

Id Cendoj: 33044370062006100321  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Oviedo  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 397/2006  
Nº de Resolución: 399/2006  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00399/2006

RECURSO DE APELACION (LECN) 0000397 /2006

En Oviedo, a treinta de Octubre de dos mil seis. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial,

compuesta por, los lltmos. Sres. D. José Manuel Barral Díaz, Presidente; Doña Maria Elena Rodríguez Vigil Rubio y D. Jaime Rianza García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

**SENTENCIA Nº399**

En el rollo de apelación número 397/06, dimanante de los autos de juicio civil Divorcio, que con el número 1444/05, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo 7, siendo apelante DOÑA María Virtudes , demandada, representada por la Procuradora Sra. Eva Cortadi Pérez y asistida por la Letrado Sra. Maria Jesús Alonso Manzano y como parte apelada DON Rubén , demandante, representado por la Procuradora Sra. Carmen Alonso González y asistido por la Letrada Sra. Maria del mar Rodríguez Vega y con la intervención del MINISTERIO FISCAL en la representación que le es propia; ha sido Ponente la lltma. Sra. Magistrada Doña Maria Elena Rodríguez Vigil Rubio.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo dictó sentencia en fecha 26 de Abril de 2006 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:" Que debo declarar y declaro la disolución del matrimonio de los cónyuges don Rubén y doña María Virtudes , por concurrir causa legal para ello; con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento. SE ACUERDAN las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS: 1) La guarda y custodia de las dos hijos menores del matrimonio; Agustín y Everardo , se atribuye al padre; manteniéndose la patria potestad compartida por ambos progenitores. GUARDA que se ejercerá a partir del mes de septiembre, cinco días antes del comienzo del curso escolar, manteniéndose hasta entonces la guarda materna. 2) Hasta que se produzca el cambio de la guarda a favor del padre, éste continuará con el Régimen de Visitas establecido de Fines de Semana Alternos, en el horario vigente, pero con pernocta de ambos menores. -Dos días durante la semana, debiendo informar el padre qué tardes elige, desde la salida del Colegio hasta las 20:00 horas, de forma tal que los menores puedan comer con aquél y llevar a Agustín a la Academia. -Mitad de Vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, dichos periodos vacacionales si iniciarán al día siguiente de las vacaciones escolares y finalizaron el decía inmediatamente anterior al comienzo del curso o reanudación de las clases, salvo el próximo septiembre que caso de elegir la madre el 2º periodo, se finalizarán antes al tener que cambiar la guarda cinco días antes del comienzo del curso escolar. Correspondiendo elegir, en caso de discrepancia, a la madre los años pares y al padre, los impares. -Manteniéndose la comunicación telefónica, email, o cualquier otro medio con los progenitores. 3-Una vez realizado el cambio de la guarda a favor del padre, la madre

tendrá el mismo régimen de estancias y comunicaciones salvo las visitas intersemanas a no ser que ésta se desplace a residir a Luarca. 4- Se mantiene la atribución del uso del domicilio que fuera conyugal y el del ajuar doméstico a favor del padre y del madre y de los menores. 5- Los gastos extraordinarios devengados por el menor se sufragarán por ambos progenitores al 50%. Teniendo la consideración de tal los no previstos a la fecha de esta resolución, o que previsiblemente excedan del carácter de ordinarios, como los médicos no cubiertos por la Seguridad Social, aparatos correctores (ortodoncia, gafas, lentillas, zapatos ortopédicos...) y los honorarios médicos correspondientes; clases particulares y actos extraescolares no contemplados en esta fecha, viajes formativos al extranjero, viajes de estudio, estudios superiores, etc. Etc. Previamente a su acometimiento el progenitor custodio deberá acreditar documentalmente su carácter de extraordinarios, necesidad e importe al otro progenitor; y en caso de discrepancia, se recabará la autorización judicial. 6) Se deja sin efecto la obligación de D. Rubén de abonar pensión de alimentos a favor de sus hijos al pasar a convivir con él, con eficacia al hacerse efectivo el cambio de guarda. 7).- Se establece la obligación de doña María Virtudes de abonar pensión de alimentos a favor de sus hijos menores del 20% de los ingresos netos que, en su día, llegue a percibir de encontrar trabajo. Cantidad que ingresaría dentro de los diez primeros días de cada mes en la cuenta que designe el receptor. Sin hacer pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales devengadas en esta Primera Instancia. Una vez firme la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 755 de la LEC*, líbrese -de oficio- exhorto al Registro Civil de Oviedo, con testimonio de la misma, para su constancia al margen de la inscripción de matrimonio de los litigantes."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes conforme a lo dispuesto en el *artículo 461* formulando Rubén oposición al mismo, así como el Ministerio Fiscal. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 25 de Octubre de 2006.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia acordó el divorcio de las partes y acogió la modificación, instada por el esposo, de las medidas adoptadas en el Convenio Regulador de la separación aprobado en sentencia de 18 de abril de 2005, atribuyendo al citado la guarda y custodia de los dos hijos habidos en el matrimonio, Agustín de 11 años y Everardo de 3, fijando a favor de los mismos una contribución materna a sus alimentos del 20% de los ingresos netos que pueda llegar a percibir.

