



Roj: **SAP O 2858/2014 - ECLI:ES:APO:2014:2858**

Id Cendoj: **33044370052014100291**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **11/12/2014**

Nº de Recurso: **320/2014**

Nº de Resolución: **297/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

### **OVIEDO**

#### **SENTENCIA: 00297/2014**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 00000320 /2014

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a once de diciembre de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Modificación de Medidas nº 149/13, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Avilés, Rollo de Apelación nº **320/14**, entre partes, como apelante y demandante **DON Fabio**, representado por la Procuradora Doña Nuria Arnaiz Llana y bajo la dirección de la Letrada Doña Juana María Gómez Martín y como apelada y demandada **DOÑA Rafaela**, representada por la Procuradora doña Ana María Álvarez Briso-Montiano y bajo la dirección de la Letrado Doña María Jesús Suárez González y el **MINISTERIO FISCAL**, como impugnante, 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 nº 5 de Avilés dictó Sentencia en los autos referidos con fecha diecinueve de marzo de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: "Que debía desestimar y desestimaba íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Dª Nuria Arnaiz Llana, en nombre y representación de D. Fabio, contra Dª Rafaela, elevando a definitivas las medidas acordadas en el auto de este Juzgado de fecha 19 de junio de 2.013, dictado en la pieza separada de medidas provisionales coetáneas.

No procede la condena en costas de ninguna de las partes."

**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Don Fabio e impugnación por el Ministerio Fiscal y, previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, y al haberse accedido a la práctica de la prueba propuesta por la parte apelante, se señaló para la celebración de la vista el día cinco de diciembre de dos mil catorce, la que se celebró con asistencia de las partes, excepto el Ministerio Fiscal.

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



VISTOS, siendo Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Por el actor Don Fabio se presentó demanda de modificación de medidas del régimen establecido para la menor, hija de los litigantes, Macarena , nacida el NUM000 de 2.007, cuya guarda y custodia ostenta la madre Doña Rafaela , habiéndose establecido un régimen de comunicación del padre con la hija. En la demanda el actor solicitó con carácter principal que le fuera atribuida a él la guarda y custodia de la niña, subsidiariamente se estableciera un sistema de guarda y custodia compartida y subsidiariamente a esta medida se ampliara el régimen de comunicación fijado en resolución judicial anterior. La demandada ante esta pretensión solicitó la desestimación de la demanda.

El juzgador " *a quo*" desestimó la petición de modificación de las medidas, interponiendo frente a su resolución recurso de apelación el Señor Fabio , al que se adhirió el Ministerio Fiscal formulando impugnación de la sentencia. Tanto el actor como el Ministerio Público solicitaron que la guarda y custodia de la menor sea compartida por ambos progenitores.

**SEGUNDO.-** Ciertamente del examen de la sentencia recaída en los presentes autos se infiere una cierta contradicción interna de la misma, denunciada por la parte recurrente, pues en el fallo se desestima la petición de modificación de medidas y la fundamentación se está refiriendo al mantenimiento de las medidas acordadas en el auto de 19 de junio de 2.013, no siendo esta resolución la que fijaba las medidas cuya modificación se postula, sino que este auto se dictó como medidas provisionales coetáneas con el presente procedimiento, cuya adopción se solicitaba en el *otrosí* primero del escrito rector.

Sentado lo anterior, debe en primer lugar señalarse que el recurrente ya no solicita que le sea atribuida a él la guarda y custodia de la menor, sino que lo que postula es la revocación de la resolución recurrida en el sentido de que se establezca un sistema de guarda y custodia compartida o subsidiariamente se amplíe el régimen de visitas establecido. Asimismo el Ministerio Fiscal, como ya se adelantó, solicita el establecimiento del sistema de guarda y custodia compartida recomendado por el equipo psicossocial adscrito a los Juzgados de Avilés.

