

**DIVORCIO.CONCESION GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. NO PENSIÓN DE ALIMENTOS. NO SE FIJA COMO SE PAGAN LOS GASTOS ORDINARIOS. DEMADANTE NO SOLICITO DESPUES DE CONTESTAR A LA RECONVENCIÓN FIJACION PENSIÓN DE ALIMENTOS SI HABIA CUSTODIA COMPARTIDA. NO MODIFICACIÓN DEL SUPlico EN EL RECURSO ANTE LA AUDIENCIA.**

Los arts. 412.1 y 456.1 LEC consagran esa regla al disponer el primero que: "Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente".

La parte demandante (hoy apelante), a la que se dio en su día traslado de la pretensión reconvenccional del demandado en la que se solicitaba la adopción de un régimen de custodia compartida, contestó a la reconvencción interesando directamente su desestimación, y en ningún momento interesó, para el caso de que aquel régimen fuera adoptado, la fijación de una pensión alimenticia por desproporción de ingresos entre los progenitores. Dicha petición solo se formuló en trámite de conclusiones (anómalamente escritas) y debió ser rechazada por constituir una mutatio libelli. Ahora, en esta segunda instancia, constituye una cuestión nueva que debe ser por ello y sin más análisis desestimada.

**Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de abril 2023 Número sentencia: 142/2023. Número recurso : 457/2021 Numroj: SAP VA 740/2023 Ecli: ES:APVA:2023:740 Speaker: FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MEDINA DEL CAMPO**

**Jurisdiction:** Civil

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

**Origin:** Audiencia Provincial de Valladolid

**Date:** 13/04/2023

**Resolution type:** Sentencia

**Section:** Primera

**Sentence number:** 142/2023

**Appeal number:** 457/2021

**Numroj:** SAP VA 740/2023

**Ecli:** ES:APVA:2023:740

**HEADING:**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00142/2023

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSV

N.I.G. 47085 41 1 2019 0000591

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000457 /2021

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MEDINA DEL CAMPO

Procedimiento de origen: DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000374 /2020

Recurrente: Inmaculada

Procurador: CRISTINA BAJENETA MARTIN

Abogado: CÉSAR IGNACIO LAVÍN FERNÁNDEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Luis Carlos

Procurador: , OSCAR JUAN ABRIL VEGA

Abogado: , MARÍA JESÚS VALENTÍN SASTRE

SENTENCIA num. 142/2023

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL

En VALLADOLID, a trece de abril de dos mil veintitrés.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Divorcio Contencioso núm. 374/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Medina del Campo, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELANTE Dña. Inmaculada , representada por la Procuradora Dña. CRISTINA BAJENETA MARTÍN y defendida por el Letrado D. CÉSAR IGNACIO LAVÍN FERNÁNDEZ, de otra como DEMANDADO-APELADO D. Luis Carlos , representado por el Procurador D. ÓSCAR JUAN ABRIL VEGA y defendido por la Letrada Dña. MARÍA JESÚS VALENTÍN SASTRE, con la intervención como APELADO DEL MINISTERIO FISCAL, en la representación que le es propia.

**FACTS:**

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 08/06/2021, se dictó sentencia, aclarada por auto de fecha 01/09/2021, cuyo fallo y parte dispositiva, respectivamente, dicen así: " ESTIMO la demanda de divorcio interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Bajeneta Martín en nombre y representación de su mandante y ACUERDO el divorcio del matrimonio formado por DOÑA Inmaculada y DON Luis Carlos , contraído el día 19 de julio de 2014, con todos los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento (revocación de poderes y consentimientos, cese de la presunción de convivencia y disolución del régimen económico matrimonial), accedo a las medidas solicitadas y dispongo: -La patria potestad de la hija menor de edad, Ofelia , corresponderá a ambos progenitores y será ejercida conjuntamente por ambos.

-La guarda y custodia de la hija menor, Ofelia se atribuye conjuntamente a ambos progenitores.

El régimen de guarda y custodia compartida se desarrollará de la siguiente manera:

1º La menor estará bajo la guarda y custodia de cada uno de sus progenitores por semanas, estableciéndose el intercambio los viernes a la salida del Centro Escolar.

