



Roj: **SAP VA 1478/2020 - ECLI:ES:APVA:2020:1478**

Id Cendoj: **47186370012020100380**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2020**

Nº de Recurso: **158/2020**

Nº de Resolución: **377/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO SALINERO ROMAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00377/2020**

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

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

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MGR

**N.I.G.** 47086 41 1 2019 0000153

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000158 /2020**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000133 /2019

Recurrente: Irene

Procurador: JORGE FAUSTINO RODRIGUEZ-MONSALVE GARRIGOS

Abogado: ALBERTO GOMEZ DURANTEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Martin

Procurador: , AMADEO GONZALEZ MARTIN

Abogado: , TERESA VICARIO FERNANDEZ

**SENTENCIA Nº 377/2020**

Ilmos Magistrados-Jueces Sres.:

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL

Dª EMMA GALCERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a cinco de noviembre de dos mil veinte

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000133 /2019, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000 , a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000158 /2020, en los que aparece como parte **DEMANDANTE-RECONVENIDA- APELANTE:** Irene ,



representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JORGE FAUSTINO RODRIGUEZ-MONSALVE GARRIGOS, asistido por el Abogado D. ALBERTO GOMEZ DURANTEZ, y como parte **DEMANDADA-RECONVINIENTE-APELADA**: Martin , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. AMADEO GONZALEZ MARTIN, asistido por el Abogado D<sup>a</sup>. TERESA VICARIO FERNANDEZ, con intervención del Ministerio Fiscal; sobre modificación de medidas definitivas.

## 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: "Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. Marta Fernández Gimeno, en nombre y representación de D. Irene , contra D. Martin y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demandada reconvenional interpuesta por el Procurador D. Amadeo González Martín en nombre y representación de D. Martin contra Dña. Irene , debo DECLARAR Y DECLARO haber lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas por sentencia de divorcio nº 81/17 dictada por este Juzgado de fecha 5 de junio de 2017, en los siguientes extremos, manteniéndose el resto de las medidas acordadas:

-Se suprime la visita intersemanal establecida consistente en: "La semana que el progenitor nos lo tenga en su compañía, disfrutará de una tarde con los menores, que serán la que pacten las partes, o en su defecto, los miércoles desde la salida del colegio hasta la 20.00 horas, momento en el que el progenitor los reintegrará al domicilio del otro".

-Se declara extinguida la pensión de alimentos establecida en favor de los hijos y con cargo al progenitor D. Martin .

Todo ello sin expresa imposición de costas "

**TERCERO.-** Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 27 de octubre de los corrientes, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Con su primer motivo de recurso la parte apelante insiste en su petición de que se le asigne la **custodia** exclusiva de los hijos menores pues ha cambiado su residencia a Madrid donde tiene un trabajo según documentación aportada y admitida en esta alzada. Aduce que el menor Virgilio ha manifestado un claro deseo de convivir con ella y que en Madrid pueden los hijos recibir una educación más idónea y adecuada por las altas capacidades intelectuales de que disponen.

El recurso se va estimar por las razones que exponremos y la estimación del recurso de la actora conlleva la desestimación de la demanda reconvenional.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 ha considerado con referencia al Interés superior del menor que dicho interés no puede restringir ni limitar más derechos que los que ampara y las decisiones y medidas adoptadas para protegerle deben valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudiesen verse afectados. Para elegir un régimen de **custodia** exclusivo o monoparental o de guarda conjunta o **compartida** lo que debe primar en el Juez es la valoración de con qué régimen se cuida o se protege más y mejor su interés superior. Para averiguarlo la Sala Primera tiene en cuenta una serie de factores entre los que se encuentra, si se trata de adoptar el régimen de guarda **compartida**, la distancia entre localidades de residencia de los progenitores y cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se llevaba a cabo cuando los padres convivían. Pero ello será admisible siempre que sea posible y en tanto en cuanto que lo sea como ha señalado la Sala Primera en sentencias entre otras de 25 de abril de 2014, 1 de marzo de 2016 o en la de 10 de enero de 2018. La distancia geográfica entre localidades ha sido considerado por la Sala Primera en esta última sentencia como trascendental dato o factor para ponderar la no conveniencia del régimen de **custodia compartida** pues no solo dificulta sino que hace inviable el sistema de **custodia compartida** con estancias semanales que van a producir distorsiones y alteraciones en la vida de un menor máxime cuando, como es el



caso, los menores ya están escolarizados. La distancia entre DIRECCION001 y DIRECCION002 lugar en que la madre ha encontrado trabajo o en Madrid donde reside es de unos 300 km lo que impide el desenvolvimiento del régimen de **custodia compartida** establecido en la sentencia apelada. Todas estas circunstancias operan en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada.

