



Roj: **SAP CO 614/2017 - ECLI:ES:APCO:2017:614**

Id Cendoj: **14021370012017100410**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2017**

Nº de Recurso: **478/2017**

Nº de Resolución: **424/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA, SECCIÓN PRIMERA

SENTENCIA Nº 424/17

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Pedro Roque Villamor Montoro

Magistrados:

Doña Cristina Mir Ruza

Don Fernando Caballero García

APELACIÓN CIVIL

Juzgado: 1ª Instancia nº 3 de Córdoba

Autos: Famil.Modifi. Medidas Supuesto Contencioso 1027/16

Rollo: 478

año 2017

En Córdoba, a cuatro de julio de de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por D. Carlos José , representado por la Procuradora Dª Cristina Bajo Herrera y asistido del Letrado D. Rafael Bajo Herrera, siendo parte apelada Dª Ariadna , representada por la Procuradora Dª Lucía Amo Triviño, y asistida de la Letrada Dª María Dolores Azaustre Garrido, con intervención del M. Fiscal . Es Ponente del recurso D. Pedro Roque Villamor Montoro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO .- Se dictó sentencia con fecha 27/01/17 , cuyo fallo textualmente dice:

"Desestimando íntegramente la demanda de modificación de medidas definitivas interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.ª Cristina Bajo Herrera en nombre y representación de D. Carlos José frente a D.ª Ariadna acuerdo no haber lugar a modificar la sentencia de 5 de diciembre de 2014 dictada en los autos de divorcio de mutuo acuerdo 1870/14.

En cuanto a las costas cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".



SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se preparó en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de don Carlos José , indicada que en base a la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado del mismo por el término legal, presentándose escrito de oposición, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo, personándose las partes. Esta Sala se reunió para deliberación el 3.7.2017.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia, y

PRIMERO .- Seguido el procedimiento para la modificación del régimen de guarda monoparental con régimen de visitas a favor del hoy recurrente, por el de custodia compartida con dos alternativas que relacionaba en la demanda inicial, la sentencia apelada viene a desestimar esa petición al considerar que no se han alterado las circunstancias desde que con sentencia de fecha 5.12.2014 se decretó el divorcio de las partes aprobando el convenio regulador por ellas presentado.

En el recurso se hace referencia a (i) infracción de normas y garantías procesales en relación a la no práctica de la prueba solicitada de Informe del Equipo Psicosocial; y (ii) infracción del principio de *favor filii*, con infracción del artículo 92 en sus apartados 5,6 y 7 del Código Civil , aludiendo a los términos del propio convenio, entendiéndose que basta el mero transcurso del tiempo sin que se pueda "petrificar" esta materia, y planteando que ahora el padre no trabaja por turnos, tiene el recurrente nueva pareja con un hijo de la misma edad, y que la madre también trabaja.

El caso es que el recurso de apelación lo que viene a solicitar es la petición subsidiaria que se recogía en su demanda, excluyendo ya del ámbito de decisión de esta Sala -a salvo que sea de interés para la menor- la primera alternativa que ofrecía que se diferenciaba del vigente desde la sentencia de divorcio en que en vez de un día de pernocta cada dos semanas, iba a ver cuatro, y que se tendría que solicitar no una custodia compartida, sino una ampliación del régimen de visitas como en supuesto de estancia similar entendió la sentencia del Tribunal Supremo de 20.9.2016, recurso 3217/2015 .

SEGUNDO.- El primer motivo de impugnación en cuanto que hace referencia a la práctica de una prueba, tiene su adecuada respuesta en la proposición de la misma para su práctica en esta alzada, cosa que hizo la parte y que fue objeto de auto de 26.4.2017 de esta misma Sala , no admitiéndola, y a eso se ha de estar, debiéndose de resaltar que esa prueba cuya ausencia de práctica se planteó es una prueba conveniente pero no preceptiva como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 7.3.2017, recurso 1874/2016 , puesto que aquí no se discute la aptitud del solicitante para ostentar también esa guarda y que ya la viene haciendo efectiva cuando la menor está en su compañía, ni por supuesto lo que de bueno tiene ese sistema en cuanto favorece un mayor contacto y con ello un mejor desarrollo del menor.