2º En lo que respecta a las vacaciones: A).- Verano: se establecen cuatro tramos: A.1: Desde las 20 horas del día 30 de junio hasta las 20,00 horas del día 15 de julio.

A.2: Desde las 20,00 horas del día 15 de julio hasta las 20,00 horas del día 30 de julio.

A.3: Desde las 20,00 horas del día 30 de julio hasta las 20,00 horas del día 15 de agosto.

A.4: Desde las 20,00 horas del día 15 de agosto hasta las 30 horas del día 31 de agosto.

Los años pares corresponderá a la madre elegir los periodos vacacionales, y los años impares, al padre.

B).- Navidad: durante dicho periodo vacacional continuará rigiendo el régimen de custodia compartida por semanas, no obstante, si el viernes en el que debe realizarse el intercambio coincide con el día de Nochebuena y/o con el día de Noche Vieja, el intercambio tendrá lugar a las 14,00 horas; y si coincide con los días de Navidad y/o Año Nuevo, el intercambio tendrá lugar a las 18,00 horas.

En lo que respecta al Día de Reyes, la menor estará en compañía del progenitor que no esté ejerciendo ese día su guarda y custodia, desde las 18,00 horas hasta las 20,00 horas.

Si dicho día coincidiera con el cambio de custodia, dicho cambio tendrá lugar a las 18,00 horas.

C).- Semana Santa: continuará rigiendo el régimen de custodia compartida.

3º Respecto del Día del Padre, y del Día de la Madre, y cumpleaños de los progenitores, si la menor no se encuentra con el progenitor a cuyo día se refiera la celebración, si el día de que se trate coincide con sábado o domingo, la menor pasará con el progenitor desde las 13,00 horas hasta las 18,00 horas, y, si coincide con día laborable, entonces será desde las 18,00 horas hasta las 20,00 horas.

4º El progenitor que no tenga en su compañía a la menor, el día del cumpleaños de ésta, pasará con ella la tarde de dicho día, desde las 18,00 horas hasta las 20,00 horas.

5º La menor podrá acudir a los eventos familiares y/o sociales a los que se encuentre invitada.

6º Los intercambios de la menor tendrán lugar en el domicilio en el que ésta se encuentre en cada momento.

-Los gastos extraordinarios de la menor se abonarán por mitad ente ambos progenitores. Tendrán la consideración de gastos extraordinarios los gastos médicos y sanitarios no cubiertos por seguro médico ni Seguridad Social, actividades extraescolares o de apoyo prescritas por el centro escolar, campamentos excursiones.... Don Luis Carlos abonará la cuota del seguro médico privado de la menor.

Para el resto de gastos, será necesaria la consulta al otro progenitor, previa a la realización del gasto y el consentimiento por parte de éste (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible), y en caso de discrepancia autorización judicial.

No se imponen las costas causadas a ninguna de las partes." PARTE DISPOSITIVA AUTO DE FECHA 1-9-21 : " ACUERDO ACLARAR la resolución de fecha 9 de junio de 2021 en el sentido establecido en el Razonamiento Jurídico Único de esta resolución por reproducido."

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 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 20/12/2022, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA.

## **LEGAL FOUNDATION:**

### **PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.**

Por la representación procesal de Inmaculada se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 8-6-2021, aclarada por auto de 1-9-2021, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Medina del Campo, PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO 374/2020 , que acuerda el divorcio y, entre otros pronunciamientos establece un régimen custodia compartida, deniega pensión de alimentos a cargo del padre y dispone que en Semana Santa continuará rigiendo el régimen de custodia compartida.

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

**1. No se establece cómo han de abonarse los gastos ordinarios.**

2. Resulta procedente la fijación de pensión alimenticia a cargo del padre dada la desproporción de ingresos entre ambos progenitores.

Y, aunque no explica la razón para ello, impugna el régimen de custodia de la menor en el periodo de Semana Santa.

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 las pretensiones relativas a los alimentos y a la Semana Santa constituyen cuestiones nuevas. El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación si bien considera que la sentencia debe ser aclarada en cuanto a los gastos ordinarios.