Un examen de las actuaciones evidencia que la relación de los progenitores de la menor respecto a la misma ha estado permanentemente judicializada, y así se consigna que los litigantes convivieron durante unos tres años, fruto de esa relación fue el nacimiento de la menor el NUM000 de 2.007. Como quiera que esa relación se rompiera antes del nacimiento de la niña, el padre presentó demanda para que se le reconociera su paternidad y se fijará un régimen de visitas con la menor, lo que así se estableció en la sentencia de primera instancia, que fue revocada parcialmente por la sentencia de esta AP Sec. 6ª en sentencia de 23 de septiembre de 2.008, dejando en suspenso el régimen de visitas que a favor del padre se había establecido en primera instancia y ello por el ingreso del padre en prisión, condenado por un delito de tráfico de drogas, acordándose en la resolución de apelación que para reiniciar el régimen de comunicación con la niña se solicitara un previo informe psicossocial. Posteriormente, por sentencia de 9 de febrero de 2.009 se concedió a la abuela paterna el derecho de relacionarse con la niña, fijándose un régimen de comunicación. En el período existente entre la sentencia de primera instancia y la sentencia de la Audiencia se dictaron varias sentencias de carácter penal condenando a la madre por incumplimiento del régimen de visitas, figurando en autos cuatro sentencias de primera instancia y tres de apelación confirmando las resoluciones de primera instancia. Figuran en autos también diversos informes psicossociales del equipo psico social de los Juzgados de Avilés, en los que se examina al padre, a la madre y a la menor, el primero de ellos es de 24 de octubre de 2.007, cuando la niña tenía ocho meses de edad; en ese primer informe se hace referencia a que el Señor Fabio , en aquel momento de 39 años, había comenzado con el consumo de heroína en el año 1.988 y que en 1.990 había ingresado en prisión por homicidio, iniciando programa de deshabituación en el año 2.000 con una evolución adecuada. En cuanto a la madre Doña Rafaela está diagnosticada de un trastorno de personalidad límite. En ese primer informe se recomendó un régimen de visitas del padre con la niña. El segundo informe que consta en autos es del 20 de enero de 2.009, informe éste en que se recomienda un régimen de comunicación de la menor con su abuela paterna. El 25 de octubre de 2.009 se emite un informe por el mismo equipo informando de nuevo favorablemente sobre el mantenimiento de un régimen de comunicación de la abuela y la nieta. El 5 de abril de 2.011 se dicta sentencia por el Juez de Primera Instancia nº 5 de Avilés , acordando que el régimen de comunicación y visitas del padre con la hija será con carácter principal el que ambos progenitores convenga y con carácter subsidiario se fija el sistema de fines de semana alternos, mitad de vacaciones de Navidad y Semana Santa y un mes en el verano. El 31 de marzo de 2.011, es decir precediendo a la sentencia citada, se emitió un informe por el mismo equipo psicossocial a que venimos refiriéndonos, si bien en éste había cambiado la psicóloga y permanecía la misma trabajadora social. En este informe se aconsejaba el régimen de visitas que posteriormente se acogería en la sentencia, poniendo de manifiesto la alta conflictividad existente en el



pasado entre los progenitores, lo que aconsejaba la derivación del caso al punto de encuentro familiar. El 12 de enero de 2.012 la juzgadora "a quo" dictó un auto desestimando la solicitud instada por Doña Rafaela contra Don Fabio para la modificación provisional de las medidas definitivas fijadas en la sentencia dictada por ese Juzgado el 5 de abril de 2.011, y el 8 de febrero de 2.013 se dicta sentencia definitiva desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Sra. Rafaela frente al Sr. Fabio en la que se pretendía que se suspendieron las pernoctas y se fijará un nuevo régimen de comunicación. La sentencia de 8 de febrero de 2.013 fue precedida de un amplio informe del equipo psicosocial de fecha 15 de enero de 2.013, en el que se propugnaba ampliar el régimen de visitas, incluyendo la posibilidad de que el progenitor recogiera a la menor los miércoles a las 18:00 en el punto de encuentro familiar y la reintegraría al día siguiente en el centro escolar. Igualmente en el informe se pone de relieve que la sección de familia del Instituto Asturiano de Atención Social a Familia, Infancia y Adolescencia, que había iniciado un seguimiento en octubre de 2.007 de esta familia, acordó el archivo de protección en febrero de 2.011. Igualmente se pone de manifiesto que en mayo de 2.010 se acordó la suspensión durante cinco años de la pena impuesta al actor bajo la condición de no delinquir durante ese período y cumplir con el tratamiento de deshabituación en el consumo de drogas, también se consigna que desde que obtuvo la libertad Don Fabio reanudó la relación con su hija a través del régimen de visitas de la abuela. Finalmente, en este informe se considera que la menor ostenta un desarrollo evolutivo acorde a su edad cronológica sin presentar indicadores de negligencia, maltrato físico o abuso sexual; en cuanto a la madre ofrece una atención suficiente en las áreas básicas de desarrollo de la menor y el padre cuenta con estrategias parentales positivas para ofrecer a su hija un soporte afectivo propio de su etapa evolutiva.