TECERO.- El segundo motivo lo que viene es a plantear una errónea valoración de la prueba sin tener en cuenta la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre la custodia compartida, y que, adelantamos ya, no entiende la Sala que se haya infringido por la sentencia apelada. Lo primero es descartar aquí como dato relevante para decidir sobre lo que nos ocupa la alegación que se hace en el recurso -huérfana de toda prueba- sobre tener el recurrente nueva pareja con hijo de la misma edad que la hija de las partes. Es cuestión nueva, y aun cuando el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permita introducir hechos nuevos en este tipo de procedimientos, el caso es que no está acreditado, y nada la hace relevante en cuanto que nada se dice sobre que el recurrente tenga domicilio distinto del que aquí se ha planteado, el de sus padres, ni nada se dice sobre convivencia actual o pretendida.

Dicho lo anterior, esta Sala no puede sino convenir con la parte en que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 4.2.2016, recurso 3045/2014 , aunque el menor tenga estabilidad con la madre "[n]o conviene petrificar la situación del menor en razón a la estabilidad que tiene en el momento, impidiendo el normal desarrollo de las relaciones con ambos progenitores ". Otra cosa es que el régimen actual impida ese normal desarrollo en atención a la amplitud y flexibilidad -aspecto que destaca el propio recurso - con el que lo configuraron las partes al redactar el convenio que se viene aplicando. Pero es que, aun reconociendo el limitado efecto de cosa juzgada que despliegan las resoluciones en este tipo de procedimientos, lo que no se puede es permitir un replanteamiento de la misma cuestión para que los Tribunales den respuesta, es por ello por lo que, en los casos de modificación de medidas, se exigen una modificación sustancial, y que en cuanto a las medidas respecto a los hijos menores, no se exige que tenga tal intensidad pero si que exista cierto cambio de circunstancias tal y como se ha venido entendiendo al interpretar el artículo 90.3 del Código Civil que permite la modificación de las medidas " cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges ". Así la sentencia del Tribunal Supremo de 16.3.2016, recurso 590/2015 , excluye la posibilidad de modificación cuando se suceden divorcio, demanda de modificación de



medidas, y cinco meses después de resolución de ésta última, nueva demanda de modificación de medidas con igual objeto, aludiendo a que ha pasado poco tiempo para que se pueda hablar de un cambio de edad significativo, y sin que consten otras circunstancias que aconsejen ese cambio pretendido.

En este caso, las fechas de referencia son 5.12.2014, en que se dictó la sentencia que dispuso el vigente régimen de guarda y el 26.5.2016, en que se presenta la nueva demanda, todo ello en relación a la menor Enma, nacida el NUM000 .2012, que estaba próxima a cumplir los tres años cuando se dictó aquella sentencia, y que acaba de cumplir los cuatro años, cuando se presenta nueva demanda -repetimos el 26.5.2016 -, y, y lo que se plantea al respecto es que el padre ya no trabaja a turnos y que la madre también trabaja, nada se argumenta sobre que la situación del menor aconseje el cambio pretendido, sólo se alude a la petición de la menor de estar más tiempo con el padre.

Pues bien, sobre esta base lo cierto es que el régimen de custodia compartida se podía haber acordado en la fecha en que las partes acordaron el monoparental que ahora se combate puesto que ya se había producido el cambio jurisprudencial que pasó a considerar el de custodia compartida como el normal e incluso deseable en cuanto que favorece un mayor contacto de menores con sus padres y con ello su mejor desarrollo. Lo cierto es que no se acordó y evidente resulta que no cabe hablar, para justificar el cambio pretendido, que ese cambio jurisprudencial pueda ser considerado como el cambio sustancial que se venía exigiendo para poder modificar las medidas, ya se ha dicho que no es esa la interpretación que se ha venido haciendo con el actual artículo 90.3 del Código Civil. Pero resulta evidente que se ha de haber producido un cambio de circunstancias que aconsejen el cambio, como exigen las sentencias del Tribunal Supremo de 24.5.2016, recurso 2940/2015, 13.4.2016, recurso 1473/2015 y 12.4.2016, recurso 1225/2015. En sentido favorable al cambio se muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 16.3.2016, recurso 590/2015, en base a la modificación de circunstancias por el transcurso del tiempo e interés del menor.