De los informes periciales psicosociales resulta la idoneidad y habilidad de ambos progenitores para hacerse cargo de la **custodia** de los menores por lo que cualquiera de ellos puede ejercer la guarda como se deduce de que se estableciese en su momento el régimen de guarda **compartida**. Se dice expresamente en la sentencia que los dos progenitores son idóneos para el ejercicio de la guarda y que ambos están involucrados en la educación de los menores y en su desarrollo personal. En la exploración de Virgilio este manifiesta que *cuando está con su madre siempre está con ella, que no le parece mal vivir en Madrid con su madre y que esta mejor con su madre porque le ha cuidado desde siempre ya que su padre trabajaba*. Refiere también que *los momentos de ocio con su madre en Madrid son más divertidos porque hacen más cosas*. Los deseos manifestados por los menores son otro de los factores valorados por la Sala Primera para determinar su interés superior y el de Virgilio, como resulta de su exploración, es inequívoco en cuanto a sus preferencias. Las integrantes del equipo psicosocial también expusieron en la vista el juicio, en referencia a sus consideraciones psicológicas, que el padre se mostraba poco flexible a realizar cambios en beneficio de los menores y que presentaba una imagen negativa de la madre cuestión que no beneficia a los niños por el vínculo afectivo que tienen con la madre. No puede valorarse positivamente esa actitud del padre porque incumple uno de los deberes que les son exigibles a los progenitores como el respeto mutuo de las relaciones personales entre ellos y no implicar a los hijos en sus disputas personales debiendo promover una imagen positiva del otro. En el escrito de reconvenición se atribuye a la madre el ejercicio de la custodia sin que exista una prueba indubitada y concluyente de tal hecho de lo que constituye indicio relevante que el apelado se haya conformado con el régimen de **custodia compartida** mantenido en la sentencia. Informan las componentes del equipo psicosocial que el padre contaba cosas negativas de la vida de la madre y que en cambio la madre no hizo valoraciones sobre la vida del padre. El factor del respeto mutuo también se ha valorado especialmente por la Sala Primera para averiguar el interés superior del menor y es obvio que por los informes del equipo psicosocial la actitud del padre respecto de la madre puede afectar negativamente a los menores en el vínculo afectivo que mantienen con la madre.

Aunque al hijo menor Cristobal, por su edad, no se le exploró debe seguir el régimen de **custodia** que se establezca para Virgilio pues el apartado 5 del art. 92 del Código Civil establece que al adoptar el régimen de guarda se procurará no separar a los hermanos

No es admisible la postura de la parte apelada de obstinarse en mantener un régimen de guarda **compartida** incompatible con la larga distancia entre las localidades en que residen ambos progenitores y tratando de limitar el derecho a la libertad de residencia de la apelante previsto como derecho fundamental en el art. 19 de la Constitución.

En este caso el padre solicitó inicialmente la guarda exclusiva para él y ahora ante el recurso de la madre abandona esa pretensión para defender un régimen de guarda **compartida** que no es compatible con la nueva residencia de la madre a la que no se puede obligar a residir en DIRECCION001 o sus inmediateces infringiendo su derecho fundamental a la libertad de residencia y esa sería la consecuencia de mantener el régimen de guarda **compartida**.

El cambio de residencia justificada en motivos laborales o por pura voluntad resulta inconciliable con un régimen de **custodia compartida**. Cualquier progenitor tiene derecho a fijar su domicilio donde considere conveniente por cualquier razón pues se trata de un derecho fundamental con amparo en los artículos 19 y 13 de la Constitución. Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. El cambio de domicilio solo puede tener transcendencia respecto a la **custodia** de los hijos en que se asigne su guarda a uno solo de los progenitores concretamente a aquel que resida en la localidad donde el niño se encuentre integrado en un determinado contexto social y familiar en el que ha desarrollado y desarrolla su vida. Pero no puede tener transcendencia en el derecho de cualquiera de los progenitores a fijar su residencia donde le convenga en uso del derecho fundamental antes citado.

La consecuencia de todo lo argumentado es que debe atribuirse la **custodia** a la madre, a mayores de lo razonado, por considerarse lo más beneficioso para los menores porque sin explicación justificable el padre ha abandonado su postura reconvenional de solicitar para sí la **custodia** exclusiva de los niños aferrándose a un sistema de guarda **compartida** por semanas que es inconciliable con la larga distancia entre las localidades de residencia de ambos progenitores.

**SEGUNDO.**- Determinado el régimen de guarda en la forma que se expone en el fundamento de derecho anterior deben adoptarse las medidas adecuadas para que el padre pueda visitar a los menores considerándose



idóneas las pretendidas por la parte apelante por ser las ordinarias y habituales para supuestos similares en que las circunstancias concurrentes no presentan una situación de excepcionalidad. E igualmente el régimen propuesto respecto a las tiempos vacacionales salvo el de verano que se distribuirá en cuatro perdidosos en la forma que se dirá en la parte dispositiva de esta resolución y a salvo el acuerdo de las partes. Respecto a la entrega y recogida de los menores no se acepta el sistema solicitado de recogida y entrega en el domicilio materno y visto que la madre no ha tenido dificultades para sus traslados a Madrid cuando vivía en DIRECCION001 ha de aplicarse el principio jurisprudencial sentado en la sentencia de la Sala Primera de 26 de mayo de 2014 del reparto entre los progenitores de las obligaciones de recogida y entrega de los menores conforme al criterio del reparto equitativo de cargas. Por tanto, en defecto del acuerdo de las partes, el padre recogerá a los menores del domicilio de la madre **custodia**, para ejercer el derecho de visita y la madre los retornará a su domicilio.