Finalmente, en el informe del equipo psicosocial de 17 de enero de 2.014 se concluye recomendando un sistema de guarda y custodia compartida, aumentando las estancias de la menor con el progenitor de manera que éstas pudieran comenzar el miércoles a la salida del centro escolar y finalizar de forma alterna los viernes a la entrada del centro escolar o los domingos a las 20:00 en el punto de encuentro familiar. En cuanto a los períodos vacacionales, podrían distribuirse de forma equitativa realizándose los intercambios que sean necesarios a través del punto de encuentro familiar. En el informe, tras señalar que la madre cuenta con el diagnóstico ya referido de trastorno límite de personalidad, se consigna que en la actualidad ostenta mayores niveles de estabilidad y mayor conciencia de sus dificultades, habiéndole procurado a la menor desde su nacimiento una cobertura adecuada de sus necesidades, y en cuanto al padre, presenta un historial de factores de vulnerabilidad en las áreas socio-sanitaria y jurídica, con una evolución positiva y se señala que reúne el interés, la capacidad y los apoyos familiares necesarios para asumir los cuidados y atenciones de su hija de forma adecuada; por último, se indica que la presencia del progenitor en la vida de la menor y la vinculación afectiva entre ellos ha ido aumentando, manteniendo la progenitora desde finales de 2.012 una actitud favorable hacia la figura paterna. Éste último informe ha sido ratificado en segunda instancia y sometidos a diversas preguntas los componentes del equipo, evidenciándose que en la actualidad los dos progenitores residen en dos poblaciones distintas, aunque cercanas, y que la niña estudia en un centro de la localidad donde reside con su madre, habiéndose adaptado positivamente a este nuevo centro.

**TERCERO.-** El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas resoluciones sobre este modelo custodia compartida, y así en la reciente sentencia de 30 de octubre de 2.014 declaró: "*La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2.013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como 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; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" ( STS 25 de abril 2.014 ).*

*Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con*



*aqué". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. ( Sentencia 2 de julio de 2.014, rec. 1.937/2.013 )."*

En la sentencia recurrida se parte de la aptitud de ambos padres, pero por referencia a la sentencia del juzgado se asume la situación de conflictividad como perjudicial para el interés del menor, lo que desaconsejaría la adopción del sistema de custodia compartida.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional, y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

En base a lo expuesto, y dado que en la ratificación del informe psicosocial las componentes del equipo manifestaron que, aún subsistiendo una cierta conflictividad entre los progenitores, la guarda y custodia compartida se estimaba que era el sistema que en mayor medida protegía el interés del menor, sabiendo la niña de la conflictividad de sus progenitores, sin que ello afecte a la relación de ella con cada uno de sus padres, y dado que el equipo psicosocial tiene conocimiento de que la vivienda de uno y otro progenitor son adecuadas para la estancia de la menor, no siendo grande la distancia de cada domicilio al centro escolar de la niña, disponiendo de vehículo el demandante y contando ambas partes con apoyo familiar, la Sala estima pertinente acoger la propuesta del equipo psicosocial y establecer un sistema de guarda y custodia compartida. La adopción de esta medida determina el que cada progenitor se haga cargo de los alimentos de la menor durante las estancias de la niña con cada uno de ellos. Por último ha de tenerse en cuenta que la importancia del informe psicosocial en el presente caso aún se acrecienta en mayor medida dado que se ha efectuado por el mismo un seguimiento de los progenitores y de la niña desde que ésta tenía pocos meses.

**CUARTO.-** La naturaleza de los hechos debatidos determina no procede hacer imposición de costas ni en la primera ni en la segunda instancia, todo ello de conformidad con los arts. 394 y 398 de la LEC .

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Don Fabio , así como la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada en fecha diecinueve de marzo de dos mil catorce por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Avilés , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA** y en su lugar se acuerda otorgar la guarda y custodia de la menor Macarena a ambos progenitores en la forma propuesta por el equipo psicosocial, esto es, que un progenitor tendrá consigo a la menor desde el miércoles a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas, que la entregará en el Punto de Encuentro Familiar, y el otro progenitor la tendrá desde el domingo a las 20:00 horas hasta el viernes a la entrada del colegio; el siguiente período será desde el viernes a la salida del colegio al miércoles a la entrada del centro escolar y así sucesivamente.

Los períodos vacacionales los disfrutará la menor con cada progenitor por mitad, tanto las vacaciones de Navidad, como Verano y Semana Santa, realizándose los intercambios que sean precisos a través del punto de encuentro familiar. El inicio del sistema de guarda y custodia compartida, así como el de los períodos vacacionales, se determinará por acuerdo de las partes y, en su defecto, en cuanto a la guarda y custodia compartida comenzará la madre. En cuanto a los períodos vacacionales, los años pares corresponderá elegir a la madre y al padre los años impares.

No procede hacer expresa imposición en cuanto a las costas de ambas instancias.

Habiéndose estimado totalmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario, doy fe.