

Roj: SAP O 1688/2011
Id Cendoj: 33044370012011100259
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Oviedo
Sección: 1
Nº de Recurso: 43/2011
Nº de Resolución: 323/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JAVIER ANTON GUIJARRO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00323/2011

Rollo:43/11

S E N T E N C I A NÚM.323/11

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Agustín Azparren Lucas

MAGISTRADOS

D. Guillermo Sacristán Represa

D. Javier Antón Guijarro

En Oviedo a, veinticinco de Julio de dos mil once.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000871 /2009, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000043 /2011, en los que aparece como parte apelante, María , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSEFINA ALONSO ARGUELLES, asistido por el Letrado D. JULIO CESAR MENENDEZ ARGUELLES, y como parte apelada, Octavio , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOAQUIN I. ALVAREZ GARCIA, asistido por el Letrado D. RAFAEL ABRIL MANSO; y el MINISTERIO FISCAL en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm.7 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 13.10.10 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Estimando la demanda de Modificación de Medidas acordadas en sentencia firme interpuesta por el Procurador Sr. Alvarez García en representación de D. Octavio frente a DÑA. María , siendo parte el Ministerio Fiscal, DECLARO QUE HA LUGAR a MODIFICAR las medidas acordadas en la sentencia firme dictada en el juicio verbal 1150/05, de este Juzgado, (modificación nº 1058, por sentencia desestimatoria de fecha 18-6-2008), en el siguiente sentido:

-Se establece la GUARDIA COMPARTIDA respecto de la hija común, Coral , nacida el día 11-12-2004, por sus progenitores. Guarda a ejercer, de forma alternativa, de viernes a viernes, recogiendo a la salida del Colegio el viernes y permaneciendo con dada uno hasta la entrada al Colegio el próximo viernes, y así sucesivamente, en el supuesto de que Dña María haya modificado en el horario laboral desempeñado hasta la fecha.

De mantener el mismo horario laboral, el padre tendrá consigo a su hija desde la salida del Colegio el jueves hasta el lunes, a la entrada del Colegio.

Distribuyéndose las vacaciones escolares por mitad, computándose desde las 11:00 horas del día siguiente al día en que le den las vacaciones escolares hasta las 20:00 horas del día inmediatamente anterior al comienzo del curso, salvo que ambos progenitores acuerden otra forma distinta. Eligiendo-en caso de desacuerdo-, la madre los años pares y el padre, los impares, preavisando con un mes de antelación como mínimo.

-Se suspende la obligación de D. Octavio de abonar pensión de alimentos a favor de su hija, de forma que ambos progenitores asumirán los gastos necesarios para atender las necesidades de la menor (alimentación, vestido, habitación, etc, etc) durante el tiempo que esta permanezca bajo su guarda.

Manteniéndose el resto de las medidas en la forma acordada en la sentencia firme dictada en el juicio verbal nº 1150/05.

Sin pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales devengadas en esta instancia".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada María, que fue admitido en ambos efectos, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 21-07-11, quedando los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Don Javier Antón Guijarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Se alza la apelante Doña María contra la Sentencia de fecha 13 octubre 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo en el Procedimiento de Modificación de Medidas 871/2009 por la que se acuerda establecer un régimen de guarda compartida de los progenitores respecto de la hija común habida del matrimonio, alegando en su recurso primeramente la infracción que se dice cometida del *art. 92 C.Civil* toda vez que la menor no ha manifestado expresamente la necesidad de que se modificara el régimen de relación con sus progenitores, sin que exista tampoco ningún otro dato o circunstancia que así lo aconsejara, a salvo el interés del padre para conseguir por esta vía extinguir la pensión alimenticia a cuyo pago venía obligado, máxime cuando la Sentencia recurrida reconoce que la situación de guarda que se venía manteniendo no ha supuesto ningún perjuicio para la menor. Se alega en segundo lugar vulneración de los *arts. 93 y 154 párrafo tercero, apartado 1º*, en relación con el *art. 146 C.Civil*, puesto que la pensión alimenticia debe fijarse en atención a las necesidades del menor y a las posibilidades del obligado al pago, siendo así que la madre carece de bienes mientras que el esposo es propietario de un piso en Oviedo y no hace mucho acaba de vender otro, disfrutando además de una posición económica saneada, terminando por solicitar que se revoque la Sentencia recurrida para restablecer el anterior régimen de guarda y custodia de la niña con la obligación de alimentos a cargo del padre.

SEGUNDO : La figura de la guarda y custodia compartida ha sido interpretada por nuestro Alto Tribunal en su STS 1 octubre 2010 señalando que "debe recordarse que esta Sala, en la sentencia de 10 septiembre 2009, ha interpretado el *art. 92 CC* en el sentido siguiente: "[...] permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia» (*artículo. 92.9 CC*). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el *artículo 91 CC*, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente *Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1, 2 LECiv*. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el *artículo 92.6 CC*, establece que el juez debe «valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»".

