

**MODIFICACION DE MEDIDAS. INFORME PSICOSOCIAL. ERROR DEL ABOGADO AL RECURRIR LA PRUEBA PSISOCIAL COMO DOCUMENTO PRIVADO CUANDO ES PUBLICO. SOLICITUD DE NULIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL PSICOSOCIAL. RECUSACIÓN DE EQUIPO PSICOSOCIAL. NO NECESARIO CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA PRACTICA Y ELABORACION Y EMISIÓN DEL INFORME PERICIAL PSICOSOCIAL. MENOR INMERSA EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES. INFLUENCIA DE LA MADRE SOBRE LA MENOR.**

Modificación de convenio regulador mediante sentencia de 26.2.2016. Atribución de la guarda y custodia exclusiva al padre y pensión de alimentos de 300€ al mes.

Esta absolutamente fuera de lugar la alusión de la apelante en el recurso a la pretendida infracción de los preceptos legales que regulan la necesidad de "consentimiento informado" para la práctica, elaboración y emisión del informe pericial que nos ocupa.

Por otra parte, **el hecho de que se haya producido la práctica de unas determinadas pruebas (test (Millon-III) solo a D<sup>a</sup> Estibaliz y no a D. Nazario en modo alguno supone** la quiebra o infracción del principio de igualdad entre las partes a que se refiere la apelante. **El informe pericial no evalúa psiquiátricamente a D<sup>a</sup> Estibaliz, ni da sobre ella un diagnóstico psiquiátrico, sino que se limita a apreciar tan solo una falta de estabilidad emocional dentro de una personalidad obsesiva y justifica** por ello la práctica de dichos tests para valorar determinados rasgos de su personalidad en el marco de las características propias y específicas derivadas de la finalidad intrínseca del informe que se emite.

por lo que en este procedimiento se ha acreditado que concurre, no parece en absoluto positivo que continúe dicho régimen al menos mientras D<sup>a</sup> Estibaliz no cambie su actitud en la gestión de sus relaciones con D. Nazario, su familia extensa y sobre todo en relación con su hija Macarena, **puesto que su influencia sobre la misma,** derivada de su propia personalidad obsesiva y posesiva, se ha constatado que es claramente negativa para la menor Macarena, siendo la decisión adoptada en la instancia una consecuencia necesaria e ineludible a la que solo el comportamiento y actitud mostrados por D<sup>a</sup> Estibaliz venía abocada dicha relación familiar como única forma de salir de una situación asfixiante para Macarena, D. Nazario y su familia extensa, acreedora igualmente del derecho a relacionarse con Macarena con absoluta tranquilidad y en un ambiente de relación normalizado que el mantenimiento de la situación seguida hasta la fecha en modo alguno posibilitaba. Este motivo de recurso tampoco puede ser estimado.

**Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid 23 de mayo 2022 Número Sentencia: 170/2022 Número Recurso: 589/2021 Numroj: SAP VA 926:2022 Ecli: ES:APVA:2022:926 Ponente: JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO**

**CONTENCIOSO 0000149 /2020 Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de VALLADOLID**

**Cabecera:** Alimentos a favor de hijo mayor de edad. Regimen de visitas comunicacion y estancia. Guarda y custodia de hijo menor de edad

Interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento que se ha seguido con el número 149/2020 ante el juzgado de primera instancia número tres de valladolid sobre modificación de las medidas definitivas adoptadas en anterior procedimiento sobre guarda, custodia y alimentos de hijo menor de edad no matrimonial seguido ante el mismo juzgado de instancia ( sentencia de 28/03/2016 en procedimiento número 79/2016 ) interesando la revocación del pronunciamiento por el que estimándose solo parcialmente - tanto la demanda formulada por el, como la pretensión reconvenicional formulada a su vez por la ahora apelante -, y en lo que al recurso de apelación interpuesto interesa, se atribuye con carácter exclusivo la **guarda y custodia de la menor** macarena ; se dispone el **régimen de comunicación y visitas** de la menor con su madre en el régimen ordinario y periodos vacacionales ; se dispone el " quantum " económico de la pensión alimenticia a cargo ; y se regulan las comunicaciones telefónicas o telemáticas de los progenitores con su hija en los periodos ordinarios y vacacionales.