No bastaría que suponga un mayor contacto, ya que el vigente régimen facilita al padre fines de semana alternos desde salida de colegio el viernes a entrada del menor en el colegio -o de no haber colegio- en el domicilio de la madre, y dos tardes a la semana (cuatro horas cada día) y pernocta la semana en que el fin de semana no corresponda al padre, y lo que viene a decir la propuesta defendida en el recurso es semanas alternas sin más detalle.

Por otro lado, existe un criterio jurisprudencial que exige el planteamiento de un plan contradictorio, cosa que hizo la parte demandante en el acto del juicio (folio 195), así la sentencia del Tribunal Supremo de 9.5.2016, recurso 1432/2016, recoge, remitiéndose a las sentencias 638/2016, de 26 de octubre y 722/2016, de 5 de diciembre, que *" para modificar una situación de guarda que funciona bien, quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores) "*. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 5.12.2016, recurso 60/2016, se dice que *" la doctrina de la Sala sobre el carácter deseable del sistema de custodia compartida, que en el caso no se aplica ante la falta de elementos de juicio que permitan conocer si la propuesta es conveniente para el interés de los menores "*. Aquí de principio no hay causa para considerar que el padre no tiene las aptitudes precisas para atender a la menor contando -como lo ha hecho hasta ahora- con el auxilio de sus padres, y nada consta que no sea una mala relación entre los progenitores, pero no que afecte al interés del menor, como sería preciso para excluir este régimen de guarda (ver sentencia del Tribunal Supremo de 26.10.2016, recurso 2907/2014). Es la demandada la que aludió en su interrogatorio a su horario como causa que le impediría esa mayor atención que exige el régimen de guarda pretendido, y que ahora ya es de turnos de mañana o de tarde. Sobre este particular contamos con que, primero, el recurrente en interrogatorio aludió a que vivía en el domicilio de sus padres que cuenta con cuatro dormitorios, durmiendo la menor en su propio dormitorio donde cuenta con dos camas, o con una de sus hermanas que también viven allí; segundo, en el recurso se hacía mención a intervención de su actual pareja que cuenta con un hijo de su edad, pero no es esa solución posible en cuanto que él donde vive es con sus padres; y tercero, el que no trabaje ahora por turnos, como indica lo hacía al tiempo del divorcio, no quita para que se trate de un modificación voluntaria, y no se puede aceptar que incida en la pertinencia del cambio pretendido aquello que dependía de la voluntad del peticionario. El que la apelada trabaje no puede considerarse como algo imprevisto, puesto que nada se dispuso sobre pensión compensatoria, y tenía que hacer por tener un trabajo para vivir, y nada se dice sobre que ese trabajo que eventualmente haya estado realizado, le obstaculice su labor de atención a la hija menor, contando como cuenta con sus padres, al igual que el recurrente.

En este caso se estaría en un caso similar al resuelto por sentencia del Tribunal Supremo de 24.5.2016, recurso 2940/2015, que denegó la custodia compartida solicitada porque no se ha producido un cambio



de circunstancias significativo, dada la escasa diferencia de edad y la ausencia de elementos de juicio que permitan entender que se ha producido una alteración de las bases de enjuiciamiento, máxime cuando el padre mantiene un régimen de visitas amplio y mucho más flexible que el normalmente fijado. En este caso no ha transcurrido año y medio desde la sentencia de divorcio cuando se presenta la nueva demanda, y nada permite intuir, vista la edad de la menor y demás circunstancias concurrentes, la conveniencia para la misma del cambio pretendido.

En atención a ello se considera acertada la decisión adoptada en la instancia con desestimación del recurso.

CUARTO.- De cuanto antecede se desprende que el recurso ha de ser desestimado, sin que proceda imposición de las costas de esta alzada por la naturaleza de la cuestión controvertida que puede dar lugar a diferencias decisiones y afectadas por complejidad de las circunstancias de cada caso, con pérdida del depósito constituido(artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y D. Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

VISTOS los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Carlos José , contra la sentencia dictada con fecha 27.1.2017 por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta capital , que se confirma íntegramente sin especial declaración sobre las costas de esta alzada y pérdida del depósito al que se le dará el destino legal.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y de infracción procesal del que conocería la Sala 1ª del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días días con los requisitos que establece el artículo 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y conforme a los criterios del Acuerdo de 27.1.2017 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre admisión de los referidos recursos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.