**SEGUNDO.-SOBRE LA ANÓMALA TRAMITACIÓN EN LA INSTANCIA DEL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN Y SOBRE LA DESESTIMACIÓN DEL MOTIVO RELATIVO A LOS ALIMENTOS ORDINARIOS.**

Admitido a trámite en la instancia el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Inmaculada , y tras haber presentado sendos escritos de oposición por la representación de Luis Carlos y por el Ministerio Fiscal, se ha dictado diligencia de ordenación de 31-8-2021 acordando la remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial. Al día siguiente, 1-9-2021, se ha dictado auto de aclaración (que parece responder a la petición de aclaración de sentencia que interesa el Fiscal en su escrito de oposición) que aclara el pronunciamiento relativo a los gastos ordinarios. Interesada la nulidad de las actuaciones por la parte apelante, no se ha admitido la misma a trámite por entender que ya estaba acordada la remisión de los autos a la Audiencia.

**Se ha producido, pues, una anómala tramitación del procedimiento porque se ha dictado un auto de aclaración sin oír a las partes,** cuando ya se había admitido el recurso de apelación e, incluso, acordado la remisión de los autos a la Audiencia, y cuando uno de los motivos de la apelación se refiere, precisamente, a la indefinición acerca de los gastos ordinarios.

Sin embargo, ninguna de las partes recurrió la providencia por la que no se admitió a trámite el incidente de nulidad, ni ha suscitado cuestión alguna de nulidad en el curso de la presente apelación.

Así las cosas, habrá que tener por completada la sentencia en el sentido que se desprende del auto de aclaración de fecha 1-9-2021 y, en consecuencia, debe desestimarse el motivo de apelación relativo a los gatos ordinarios que, como dice el auto de aclaración de 1-9-2021 debe asumir cada progenitor en su correspondiente periodo de custodia.

#### TERCERO.-SOBRE LA CUESTIÓN NUEVA RELATIVA A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS POR DESPROPORCIÓN DE INGRESOS.

Tal pretensión de **la parte apelante constituye una cuestión nueva** que debe ser rechazada sin mayor análisis de conformidad con los arts. 456.1 y 412 LEC. Ambos preceptos sientan las reglas pendente appellationem nihil innovetur y de prohibición de la mutatio libelli.

Los arts. 412.1 y 456.1 LEC consagran esa regla al disponer el primero que: "Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente".

Y el segundo que: "En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación." Una elemental regla inherente al derecho de defensa obliga a plantear en la primera instancia tanto los fundamentos fácticos como los jurídicos de la pretensión que se deduce, a fin de que la parte contraria pueda arbitrar en debida forma su defensa, y sin que pueda posponerse la formulación de pretensiones al trámite de conclusiones o a la segunda instancia, cuando la otra parte habrá perdido ya la posibilidad de alegar y probar en contrario.

La parte demandante (hoy apelante), a la que se dio en su día traslado de la pretensión reconvenccional del demandado en la que se solicitaba la adopción de un régimen de custodia compartida, contestó a la reconvencción interesando directamente su desestimación, **y en ningún momento interesó**, para el caso de que aquel régimen fuera adoptado, la fijación de una pensión alimenticia por desproporción de ingresos entre los progenitores. **Dicha petición solo se formuló en trámite de conclusiones** (anómalamente escritas) y debió ser rechazada por constituir una mutatio libelli. Ahora, en esta segunda instancia, constituye una cuestión nueva que debe ser por ello y sin más análisis desestimada.

#### CUARTO.- SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS VACACIONES DE SEMANA SANTA.

La parte apelante en la alegación previa de su escrito de recurso dice impugnar el régimen de vacaciones de Semana Santa establecido en la sentencia, pero a lo largo de su escrito de apelación no da ninguna razón que justifique tal impugnación, ni indica cuál debería ser el régimen correcto para tal periodo vacacional según dicha parte (la sentencia de instancia establece que durante la Semana Santa continuará rigiendo el régimen de

custodia compartida). Tampoco se traslada petición alguna sobre este particular en el suplico del recurso.

El motivo de apelación, pues, debe ser desestimado

**QUINTO.- COSTAS.**

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., procede condenar en costas al apelante.

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.

### **VERDICT:**

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Inmaculada contra la sentencia dictada en fecha 8-6-2021, aclarada por auto de 1-9-2021, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Medina del Campo, PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO 374/2020, 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.

The present text comes from the judiciary Documentation Centre. Its contents match completely those of the CENDOJ.