tener en consideración no solo la concluyente exploración de ambos menores, sino también el dictamen de los peritos del equipo pericial psicosocial de los Juzgados de Familia que si bien en su informe aconsejaron inicialmente que se mantuviese el régimen de guarda y custodia tal y como venía establecido (y por consiguiente permaneciendo Benjamín bajo la guarda y custodia de su padre en compañía de su hermana Milagros), ante la dudas del menor pese a su manifestada voluntad de irse a vivir con su madre, ya en el acto del juicio y conocida la voluntad manifestada por el menor Benjamín ante la Juez de Instancia y la conformidad de su hermana Milagros a dicha situación siempre que se mantuviera la posibilidad del contacto entre ambos hermanos, explicaron los peritos informantes que el cambio de custodia de Benjamín sería una buena solución dado que el menor en ese momento no estaba bien.

En consecuencia y a tenor de lo indicado, siendo así que en el momento actual Benjamín tiene la edad de 14 años y su hermana Milagros 12 años, habiendo manifestado el primero de forma rotunda su deseo de que se produjese el cambio de custodia pasando a residir con su madre con la que viene haciéndolo desde la pasada navidad, estando satisfactoriamente escolarizado en Madrid, y que además su hermana Milagros no ha puesto objeción ni inconveniente alguno a que se adoptase esta solución siempre que se facilitase el contacto entre los hermanos, como se hace con el régimen de visitas que ha establecido en la resolución recurrida, no puede considerarse infringido el principio de no separación de los hermanos que, ni es imperativo, ni resulta de aplicación inflexible y automática, pues no se deduce así de la redacción del apartado 10 del artículo 92 del Código Civil, en el que tan solo se recomienda la prevención de no separar a los hermanos.

En la edad que alcanzan los menores, cumplidos ya los catorce años de edad Benjamín y los doce Milagros, **debe ser tenida en consideración su opinión en momento** en que han alcanzado ya una notable autonomía funcional, cierta independencia y libertad de criterio suficiente para manifestarse acerca de la forma en que desean que continúe desarrollándose la relación paterno filial con sus progenitores, no resultando de lo actuado

que la decisión de Benjamín obedezca a un mero capricho y si como hemos indicado, en el momento actual la actitud de Benjamín es firme en su deseo de convivir con su madre, la mera imposición de mantenimiento de la medida de guarda y custodia en los términos que venían establecidos y se propugna en el recurso interpuesto seguramente daría al traste con cualquier posibilidad de mantenimiento de una relación paterno-filial entre D. Benjamín y su hijo en términos de normalidad deseables para la adecuada y más favorable y beneficiosa evolución y desarrollo personal y familiar del propio menor. Es por todo lo indicado que el recurso de apelación interpuesto debe ser desestimado.

CUARTO.- SOBRE LAS COSTAS PROCESALES Pese a desestimarse el recurso de apelación interpuesto, sobre las costas procesales devengadas por esta apelación no procede efectuar expreso pronunciamiento de condena a ninguna de las partes, pues en el caso enjuiciado, y a los solos efectos de dicho pronunciamiento, concurren dudas fácticas acerca de cuál es la mejor alternativa de custodia con respecto al menor Benjamín , hijo de ambos litigantes. Arts. 394 y 398 de la L.E.C.

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

FALLO:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que ha sido dictada con fecha 2 de noviembre de 2021 -aclarada por autos de 22 de noviembre de 2021 y 14 de enero de 2022-, en el proceso matrimonial que se ha seguido con el número 130/2021 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, sin que proceda efectuar expreso pronunciamiento de condena en las costas procesales causadas en el trámite procesal del recurso.

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.