

Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3ª, Sentencia 52/2019 de 7 Feb. 2019, Rec. 483/2018

Ponente: Pérez Pena, María José.

Nº de Sentencia: 52/2019

Nº de Recurso: 483/2018

Jurisdicción: CIVIL

Diario La Ley, Nº 9415, Sección Reseña de Sentencias, 15 de Mayo de 2019, **Wolters Kluwer**

ECLI: *ES:APC:2019:216*

La desatención del padre en el cuidado de su hijo, que suplen los abuelos paternos, justifica la concesión de la custodia a la madre

DIVORCIO. Modificación de medidas. GUARDA Y CUSTODIA. Atribución a la madre. La desatención del padre en el cuidado de su hijo, que suplen los abuelos paternos, constituye una alteración esencial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó la custodia compartida. Las funciones parentales que le corresponden al padre son de obligado cumplimiento, no pudiendo exonerarse por considerar que el menor está bien cuidado por los abuelos.

La AP A Coruña confirma la sentencia de instancia que estimó la demanda de modificación de medidas y otorgó a la madre la custodia del hijo.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00052/2019

N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

-

Tfno.: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

BP

N.I.G. 15030 48 1 2017 0000041

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000483 /2018

Juzgado de procedencia: XDO.VIOLENCIA SOBRE A MULLER N.1 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000055 /2017

Recurrente: Clemente

Procurador: MARIA JESUS VAZQUEZ RAMIREZ

Abogado:

Recurrido: Africa

Procurador: CONCEPCION PEREZ GARCIA

Abogado:

SENTENCIA

Audiencia Provincial, Sección 3ª

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª María Josefa Ruiz Tovar, presidenta.

Dª María José Pérez Pena.

D. Rafael Jesús Fernández Porto García.

En A Coruña, a 7 de febrero de 2019.

Visto por la Sección 3ª de esta Ilma. Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores magistrados que anteriormente se relacionan, el presente **recurso de apelación tramitado bajo el número 483-2018**, interpuesto contra la sentencia dictada el 10 de julio de 2018 por el juzgado de violencia sobre la mujer núm. 1 de A Coruña, en los autos de **modificación de medidas núm. 55/2017**, siendo parte como **apelante**, el demandado, DON Clemente, provisto del documento nacional de identidad nº NUM003, con domicilio en CALLE000, núm. NUM000- NUM001 NUM002, A Coruña, representado por la procuradora doña María-Jesús Vázquez Ramírez, bajo la dirección del abogado don José López Balado; y siendo parte **apelada**, la demandante, DOÑA Africa, provista del documento nacional de identidad NUM004, con domicilio en CALLE001, núm. NUM005- NUM006, A Coruña, representado por la procuradora doña Concepción Pérez García, bajo la dirección de la abogada doña María-Jesús Ferreiro Viña; entendiéndose las actuaciones con el **MINISTERIO FISCAL**, en concepto de apelado; versando los autos sobre guarda, custodia y pensión de alimentos al hijo menor.

Y siendo magistrada ponente la Ilma. Sra. doña María José Pérez Pena.

ANTECEDENTES DE HECHO

Aceptando los de la sentencia de fecha 10 de julio de 2018, dictada por el juzgado de violencia sobre la mujer núm. 1 de A Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **"Fallo:** MODIFICO la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de los de esta ciudad con fecha 3 de mayo de 2016 en el procedimiento de guarda y custodia y alimentos de hijo menor no matrimonial nº 1325/2014, en el sentido siguiente:

-A partir de esta fecha la custodia del hijo menor de edad, Leovigildo, la ejercerá su madre Dña. Africa, sin perjuicio de que patria potestad continúe compartida con el padre, D. Clemente.

-El padre abonará a la madre, dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que ella señale, la cantidad de 200 euros como contribución a los alimentos del menor. Esta cantidad se actualizará anualmente según el IPC.

Además sufragará el 50% de los gastos extraordinarios.

-El padre estará en compañía de su hijo de la siguiente manera:

-los fines de semana alternos desde la salida del colegio, los viernes, o desde las 17:00 horas de no ser día lectivo, hasta las 20 horas de los domingos.