**TERCERO.-** Al decidirse la **custodia** a favor de la madre el padre deberá abonar la correspondiente pensión alimenticia. Respecto a su cuantía debemos admitir la propuesta por la actora de 560 euros mensuales para ambos hijos que la percibirán por mitad. Cuando se estableció el régimen de guarda **compartida** se pusieron a cargo del padre 400 euros. En la sentencia recurrida se suprimió la obligación alimenticia del padre porque en la sentencia a modificar se tuvo en cuenta que entonces la madre no trabajaba y ahora sí lo hace. Pero es lo cierto que ahora se va a establecer un régimen de **custodia** exclusivo lo que supone que la mayor parte del tiempo los menores estarán en su compañía lo que le acarrará hacerse cargo de mas gastos de atención. Es cierto que ahora la madre trabaja pero tendrá que prestar mayor dedicación en forma de implicación personal, aparte de la económica, con los hijos y esa circunstancia debe valorarse también para la fijación del importe de la pensión. Además los hijos tienen más necesidades que en el momento de la sentencia de divorcio pues ya han transcurrido más de 3 años desde cuando se fijó el importe de la pensión en 400 euros y es notorio que el coste de la vida en Madrid es más elevado que el de un pequeño pueblo como DIRECCION001 .

No se aprecia incapacidad económica del padre para atender la pensión establecida pues siempre atendió con regularidad el abono de los 400 euros establecidos en la sentencia de divorcio,

Respecto a los gastos extraordinarios cada progenitor se hará cargo del 50% previo consentimiento de ambos y acreditación de su importe

**CUARTO.-** En cuanto a las costas, estimado el recurso de apelación, no cabe hacer expresa imposición por disponerlo así el art. *art. 398.2 de la L.E.Civil* ). Aunque se estima la demanda y se rechaza la demanda reconvenional no se hace imposición de las costas de la primera instancia según criterio constante de esta Sala (*por todas la sentencia de veinticinco de Junio de dos mil nueve* ), puesto que las cuestiones planteadas por las partes ofrecían serias dudas fácticas que de ordinario se presentan en casos similares al analizado por la habitual incertidumbre de la mejor decisión a tomar con la finalidad de facilitar la idoneidad de los contactos entre los hijos y sus progenitores, y justifican tal decisión en aplicación del *art. 394. 1 de la L.E.Civil*

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

## FALLAMOS

**Que estimando** el recurso de apelación interpuesto a nombre de Doña Irene contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 en fecha 19 de diciembre de 2019 en los autos a que se refiere este rollo, **debemos revocar y revocamos la aludida resolución en los siguientes particulares:**

- Se atribuye a la actora la guarda y **custodia** exclusiva de los hijos menores llamados Virgilio y Cristobal siendo **compartida** la patria potestad por ambos progenitores.

- Se establece el siguiente régimen de visitas, comunicaciones y estancias de D. Martin con los hijos citados en los siguientes términos: Fines de semana alternos de viernes a domingo desde el viernes a las cinco de la tarde hasta las ocho de la tarde del domingo. Las vacaciones de Semana Santa, y Navidad, se distribuirán por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo, a falta de acuerdo de las partes, elegir al padre los años impares, y a la madre los años pares comunicándolo por escrito al otro progenitor con 15 días de antelación. En lo referente a las vacaciones de verano, éstas se distribuirán en 4 periodos: 1- Desde el día de las vacaciones escolares de los menores a las 15 :00 h hasta el día 15 de julio a las 20:00 h. 2- Del día 15 de julio a las 20:00 h hasta el día 31 de de julio a las 20 horas. 3- Del día 31 de julio a las 20 horas al día 15 de agosto a las 20 horas. 4- Del día 15 de agosto a las 20 horas al día anterior al inicio del curso escolar a las 20:00h. Corresponderá, a falta de otros acuerdos entre los progenitores, al padre la elección de los distintos periodos alternativos en los años impares y a la madre los años pares.



- En defecto del acuerdo de las partes el padre recogerá a los menores del domicilio de la madre **custodia** para ejercer el derecho de visita y la madre los retornará a su domicilio.
- Se fija como pensión alimenticia para cada hijo la suma de 280 euros mensuales que se abonaran los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la madre **custodia** y será actualizada conforme a la variación interanual que experimente el IPC o índice equivalente que le sustituya
- Cada progenitor se hará cargo del 50% de los gastos extraordinarios previo consentimiento de ambos y acreditación de su importe

No se hace expresa imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.

**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.