



Roj: **SAP VA 1788/2022 - ECLI:ES:APVA:2022:1788**

Id Cendoj: **47186370012022100390**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2022**

Nº de Recurso: **245/2022**

Nº de Resolución: **393/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EMMA GALCERAN SOLSONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00393/2022

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

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

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MPD

N.I.G. 47186 42 1 2020 0011234

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000245 /2022

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000330 /2021

Recurrente: Felicísima

Procurador: CRISTIAN BLANCO GARCIA-VIDAL

Abogado: ANDREA MENDIOLA LOPEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Benigno

Procurador: , JUDITH VALLEJO ROMAN

Abogado: , RICARDO BLAS VENERO

SENTENCIA nº 393/2022

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

Dª EMMA GALCERÁN SOLSONA

En VALLADOLID, a tres de noviembre 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. 330/2021 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid, seguido entre partes, de una, como **DEMANDANTE-APELANTE, Dª Felicísima**, representada por el Procurador D. Cristian Blanco García-Vidal y defendida por el Letrado D. Alejandrino



Francisco Fernández; y de otra, como **DEMANDADA-APELA, D. Benigno**, representado por la Procuradora D^a Judith Vallejo Román y defendido por el Letrado D. Ricardo Blas Venero; habiendo intervenido 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 21/02/2022, se dictó sentencia cuyo fallo dice así:

*"Se **DESESTIMA** la demanda de modificación de medidas formulada por Doña Felicísima frente a Don Benigno y **ESTIMO** la demanda reconvenicional formulada por Don Benigno y, en consecuencia, modifico la sentencia n^o 245/2020 de fecha 29 de septiembre de 2020 dictada en el procedimiento F01 n^o 591/2020 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n^o 13 de Valladolid que homologó el convenio regulador suscrito por las partes el 31 de agosto de 2020 en el sentido siguiente:*

1.- Se atribuye a Don Benigno la guarda y custodia de su hija menor, Julia .

2.- Se establece el siguiente régimen de visitas materno filial: la madre, Doña Felicísima, podrá estar en compañía de su hija menor, Julia, todos los fines de semana alternos, desde el viernes a las 16:30 horas o desde la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20:00 horas que la reintegrará al domicilio paterno.

**** Las vacaciones escolares las disfrutarán los progenitores por mitad, las de Navidad, Semana Santa y verano.*

- El periodo de Navidad se distribuirá en dos periodos, el primero comenzará el último día lectivo a las 16:30 horas o a la salida del centro escolar y terminará el día 30 de diciembre a las 18:00 horas, y el segundo, desde ese día al anterior al primer día lectivo que la reintegrará el progenitor no custodio al domicilio paterno.

- Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos períodos iguales alternativos, el primer periodo desde el último día lectivo a las 16:30 horas o a la salida del centro escolar hasta la mitad del periodo vacacional a las 18:00 horas y el segundo desde ese día que constituye la mitad de las vacaciones, hasta el anterior al primer día lectivo que lo reintegrará el progenitor no custodio al domicilio familiar.

-Las vacaciones estivales, durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre, se dividirán en seis periodos que se disfrutarán alternativamente:

**El primer periodo, desde último día lectivo a las 16:30 horas o a la salida del centro escolar, hasta el 1 de julio a las 18:00 horas.*

**El segundo periodo, desde el 1 de julio a las 18:00 horas hasta las 18:00 horas del día 15 de julio.*

**El tercero, desde el 15 de julio a las 18:00 horas hasta el 1 de agosto a las 18:00 horas.*

**El cuarto periodo desde las 18:00 horas de 1 de agosto a las 18:00 horas hasta el 15 de agosto a las 18:00 horas.*

** El quinto periodo desde el 15 de agosto a las 18:00 horas hasta el 31 de agosto a las 18:00 horas.*

** El sexto periodo desde el 31 de agosto a las 18:00 horas hasta el primer día lectivo que la reintegrará al domicilio paterno cuando sea la progenitora no custodia quien la tenga en su compañía.*

Las entregas y recogidas se harán siempre en el centro escolar o en el domicilio paterno cuando no se esté en periodo escolar y el disfrute de los periodos vacacionales tendrán una alternancia rotatoria, los años pares corresponderá elegir al padre el periodo y los impares elegirá la madre.