PROCESAL: Declaracion de nulidad. Reconvenicion. Recusacion

**Jurisdicción:** Civil

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

**Origen:** Audiencia Provincial de Valladolid

**Fecha:** 23/05/2022

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 170/2022

**Número Recurso:** 589/2021

**Numroj:** SAP VA 926:2022

**Ecli:** ES:APVA:2022:926

**ENCABEZAMIENTO:**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00170/2022**

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

**Teléfono:** 983.413486 **Fax:** 983413482/983458513

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MSV

**N.I.G.** 47186 42 1 2016 0000776

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000589 /2021**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de VALLADOLID

**Procedimiento de origen:** MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000149 /2020

Recurrente: Estibaliz

Procurador: FRANCISCO JAVIER STAMPA SANTIAGO

Abogado: FRANCISCO J. GOMEZ LLORENTE

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Nazario

Procurador: , SONIA RIVAS FARPON

Abogado: , JUDITH SOBRINO GONZÁLEZ

**SENTENCIA num. 170/2022**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA**

**D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL**

**D<sup>a</sup> EMMA GALCERAN SOLSONA**

En VALLADOLID, a veintitrés de mayo de dos mil veintidós.

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. 149/2020 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid, seguido entre partes, de una como **DEMANDANTE-APELADO-RECONVENIDO D. Nazario** , representado por la Procuradora Dña. SONIA RIVAS FARPÓN y defendido por la letrada Dña. JUDITH SOBRINO GONZÁLEZ, de otra como **DEMANDADA-APELANTE-RECONVINIENTE Dña. Estibaliz** , representada por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER STAMPA SANTIAGO y defendida por el letrado D.

FRANCISCO J. GÓMEZ LLORENTE y como **APELADO** 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 16/07/2021, se dictó sentencia cuyo fallo dice así:

*"Que estimo parcialmente la demanda de modificación de medidas interpuesta por la procuradora Doña Sonia Rivas Farpón, en nombre y representación de DON Nazario, frente a DOÑA Estibaliz, representada por el procurador Don Javier Stampa Santiago, acordando modificar las siguientes medidas establecidas en la Sentencia de fecha 28 de marzo de 2016, dictada en el procedimiento de guarda y custodia nº 79/2016 .*

1.-Atribución exclusiva de la guarda y custodia de Macarena, a su padre, Don Nazario.

2.-*En cuanto al régimen de visitas entre la menor y su madre, y régimen de vacaciones se acuerda lo siguiente:*

*a) Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes, llevándola la madre al centro escolar y recogiénola el padre. Los puentes escolares, se unirán al fin de semana y los disfrutará el progenitor con quien se encuentren la menor ese fin de semana.*

*b) Dos tardes entre semana: en caso de desacuerdo entre los progenitores, serán los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas.*

*Las entregas y recogidas que no se puedan hacer, en el centro escolar se realizarán en el centro de DIRECCION000, para evitar problemas, debido a la mala relación existente entre los progenitores y para evitar procedimientos penales.*

*c)En cuanto a los periodos vacacionales: Se mantienen las fijadas en la sentencia de fecha 28 de marzo de 2016 .*

Las recogidas y entregas de la menor se realizarán en DIRECCION000.

3.-*Pensión alimenticia: Al tener atribuida Don Nazario la custodia exclusiva de Macarena, Doña Estibaliz ha de pasar en concepto de pensión de alimentos trescientos euros mensuales (300), dicha cantidad será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C., fijado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya, y se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe el padre.*

Por último, los gastos extraordinarios de Macarena se abonarán en la forma establecida en la Sentencia de fecha 28 de marzo de 2016, dictada en el procedimiento de guarda y custodia nº 79/2016.

*4.- Se mantiene el resto de las medidas establecidas en la Sentencia de 28 de marzo de 2016 .*

*5.- Se realizará un único seguimiento de la custodia de Macarena y del régimen de visitas a los cinco meses del dictado de resolución por el equipo psicosocial, de cual se dará traslado a las partes para que, en su caso, puedan instar el procedimiento que consideren oportuno .*

*Igualmente se estima parcialmente la demanda reconvencional formulada por Doña Estibaliz frente a Don Nazario, en relación con la medida relativa*

*a la comunicaciones telefónicas o telemáticas de los progenitores con su hija, Macarena, acordándose lo siguiente:*

*En los periodos vacacionales, el progenitor que no tenga consigo a la menor podrá comunicarse con ella (de forma telefónica o telemática), todos los días en un horario de 20:00 a 21:00.*

*En los periodos ordinarios al haberse atribuido la custodia exclusiva de la menor al padre, se establece un régimen de comunicación telefónica o telemática de la menor con la madre, los lunes y miércoles, en horario de 20:00 a 21:00.*

*Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."*

**TERCERO.-** Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de la parte demandada 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 sendos escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 28/04/2022, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL**.