El citado cambio de guarda y custodia es impugnado por la madre en el presente recurso centrando la misma, en el escrito de interposición, en criticar las conclusiones del informe pericial practicado en autos a instancia del padre en relación al citado cambio de guarda y custodia, con fundamento en que no existe una problemática de relación de los niños con su padre que pueda ser calificado de síndrome de **alienación parental** en que éste basaba la solicitud de cambio de guarda, dado que los hijos se relación bien con el mismo no existiendo interferencia negativa alguna por su parte que ha cumplido el régimen de visitas, al margen de la existencia de puntuales denuncias en relación al mismo que han venido haciéndose en forma cruzada ambos progenitores.

Se denuncia igualmente que el cambio de guarda acordado, lejos de beneficiar a los niños va a suponer una nueva desestabilización dado que sus hijos ya habían superado la generada por la separación al vivir en Oviedo desde hace más de dos años, acudir el mayor Agustín a un nuevo colegio siendo además esta ciudad donde residen la familia extensa tanto paterna como materna, ello además de poner en duda la aptitud del padre para asumir el cuidado y adecuación de ambos hijos con la enfermedad que padece de un cuadro ansioso depresivo que le ha determinado la baja laboral en su actividad de Guardia Civil.

SEGUNDO.- A la hora de abordar el enjuiciamiento de la citada impugnación ha de hacerse una primera consideración y esta no es otra que una medida tan drástica como es la de cambio de guarda y custodia ha de venir siempre justificada en un cambio sustancial de circunstancias en relación a las que se tomaron en consideración en la fecha del cese de la convivencia de los progenitores para atribuirla en este caso a la madre. Ello es así porque al residir ambos progenitores en localidades distintas y distantes entre sí (Oviedo la madre y los hijos y Luarca el padre) tal cambio de guarda lleva a aparejado un nuevo entorno no solo físico sino familiar y escolar para los hijos que necesariamente ha de afectar a su estabilidad. Por ello de no darse esa alteración de circunstancias que incida negativamente en los derechos de los menores, en este caso a una relación fluida y lo más normalizada posible con ambos progenitores, no podrá acordarse la misma dado que más que beneficiarles crearía mayores problemas.

Pues bien un nuevo examen y valoración de la prueba practicada en autos lleva a la Sala a no poder

compartir la convicción de la Magistrado de Primera Instancia en orden a reputar justificado en este momento ni beneficioso para los hijos el cambio de guarda y custodia postulado por el padre.

Ello es así porque al margen de la existencia de denuncias cruzadas entre ambos progenitores por incumplimiento de elementos accesorios, (horarios fundamentalmente) del régimen de visitas fijado durante la semana a favor del padre, y que en parte vienen determinados por la dificultad cuando no imposibilidad de compatibilizar el mismo con los horarios de los hijos y el hecho de que el padre resida en Luarca, lo cierto es que las relaciones del padre con sus hijos durante los fines de semana y vacaciones existen y se viene cumpliendo con regularidad y normalidad.