El padre y la madre podrán comunicarse telefónicamente y por otros medios telemáticos con su hija en los periodos en que estén con el otro progenitor todos los días entre las 19:00 horas y las 20:00 horas, salvo que los progenitores pacten otro horario y se preferirán las comunicaciones mediante sistema audiovisual.

Dado que la menor no está todavía escolarizado ni está en edad de enseñanza obligatoria, se tomará como base para los periodos vacacionales, el calendario escolar que publica la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León.

Todas las entregas y recogidas del menor que no puedan hacerse en la guardería o en el centro escolar se llevarán a cabo en el domicilio paterno.

3.- Doña Felicísima abonará en concepto de pensión de alimentos a su hija, la suma de 300,00 euros mensuales, suma fijada que será abonada por la obligada al pago dentro de los cinco primeros días de cada mes en la



cuenta corriente que designe el padre y que se actualizará anualmente conforme al IPC que determine el INE u Organismo que los sustituya.

Los gastos extraordinarios de la hija menor se abonarán por mitad entre los progenitores, entendiéndose por tales los gastos médicos sanitarios y farmacéuticos no cubiertos por las Seguridad Social o seguro privado de los padres y los educacionales como las clases particulares de asignaturas troncales que vengan recomendadas por el centro escolar.

Los gastos originados para el cumplimiento del régimen de visitas establecido serán abonados por ambos progenitores por mitad.

Se condena a la parte actora y demandada reconvenida al abono de las costas causadas."

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 demandada y por el Ministerio Fiscal se presentaron sendos escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, tras la tramitación correspondiente, se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 02/11/2022, en el que tuvo lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. **D^a EMMA GALCERÁN SOLSONA.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En orden a resolver esta alzada debe ponerse de relieve que la madre de la menor, nacida el día NUM000 de 2020, en su demanda de modificación de medidas, solicitó la atribución de la guarda y custodia de la menor en exclusiva a la madre, con un régimen de visitas paterno-filial, una pensión de alimentos en favor de la hija menor y a cargo del padre.

El padre de la menor se opuso a la demanda, y en su demanda reconvenida solicitó la atribución de la guarda y custodia en exclusiva al padre, con un régimen de visitas materno-filial y una pensión de alimentos a cargo de la madre, quien se opuso a la pretensión.

SEGUNDO.- En el convenio regulador firmado por los progenitores de la menor, que fue homologado por sentencia, se pactó que la guarda y custodia de la hija menor, para el supuesto de accidente incapacitante, enfermedad grave, hospitalización o internamiento, desplazamiento geográfico de carácter laboral, recaerá necesariamente en el otro progenitor.

La madre de la menor se trasladó a Alicante con el propósito de buscar un mejor futuro laboral y profesional, manifestando la madre que recibió una oferta laboral interesante, cuyo contrato de trabajo aportó con la demanda, por lo que se trasladó a Alicante, trabajando actualmente en dicha ciudad en una clínica de medicina estética, además de trabajar en redes sociales.

La sentencia de instancia atribuyó la guarda y custodia de la menor en exclusiva al padre, conteniéndose en el recurso alegaciones relativas a que lo que hay que perseguir es el interés superior del menor, y no basar el cumplimiento de un convenio regulador en la doctrina de los actos propios, al propósito de la apelante de buscar mayores oportunidades profesionales, que no le ofrecía la localidad de DIRECCION000, Valladolid, así como las relativas a que se limita el derecho a la movilidad geográfica de la madre, en busca de un mejor futuro para ella y para su hija, las relativas a la actitud de la madre de diálogo y búsqueda de una solución favorable para todos, a que el horario laboral del padre es incompatible con la atribución de la guarda y custodia en exclusiva al mismo, a que la madre es la figura principal de apego para la hija, máxime teniendo en cuenta la corta edad de la niña, y otras.

TERCERO.- En el caso de autos debe tomarse en consideración que al no poder ser una custodia compartida dada la distancia entre los domicilio de los progenitores, DIRECCION000 y Alicante, procede atribuirla en exclusiva al padre de la menor, porque es lo que pactaron los progenitores para el caso de desplazamiento geográfico de carácter laboral, teniendo presente, además, el superior interés de la menor respecto de su desarrollo en un marco de estabilidad, en todos sus aspectos (afectivo, social, escolar, educacional, etc.), pues la madre podría volver a cambiar de lugar de residencia, constando en autos que el padre continúa residiendo en DIRECCION000, habiendo aportado certificado de la empresa en la que trabaja, DIRECCION001, acreditativo de que el padre trabaja como técnico comercial con un contrato indefinido a jornada completa disponiendo de flexibilidad horaria ya que por las condiciones de su trabajo como comercial no está obligado a permanecer en las instalaciones de la empresa toda su jornada, desarrollando la mayor parte de su trabajo fuera de las mismas.