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

**PRIMERO.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL RECURSO.**

D<sup>a</sup> Estibaliz interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento que se ha seguido con el número 149/2020 ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valladolid sobre Modificación de las Medidas Definitivas adoptadas en anterior procedimiento sobre Guarda, Custodia y Alimentos de hijo menor de edad no matrimonial seguido ante el mismo Juzgado de Instancia (sentencia de 28 de marzo de 2016, en procedimiento número 79/2016) interesando la revocación del pronunciamiento por el que estimándose solo parcialmente -tanto la demanda formulada por el sr. Nazario, como la pretensión reconvenional formulada a su vez por la ahora apelante-, y en lo que al recurso de apelación interpuesto interesa, se atribuye con carácter exclusivo la guarda y custodia de la menor Macarena (de 7 años de edad en el momento actual) a D. Nazario; se dispone el régimen de comunicación y visitas de la menor con su madre en el régimen ordinario y periodos vacacionales; se dispone el "*quantum*" económico de la pensión alimenticia a cargo de D<sup>a</sup> Estibaliz (300 € al mes); y se regulan las comunicaciones telefónicas o telemáticas de los progenitores con su hija en los periodos ordinarios y vacacionales.

Esta decisión es la que resulta objeto de la impugnación que nos ocupa en la que la Sra. Estibaliz interesa un pronunciamiento de este Tribunal de Apelación que revoque y deje sin efecto la decisión adoptada en la instancia y que, en su lugar, se acuerde lo siguiente:

- a) La nulidad de la sentencia por estar dictada en base a una prueba -pericial psicosocial-, no ajustada a los requisitos de los artículos 325 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*sic*).
- b) La nulidad de la prueba pericial realizada en estas actuaciones por ser parcial, subjetiva y sesgada, así como de las actuaciones procesales derivadas de la misma con retroacción temporal para su práctica conforme a lo dispuesto en los artículos 325 y ss. de la L.E.C., o en su defecto, por profesional especialista no adscrito al juzgado.
- c) alternativamente, y de no declararse la invocada nulidad se acuerde la desestimación de la demanda formulada por el sr. Nazario, acordándose el mantenimiento de las medidas que fueron adoptadas en la sentencia de fecha 28 de marzo de 2016.
- d) finalmente, con carácter subsidiario y para el caso de mantenerse la guarda y custodia en los términos señalados en la instancia, que se amplíe la comunicación telefónica de la menor con D<sup>a</sup> Estibaliz de 20,00 a 21,00 horas todos los días en que la menor no esté con su madre, requiriendo a D. Nazario a facilitar dicha comunicación y, asimismo, que se reduzca el importe de la pensión alimenticia a cargo de la apelante a la cantidad de 120 € mensuales, anualmente actualizables.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación en dichos términos formulado e interesa su desestimación y la íntegra confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

**SEGUNDO.- SOBRE LA NULIDAD DE LA SENTENCIA DICTADA EN LA INSTANCIA.**

El motivo de nulidad que se articula por la Sra. Estibaliz en el primer pedimento del recurso y conforme al cual se solicita la declaración de nulidad de la sentencia dictada en la instancia, tal y como ha sido formulado por la apelante, no puede ser estimado por este Tribunal de Apelación.

(i) En primer lugar y desde un punto de vista estrictamente formal, porque se aduce la infracción de lo establecido en los artículos 325 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dicho precepto se refiere al modo de producción de la prueba de "documentos privados", siendo así que a la prueba pericial se remite nuestra ley procesal vigente solo a partir de los artículos 335 y siguientes.