El supuesto que ahora se nos plantea viene dado por la situación creada para la niña Coral , habida del matrimonio formado por Don Octavio y Doña María , por la Sentencia de 31 mayo 2006 en la que se atribuía a la madre la guarda de la menor, con un peculiar régimen de visitas a favor de padre -régimen que venía condicionado por las necesidades del horario laboral de la primera- y que se describía en los siguientes términos: "1. Si la madre trabaja los jueves por la noche, el padre tendrá consigo a la menor desde las 17:00 horas del jueves a las 13:00 horas del domingo.

2. Si la madre no trabaja el jueves, la recogería los viernes a las 17:00 horas y le reintegraría el domingo a las 13:00 horas, además del miércoles desde las 17,00 a las 20,00 horas". De esta manera se ha venido desarrollando en la práctica un régimen que, de facto, se asemeja a una guarda compartida de la menor, y que ahora la Sentencia recurrida acoge como respuesta más conveniente, transformándose así de una solución de hecho en otra de derecho con fuerza de cosa juzgada. Partiendo de este escenario, la primera consideración que cabe realizar a propósito de las alegaciones de la recurrente pasa por descartar la posibilidad de que la menor deba ser oída al respecto, pues su corta edad de 6 años en la actualidad, impide que pueda expresar un juicio suficientemente fundado acerca de sus preferencias, máxime cuando la nueva situación que ahora se impugna no difiere sustancialmente de la anterior en cuanto a la alternancia de su estancia con su padre y su madre. Por el contrario, una correcta aproximación al régimen de custodia más adecuado para la niña pasa por acudir al informe elaborado por el equipo psico-social del Juzgado, tal y como aconseja el criterio jurisprudencial arriba señalado, y así encontramos que aún cuando en dicho informe se refiere que ambos progenitores se encuentran en principio igualmente capacitados para ejercer el cuidado de la menor, sus autoras se encargan de precisar en el acto del juicio que es sin embargo el padre quien tiene un estilo educativo más idóneo, pues se muestra más involucrado en la crianza de su hija -tiene claro que la niña debe tener la referencia paterna y materna- frente a la madre que considera a su hija como algo propio, involucrándola además en la conflictividad conyugal, llegando incluso a aconsejar que en el caso de que la custodia no llegara a ser compartida, ésta debería ser ejercida por el padre sin perjuicio de la concesión de visitas a la madre (tiempo grabación 01.20.50). En cualquiera de los casos, el equipo técnico recomienda el establecimiento de una custodia compartida toda vez que el estilo de vida que lleva la niña tanto con el padre como con la madre no resulta divergente, resultando además beneficioso para ella tener un contacto lo más amplio posible con cada uno de sus progenitores, como así se ha demostrado en la práctica habida desde que iniciaron esa rutina hasta la actualidad. Es cierto que la relación del Sr. Octavio y la Sra. María entre sí es prácticamente inexistente -lo que ha generado problemas de descoordinación en tareas cotidianas tales como la compra de libros de texto o la matriculación en las clases de música- a pesar de todo lo cual el equipo técnico insiste en afirmar la conveniencia de la guarda compartida de la niña, con un intercambio por períodos semanales en la estancia con uno y otro, **recomendando asimismo la conveniencia de que los progenitores acudan a un servicio de mediación familiar con la finalidad de tratar de superar aquellos desencuentros.**

Las circunstancias expuestas se presentan por tanto como el supuesto excepcional de la guarda y custodia compartida de que trata el *párrafo 8º del art. 92 C.Civil* y que conduce a que deba ser acogida al residir ambos litigantes en la misma localidad y existir además el informe favorable del Ministerio Fiscal, pues no se aprecia ninguna razón para interrumpir o modificar una práctica que hasta el momento se ha venido demostrando como beneficiosa para la menor. Por otra parte, esta solución se acomoda a los parámetros expresados por nuestro Alto Tribunal para estos supuestos al enumerar como tales "la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar **familiar**; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven" (así SSTS 1 octubre 2010 , 8 octubre 2009 y 10 septiembre 2009), razones todas ellas que llevan al rechazo del motivo de apelación examinado.

TERCERO : Finalmente deberá ser igualmente confirmada la decisión de la juzgadora de primera instancia de que cada uno de los progenitores asuma los gastos necesarios para la atención de la niña durante el tiempo que permanezca con ellos, siendo los comunes por mitad, sin establecimiento de pensión alimenticia a cargo de ninguno de ellos, y ello habida cuenta de la ausencia de recursos económicos suficientes por parte de los litigantes -ni el Sr. Octavio ni la Sra. María tiene trabajo remunerado- sin que tampoco la circunstancia de los frecuentes viajes que realiza el Sr. Octavio a la localidad de Santa Pola donde reside su actual



pareja pueda resultar por sí solo un elemento probatorio suficiente para entender demostrada una capacidad económica superior a los señalados fines, debiendo por tanto decaer también este motivo del recurso.

CUARTO : De conformidad con lo dispuesto en el *art. 398 LEC* y vistas las especiales características de la cuestión enjuiciada, es por lo que no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

FALLO

LA SALA ACUERDA: Que desestimando el recurso de apelación formulado por Doña María contra la Sentencia de fecha 13 octubre 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo en el Procedimiento de Modificación de Medidas 871/2009 , debemos acordar y acordamos CONFIRMARLA sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos,
mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