-los martes y jueves de cada semana desde la salida del colegio, o desde las 17:00 horas de no ser día lectivo, hasta las 20 horas.

-en vacaciones de verano las primeras quincenas de los meses de julio y agosto, desde las 11:00 horas del primero de los días hasta las 20 horas del último, los años pares, y las segundas quincenas de los mismos meses, en idéntico horario en los años impares.

-en navidad desde las 11 horas del primero de los días de vacación escolar hasta las 20 horas del día 30 de diciembre en los años pares, desde las 11 horas del día 31 de diciembre hasta las 20 horas del día anterior al inicio del curso escolar, en los años impares.

-en Semana Santa desde las 11 horas del primero de los días de la vacación escolar hasta las 20 horas del miércoles

siguiente, en los años pares, desde las 11 horas del jueves santo hasta las 20 horas del día anterior al reinicio del curso escolar, en los años impares.

-la madre disfrutará de los periodos vacacionales en la forma inversa.

-los intercambios del menor se realizarán en su domicilio.

-cualquiera de los dos progenitores podrá comunicar con el niño, cuando esté con el otro, telefónicamente o por medido similar de manera proporcionada y con respeto a los horarios.

Sin imposición de costas".

Primero.- Interpuesta la apelación por don Clemente, y admitida, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso la procuradora Sra. Vázquez Ramírez.

Segundo.- Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 4 de enero de 2019, se admite el recurso, mandando formar el correspondiente rollo y designando ponente. Se tiene por parte a la procuradora Sra. Vázquez Ramírez, en nombre y representación de don Clemente en calidad de apelante y se tiene por parte a la procuradora Sra. Pérez García, en nombre y representación de doña Africa, en calidad de apelada; entendiéndose las actuaciones con el ministerio fiscal, en concepto de apelado. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista se dio cuenta a la Sra. Presidenta de la llegada de los autos e incoación del recurso a efectos de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

Tercero.- Por providencia de fecha 14 de enero de 2019 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 5 de febrero del año en curso, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

Primero.- La resolución dictada en la instancia concluye apreciando la existencia de modificación de medidas y por lo tanto modifica la sentencia dictada por el juzgado de 1ª instancia nº 10 de esta ciudad el 3-mayo-2016 en el procedimiento de guarda y custodia adoptando otras medidas; alzándose contra la citada resolución el demandado por entender: a) que no ha habido una modificación de medidas y b) infracción del art. 92 Código Civil (LA LEY 1/1889) sea estimado el recurso y revocada la sentencia apelada se dicte otra en la que no se aprecie la existencia de modificación de medidas; a lo que se opone la parte contraria solicitando su confirmación.

Segundo.- El art. 90, inciso antepenúltimo del Código Civil (LA LEY 1/1889), permite cuando se alteren sustancialmente las circunstancias reclamar a los litigantes que se modifiquen las medidas judicialmente adoptadas o las acordadas por los cónyuges en el Convenio Regulador; esta facultad, tiene como finalidad de que las pretensiones impuestas o convenidas se adecúen, a lo largo de su vigencia, al posible cambio de circunstancias, subjetivas y objetivas concurrentes tanto en el obligado al pago como en la parte receptora; equilibrio de prestaciones de imposible salvaguarda al momento de suscribir el Convenio o del dictado por la resolución judicial, puesto que la variación ha tenido lugar por circunstancias ocurridas con posterioridad, pero hay que tener en cuenta que no toda variación de las circunstancias es susceptible de generar una modificación de las medidas anteriormente adoptadas sino que dicha variación debe ser "sustancial" lo que supone tanto como afirmar, a sensu contrario que las modificaciones que no afecten a la esencia de la prestación o que sean irrelevantes, puedan tenerse en cuenta dada su escasa relevancia.

Para resolver la cuestión litigiosa aquí planteada, ha de tenerse presente que: la alteración de circunstancias para ser tenidas en cuenta ha de revestir una serie de requisitos exigidos por la jurisprudencia: "Tales como que sean verdaderamente trascendentes, y no de escasa o relativa importancia; permanentes o duraderas y no coyunturales o transitorias; que no sean imputables a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituidas con finalidad de fraude; y, por último, que sean posteriores y no previstas por los cónyuges o el juzgador en el momento en que fueron establecidas. Es, por ello, que la revisión postulada por el demandante se encuentra condicionada a la demostración, por su parte, que la mentada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada.