(ii) En segundo lugar y con mayor fundamento, porque tan solo denuncia la apelante en la formulación del motivo que el vicio de nulidad vendría determinado por basarse en la resolución dictada en la instancia exclusivamente en una prueba - prueba pericial psicossocial de los peritos adscritos al Instituto de Medicina Legal-, que dice no ha sido practicada con arreglo a los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, obviando con dicho alegato que ni tal aseveración resulta cierta, puesto que de la mera lectura de la extensa y razonada resolución recurrida se constata que en ella se insiste por la Juzgadora "*a quo*" en que lo que efectivamente se valora es la totalidad de prueba practicada en la instancia, la cual recoge no solo las conclusiones del indicado informe pericial (de fecha 16 de junio de 2021), sino también la documental e interrogatorio de partes, y también que no se especifica cumplidamente por la apelante en cuál de las normas esenciales del procedimiento causante de indefensión ha podido originarse la infracción que se denuncia, debiendo recordar que conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución Española no nace de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca en todos los casos la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución prohíbe, sino que se requiere que la misma sea efectiva y esto solo acontece cuando la vulneración de la norma conlleva consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella.

**TERCERO.- SOBRE LA NULIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL PSICOSOCIAL DEL EQUIPO ADSCRITO AL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL.**

Tampoco el motivo de nulidad que se detiene en cuestionar en su totalidad la procedencia, elaboración, metodología y contenido del dictamen pericial del equipo designado por el Instituto de Medicina Legal a que se refieren los artículos 92 del Código Civil, 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes, puede ser estimado por este Tribunal de Apelación.

Debe señalarse al respecto que sobre esta cuestión se ha pronunciado ya ampliamente la Juzgadora de Instancia hasta en dos ocasiones, pues ya resuelve sobre todas las cuestiones en las que ahora insiste la apelante tanto en el auto de medidas provisionales de fecha 9 de julio de 2021, que da contestación sobradamente detallada y pormenorizada a todas las objeciones de D<sup>a</sup> Estibaliz relativas al dictamen pericial de fecha 16 de junio de 2021, como en el auto posterior de 23 de septiembre de 2021, en el que se termina rechazando el incidente de declaración de nulidad de actuaciones en que se reiteran todas y cada una de las cuestiones que ahora la apelante no tiene reparo alguno en repetir ante esta Sala.

Poco puede añadirse por este Tribunal a lo que acertadamente responde la Juzgadora "*a quo*". La prueba practicada en la instancia y a la que nuestra normativa legal califica de dictamen de "especialistas", pero que viene asimilándose a la prueba pericial que se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la medida de lo posible a su normativa, es cuestionada en el recurso con apoyo argumental en conocidos criterios doctrinales de respetables autores que objetan la metodología, elaboración y desarrollo con que en la práctica tienen lugar estas pruebas habitualmente recabadas de oficio por el órgano judicial cuando considera necesario acudir a la especial cualificación de estos especialistas para resolver sobre las cuestiones atinentes a los menores (régimen de guarda y custodia y visitas fundamentalmente), sin que en modo alguno resulten vinculantes para el Juez de Instancia, quien los valorará de manera conjunta con el resto de pruebas practicadas en el procedimiento y, tal y como determina el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "*según las reglas de la sana crítica*".

Obviamente las denuncias de falta de equidad, objetividad e imparcialidad que se imputan al dictamen elaborado por el Equipo que fue designado precisamente para eliminar cualquier posible duda acerca de la imparcialidad del informe a emitir tras la recusación aceptada del anterior Equipo por el hecho de que este había emitido ya al menos dos informes desfavorables para D<sup>a</sup> Estibaliz, no pasan de ser opiniones o consideraciones subjetivas y claramente interesadas de la propia apelante que carecen de dato objetivo alguno que puedan corroborar tales consideraciones, pues no se producen esos vicios de nulidad denunciados por el mero hecho de que las conclusiones del informe emitido por este último equipo, coincidentes en lo sustancial con las del anterior, sean nuevamente contrarias a los intereses de D<sup>a</sup> Estibaliz.

**Es solo ahora cuando interesadamente** se argumenta que la recusación del Equipo que emitió los primeros informes en relación con el conflicto entre D<sup>a</sup> Estibaliz y D. Nazario con respecto a las medidas relativas a la hija de ambos debía considerarse extensible al resto de equipos periciales del Instituto de Medicina Legal. Ni esto es así por mucho que lo señale la apelante, ni la recusación fue formulada en la forma que se indica y, por tanto, la misma se admitió única y exclusivamente, como no podía ser de otra manera, respecto de los concretos técnicos detallados en la misma, no siendo admisible pretender que por su inicial formulación resultasen contaminados la totalidad de Equipos de profesionales del Instituto de Medicina Legal.