Por otra parte, aportó el contrato de trabajo, junto a su vida laboral, flexibilidad horaria que le permite compaginar su trabajo profesional con el cuidado de su hija, contando con el apoyo de su familia, pues los padres del apelado y sus hermanas, quienes residen en sus respectivos domicilio en DIRECCION000, próximos al domicilio del apelado, además de residir en dicha localidad varios tíos y primos carnales del apelado, quien reside en una vivienda de su propiedad, bien acondicionada y adecuada para su hija, quien disfruta en ella de su propia habitación.

Teniendo en cuenta los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia, de lo expuesto resulta la procedencia de desestimar el recurso, confirmando la sentencia, y tal como indica el Ministerio Fiscal interesando la desestimación del recurso, el convenio regulador previno ese supuesto del desplazamiento geográfico de carácter laboral por parte de uno de los progenitores, pactándose la solución aplicable en dicho supuesto, y a mayor abundamiento considera el Ministerio Fiscal que el interés superior de la menor no se satisface por la proximidad con la madre y la lejanía del padre, cuando precisamente el convenio contemplaba a partir de los tres años de edad de la menor, el ejercicio de una custodia compartida con una presencia igualitaria de ambos, custodia compartida que como declara la sentencia no es posible dada la distancia entre sus domicilios, aparte de que la parte apelante lo que pide es la estimación de la demanda, es decir, la atribución de la guarda y custodia en exclusiva a la madre y un régimen de visitas paterno-filial sufragando los gastos de dichos desplazamientos al 50% la madre.

En consecuencia, no existe en la sentencia de instancia ninguna de las notas o características negativas a que alude la jurisprudencia reseñada en el F.D. Cuarto, acerca de la valoración de la prueba, por todo lo cual, procede su confirmación íntegra, desestimando el recurso.

CUARTO.- Como ha declarado esta Sala en relación con la naturaleza del recurso de apelación, entre otras, en la sentencia de 27 de noviembre de 2008, RPL-252/2018, "la más adecuada solución del mismo determina la necesidad de entrar en el examen y valoración de la prueba que obra unida a las actuaciones y ha sido tenida en consideración por la Juez 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 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, 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 extrajeran 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)."

Y en relación con la eficacia de la prueba de peritos, la Sala Primera tiene declarado (STS. de 22 de febrero de 2006, RC Nº 1419/1999), que el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados no vincula a jueces y tribunales, que pueden apreciar esta según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a las conclusiones del perito (STS. de 16 de octubre de 1980), de las que pueden prescindir (STS. de 16 de febrero de 1994).

En relación con dicha cuestión, tiene declarado la jurisprudencia, asimismo, que los tribunales, al valorar los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica (art. 348 de la LEC), deberán ponderar los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en las declaraciones de los peritos, pudiendo no aceptar el Tribunal el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro; debiendo también tenerse en cuenta las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes de peritos designados por las partes, como de los emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes, debiéndose examinar igualmente las operaciones periciales que se hayan realizado concretamente, los medios, métodos o instrumentos empleados y los datos en que se sustenten los dictámenes, así como la competencia profesional de sus autores y las circunstancias que hagan presumir su objetividad (SS.TS de 10 de febrero de 1994, 28 de enero de 1995, 31 de marzo de 1997, 30 de noviembre de 2010, 15 de diciembre de 2015, 17 de mayo de 2016, entre otras muchas).

QUINTO.- Procede imponer a la parte apelante las costas del recurso de apelación ex art. 398-1 LEC.

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



FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Blanco García-Vidal, en nombre y representación de D^a Felicísima, contra la sentencia nº 63/2022, de fecha 21/02/2022, dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 13 de Valladolid en su procedimiento Modificación de Medidas Supuesto Contencioso nº 330/21, confirmándola íntegramente, con imposición a la parte apelante de las costas del recurso de 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. 15^a 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.