Tercero.- *Del conjunto de pruebas aportadas a autos ha quedado demostrado que en el caso presente sí ha habido una modificación de circunstancias, de manera que una vez se ha dictado la sentencia que acuerda el régimen de guarda y custodia compartida, al haberse demostrado la desatención del padre respecto al cuidado hacia su hijo, funciones que realizan los abuelos paternos, pues una cosa es que en casos puntuales pueda verse obligado a pedir ayuda a los abuelos del menor para su cuidado, pero no que sean éstos los que cuiden y se encarguen directamente de su nieto, puesto que las funciones que le corresponden al padre son de obligado cumplimiento sin que pueda exonerarse de sus obligaciones por considerar que el menor está bien cuidado por los abuelos, lo cual no se pone en duda, pero es él que como padre debe cumplir con sus obligaciones y en el presente caso no lo hace; circunstancia que es corroborada asimismo por la prueba testifical y el informe emitido por el equipo psicosocial del Imelga.*

Se aprecia por lo tanto una modificación de medidas, por lo expuesto, sin que pueda tenerse en cuenta lo alegado actualmente por el demandado en el sentido de que ahora como se encuentra en el paro tiene más tiempo para cuidar de su hijo.

Extremo que debe ser desestimado.

Por otra parte se basa el recurso en la infracción del art. 92 del Código Civil (LA LEY 1/1889) *en cuanto a la vulneración del interés del menor.*

Ninguna vulneración se aprecia con la declaración de cambio de circunstancias, y cuyas consecuencias se adoptan precisamente para proteger al menor que es el interés que debe prevalecer; cualquiera medida que se adopte es teniendo en cuenta el "favor filii" y ello es lo que ha realizado el juez de instancia a la vista de los incumplimientos del padre destacando entre ellos por su importancia el no haber acudido al centro escolar donde acude el menor, con el fin de autorizar un apoyo individualizado de Audición y lenguaje en el centro, debido a sus necesidades educativas específicas, según informa la Consellería de Educación tratamiento que fue establecido por el departamento de orientación del CEIP DIRECCION000 en el mes de diciembre del año 2017; autorización que solo la ha dado la madre; incumplimientos que repetimos es su obligación y no puede éste considerarlos cumplidos por el ejercicio de éstas a través de los abuelos; considerando correctas las medidas adoptadas por el juez de instancia respecto a la atribución de la custodia a la madre; estableciendo un régimen de visitas, un cuadro de vacaciones, y la obligación al padre de abonarle en concepto de pensión por alimentos la suma de 200 € mensuales, pues si bien refiere el padre que actualmente se encuentra en paro ya en el informe psicosocial de fecha 12-enero-2018 se hace referencia a que trabaja como electricista en DIRECCION001; percibe unos ingresos mensuales de 1.300 € y vive en un piso de su propiedad de 85 m2, aun cuando le quedan 10 años por pagar de hipoteca; lo cual no concuerda con lo que dice percibir por hallarse en el paro, situación en que se encuentra desde el 3-05-18, habiéndose celebrado el juicio en julio de 2018; estas contradicciones hacen que mantengamos la cuantía que por pensión alimenticia se ha establecido en la sentencia apelada.

En este extremo el recurso ha de ser igualmente desestimado.

Cuarto.- La especial naturaleza de esta clase de procesos determina la no imposición de costas.

FALLO

Por lo expuesto, la **Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña**, resuelve: Que con desestimación del recurso interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 10- julio-2018 por el juzgado de violencia sobre la mujer nº 1 de A Coruña, resolviendo el supuesto de modificación de medidas nº 55/2017, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la citada resolución; todo ello, sin hacer expresa imposición en cuanto al pago de las costas.

Así se acuerda y firma.

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Señores magistrados que la firman, y leída por la magistrada ponente doña María José Pérez Pena, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el letrado de la Administración de Justicia, certifico.