Esta absolutamente fuera de lugar la alusión de la apelante en el recurso a la pretendida infracción de los preceptos legales que regulan la necesidad de "consentimiento informado" para la práctica, elaboración y emisión del informe pericial que nos ocupa.

No solo resulta que dicho informe ha sido acordado *ex officio* por la Juzgadora de Instancia en el marco de sus competencias propias y dentro del ámbito de estos procedimientos judiciales que resuelven sobre cuestiones en que se considera necesario el dictamen de profesionales especialistas que auxilien al Juez a resolver de la forma más adecuada a las necesidades de los menores afectados y siempre en atención a su beneficio y protección de su superior interés, sino que además la necesidad de prestación del indicado consentimiento informado, tal y como establece la propia Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, circunscribe su exigencia en el ámbito de la salud, que es donde se precisa que el paciente preste su consentimiento libre y voluntario una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 de la Ley haya valorado las opciones propias del caso. Señalándose igualmente que por lo general el consentimiento será verbal, exigiéndose su prestación por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

En **consecuencia, ni la emisión del informe que nos ocupa se enmarca en el ámbito del tratamiento de salud del paciente que exigiría ese consentimiento informado**, ni en todo caso de entenderse que hubiera debido prestarse tenía que ser necesariamente por escrito por lo que al haberse prestado D<sup>a</sup> Estibaliz a ser examinada por los Técnicos del Equipo pericial psicosocial, habría dado tácitamente su consentimiento para la elaboración del informe.

Por otra parte, **el hecho de que se haya producido la práctica de unas determinadas pruebas (test (Millon-III) solo a D<sup>a</sup> Estibaliz y no a D. Nazario en modo alguno supone** la quiebra o infracción del principio de igualdad entre las partes a que se refiere la apelante. **El informe pericial no evalúa psiquiátricamente a D<sup>a</sup> Estibaliz, ni da sobre ella un diagnóstico psiquiátrico, sino que se limita a apreciar tan solo una falta de estabilidad emocional dentro de una personalidad obsesiva y justifica** por ello la práctica de dichos tests para valorar determinados rasgos de su personalidad en el marco de las características propias y específicas derivadas de la finalidad intrínseca del informe que se emite.

Cabe insistir por tanto en que no cabe admitir que por el solo hecho de que el informe no resulte favorable a los intereses de D<sup>a</sup> Estibaliz pueda descalificarse dicho dictamen tachándole de parcial y falto de objetividad y equidad.

**CUARTO.- SOBRE LA PRETENDIDA DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA FORMULADA POR EL SR. Nazario.**

En relación con esta cuestión, propiamente atinente ya al fondo del asunto puesto que con esta alegación muestra la apelante su abierta discrepancia y desacuerdo con la decisión que ha sido adoptada en la instancia, debe concluirse por esta Sala que procede también la desestimación del motivo.

Un nuevo examen y valoración por este Tribunal de todo cuanto ha sido actuado en la instancia lleva necesariamente a confirmar la decisión que ha sido adoptada en la instancia. No pueden sino asumirse íntegramente por este Tribunal de Apelación los acertados razonamientos de la Juzgadora de Instancia que ahora se asumen, se hacen enteramente propios de este Tribunal y se dan expresamente por reproducidos al objeto de evitar innecesarias repeticiones, puesto que la Juzgadora de Instancia en una resolución sobradamente razonada, fundamentada y exhaustiva analiza pormenorizadamente todos los avatares que se han venido sucediendo en el núcleo familiar y la dificultad con que pueden llevarse a efecto las relaciones familiares en cumplimiento de las medidas que fueron adoptadas tras el convenio regulador que fue aprobado por la sentencia de 28 de marzo de 2016.

**Transcurridos solo dos meses de la sentencia de cuya modificación se trata ahora ya empezó el primero de los procedimientos** que, bien por iniciativa de D<sup>a</sup> Estibaliz, o a consecuencia de sus incumplimientos, ha convertido las relaciones de ambos litigantes con respecto a las medidas atinentes a la hija común en un rosario inacabable de procedimientos -con sus correspondientes incidentes y recursos-, que han judicializado innecesariamente la vida de la menor Macarena, quien a medida que va creciendo se ve cada vez más inmersa en un conflicto que debiera serle ajeno y que inevitablemente perjudica su desarrollo y bienestar, y además es contrario al interés más necesitado de protección que es el suyo.

Basta un somero repaso al expediente digital para constatar cómo tras

1. la inicial demanda de modificación de medidas instada por D<sup>a</sup> Estibaliz (MMC 587/2016),
2. le siguieron a instancia de D. Nazario una serie de procesos judiciales consecuencia de la actitud de D<sup>a</sup> Estibaliz
3. y así se tramitó un procedimiento de jurisdicción voluntaria ((1085/2016) para elección de pediatra;
4. una ejecución forzosa (125/20216) para cumplimientos de régimen de visitas;
5. otra ejecución forzosa (102/2017) por incumplimiento de lo acordado en el procedimiento de jurisdicción voluntaria anterior; una ejecución forzosa (150/2017) por incumplimientos del régimen de visitas;
6. y a instancia de D<sup>a</sup> Estibaliz otro procedimiento de jurisdicción voluntaria (184/2018) para elección de centro educativo (dos instancias y un incidente de nulidad inadmitido a trámite),
7. y finamente tras el procedimiento penal por denuncia a un familiar de D. Nazario por presuntos abusos a su hija Macarena con sentencia absolutoria de la Sección

Segunda de este Tribunal y de la Sala de lo Civil y Penal del TSJCYL, nuevamente a instancia de D. Nazario otro procedimiento de ejecución forzosa en el mes de enero de 2020 en trámite nuevamente por incumplimiento del régimen de visitas.

Es por todo ello a juicio de este Tribunal de Apelación absolutamente correcta, acertada y plenamente ajustada a derecho la decisión de la Juzgadora de Instancia de modificar el régimen de guarda y custodia de la menor Macarena, y ello por cuanto pese a que el criterio doctrinal y jurisprudencial en el momento actual es favorable al establecimiento de la denominada guarda y custodia compartida, que es el que ha venido rigiendo desde que Macarena accedió al segundo ciclo de educación infantil, ello presupone que dicho régimen sea el más adecuado, beneficioso y favorable para la tutela del superior interés del menor afectado, y por lo que en este procedimiento se ha acreditado que concurre, no parece en absoluto positivo que continúe dicho régimen al menos mientras D<sup>a</sup> Estibaliz no cambie su actitud en la gestión de sus relaciones con D. Nazario, su familia extensa y sobre todo en relación con su hija Macarena, **puesto que su influencia sobre la misma,** derivada de su propia personalidad obsesiva y posesiva, se ha constatado que es claramente negativa para la menor Macarena, siendo la decisión adoptada en la instancia una consecuencia necesaria e ineludible a la que solo el comportamiento y actitud mostrados por D<sup>a</sup> Estibaliz venía abocada dicha relación familiar como única forma de salir de una situación asfixiante para Macarena, D. Nazario y su familia extensa, acreedora igualmente del derecho a relacionarse con Macarena con absoluta tranquilidad y en un ambiente de relación normalizado que el mantenimiento de la situación seguida hasta la fecha en modo alguno posibilitaba. Este motivo de recurso tampoco puede ser estimado.

#### **QUINTO.- SOBRE LA AMPLIACIÓN DE LAS COMUNICACIONES Y REDUCCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.**

Dos últimas cuestiones se suscitan en el recurso por D<sup>a</sup> Estibaliz con carácter subsidiario para el caso de que, tal y como se ha indicado que procede, se mantuviese la guarda y custodia exclusiva a favor de D. Nazario.

(i) Ampliación de las comunicaciones con su hija Macarena.

En la resolución recurrida se atiende parcialmente la petición reconvencional de D<sup>a</sup> Estibaliz y se fija que en los periodos vacacionales el progenitor que no esté con la menor pueda comunicar con Macarena todos los días en un horario de 20,00 a 21,00 horas, mientras que en los periodos no vacacionales (ordinarios) en los que la menor Macarena estará bajo la guarda y custodia de D. Nazario, se acuerda que D<sup>a</sup> Estibaliz pueda comunicarse con su hija telefónica o telemáticamente los lunes y miércoles sin fijar comunicación los fines de semana en los que la menor esté con su padre.

En el recurso interesa la apelante se amplíe dicho régimen de comunicación a todos los días en los que la menor no esté físicamente con su madre, incluyéndose expresamente los fines de semana en los que con arreglo al régimen de alternancia establecido Macarena esté en compañía de su padre.

El motivo se inadmite, debiendo confirmarse la decisión adoptada al respecto por la Juez de Instancia en la que, tras examinar de forma ponderada y lógica la cuestión, considera que el contacto de la menor con su madre por medio de las comunicaciones telefónicas o telemáticas establecidas cuando no está físicamente con ella es más que suficiente puesto que dichas comunicaciones se han fijado todos los lunes y miércoles dado que los martes y jueves hay ya una visita intersemanal que posibilita la comunicación física entre madre e hija. El hecho de que durante todo un mes no haya contacto físico, ni telefónico, entre madre e hija más que los dos fines de semana en los que la menor esté con su padre, no parece que resulte limitador del derecho de la menor al contacto con su progenitora no custodia, pues es más que suficiente el contacto acordado que ya permite una constante presencia de D<sup>a</sup> Estibaliz en la vida de Macarena mientras está con su padre, y dada la aún corta edad de la menor parece adecuado que al menos en los fines de semana que Macarena disfrute con su padre, por razones de ocio y descanso semanal, puedan organizar sus actividades sin el condicionamiento que supondría estar pendientes de la comunicación de la menor con D<sup>a</sup> Estibaliz, que parece más preocupada en fiscalizar las actividades de la menor con su padre que en atender al necesario bienestar y tranquilidad de la misma. Este motivo de recurso debe por tanto ser desestimado.

(ii) Sobre la reducción de la pensión de alimentos a cargo de D<sup>a</sup> Estibaliz.

En la resolución recurrida y tras atribuirse la guarda y custodia de la menor Macarena a D. Nazario se fija una pensión alimenticia de 300 € mensuales anualmente actualizables a favor de la menor Macarena y a cargo de D<sup>a</sup> Estibaliz. La obligación de abono de la pensión alimenticia en la suma indicada es la misma en que se fijó la contribución de D. Nazario a los alimentos de Macarena cuando está estaba bajo la guarda y custodia exclusiva de su madre, justificándose en la resolución recurrida en atención a que ambos progenitores se dedican profesionalmente a la enseñanza y en que ante la no aportación por la Sra. Estibaliz de documentación relativa a su situación económica, cabe presumir que la misma sea muy similar a la de D. Nazario.

Propugna la apelante en su recurso que se fije una pensión alimenticia a su cargo de 120 € mensuales aludiendo a su situación actual de desempleo y al abono de la amortización que le corresponde de un préstamo hipotecario.

Este motivo de recurso tampoco puede ser estimado, debiendo confirmarse la decisión que al respecto ha sido adoptada por la Juez de Instancia. En este sentido, no parece admisible que quiera hacerse de "mejor derecho" el pago del crédito hipotecario que soporta D<sup>a</sup> Estibaliz sobre el cumplimiento de la obligación legal de prestación de alimentos que le corresponde con respecto de su hija menor de edad, siendo además que la cantidad que ha sido fijada en la instancia es la misma que abonaba D. Nazario cuando la guarda y custodia exclusiva la ostentaba D<sup>a</sup> Estibaliz y la que cada uno de ellos ingresaba en una cuenta común cuando la guarda y custodia de Macarena pasó a ser compartida; por otra parte, tal y como se indica en el recurso, la situación de desempleo a la que alude la apelante necesariamente es meramente estacional, dado que expresamente admite que como trabajadora de la enseñanza los contratos se firman anualmente, por lo que debe concluirse que está en disposición de hacer frente a la

obligación de prestación de alimentos en la forma y cuantía que ha sido establecida en la instancia.

**SEXTO.- SOBRE LAS COSTAS PROCESALES.**

La desestimación del recurso de apelación interpuesto determina que en materia de costas procesales deban serle impuestas a la parte apelante las causadas por esta apelación. 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 16 de julio de 2021 en el procedimiento que se ha seguido con el número 149/2020 ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valladolid, debemos **confirmar y confirmamos** referida resolución, imponiendo a la parte apelante expresa condena en las costas procesales causadas por esta apelación.

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.