La única problemática que ha planteado el régimen de visitas establecido, al margen de la ya referida durante la semana, según el informe pericial psicológico practicado y las aclaraciones efectuadas al mismo por la profesional que lo realizó en el acto del juicio, está en el control excesivo que la madre hace al hijo mayor Agustín de lo realizado con el padre durante el tiempo en que esta en su compañía, lo que genera en el niño un conflicto de lealtades y sentimiento de culpa por querer relacionarse con su padre y pasarlo bien con éste.

Esa problemática, que nada tiene que ver con el síndrome de **alienación parental** invocado por el padre para justificar le fuera atribuida la guarda de sus hijos, no puede estimarse justifique en este momento el cambio acordado en la recurrida, sobre todo cuando las circunstancias laborales del padre son inciertas y pueden influir en el lugar de su residencia futura y por ello en la vuelta a un entorno conocido y al que podía estar adaptado el mayor Agustín con anterioridad a la separación de sus padres.

TERCERO.- A ello no se opone las conclusiones del informe pericial emitido que este Tribunal no puede compartir.

Pese a la objetividad de esta prueba personal que deriva del hecho de haber sido nombrada la psicología que lo emitió en el transcurso del procedimiento y los conocimientos que se le supone tiene por su titulación y la experiencia que pueda tener en la valoración de menores inmersos en supuestos de crisis matrimoniales, con todo y con ello la drástica conclusión a que llega de proceder el cambio de guarda no puede reputarse justificado en este caso por las circunstancias de relación de los hijos con ambos progenitores ni tampoco por razones del interés de los hijos que son las que ha de primar en esta materia.

Hemos de recordar que las funciones de los peritos no son las propias de un arbitro sino las de asesorar el Juez o Tribunal, ilustrándole, sin fuerza vinculante sobre las circunstancias concurrentes que puedan incidir en la cuestiones sobre las que ha de recaer la decisión judicial, en este caso sobre la aptitud de los progenitores y sobre las interferencias negativas que puedan concurrir en la madre custodia en la normal relación del hijo mayor, Agustín, con su padre durante los periodos en que está en su compañía. El Juez o el Tribunal en ejercicio de su función jurisdicción no está así sujeto totalmente al dictamen pericial, dado que este no es más que uno de los elementos de juicio, importante sin duda alguna en estos casos, pero no definitivo.

Pues bien en este caso valorando la prueba pericial psicológica practicada con arreglo a las reglas de la sana crítica que no son otras que las de la lógica y máximas generales nacidas de la experiencia común, no puede reputarse justificada la conclusión de cambio de guarda propuesta en la misma.

Es cierto que a la madre custodia le está costando mas asumir y por ello superar la crisis matrimonial, sin duda por lo inesperado de la ruptura a instancia del ex esposo, pero también lo es que en ningún momento ha impedido la relación de los hijos con su padre en los términos pactados en el Convenio Regulador y aunque es necesario un cambio de actitud en la citada, cesando en la presión emocional y el control de la relación que mantiene su hijo Agustín con su padre durante las visitas, con todo y con ello la actual situación no exige en este momento la drástica medida del cambio de custodia que, por ello se presenta como prematura si se tiene en cuenta que la madre nunca ha evitado el contacto de sus hijos con su padre y, sobre manera, que con el cambio de guarda no se garantiza la vuelta del mayor, Agustín, a un entorno conocido al que estaba adoptado, como se concluye por la perito en su informe. Antes al contrario el cambio va a suponer un nuevo desajuste y desestabilización de ambos menores, también del mayor, Agustín, que es el que lo justificada según las conclusiones del informe pericial- el menor Everardo por su corta edad, tiene limitado el entorno a sus padres siendo la relación con su madre muy estrecha al reflejar una figura de referencia afectiva y cotidiana, aunque este igualmente vinculado afectivamente con su padre- dado que desde mediados del año 2004 ya vive en Oviedo, estando escolarizado en esta ciudad y plenamente adaptado al colegio y a su nueva vida. El retorno a Luarca generaría nuevos problemas de adaptación, tanto mas cuando, según la propia declaración del padre al estar pendiente de pasar un tribunal

medico para ser declarado incapaz para su profesión de Guardia Civil, de sobrevenir tal declaración ello supondrá la pérdida de la vivienda que allí tiene por razón de tal profesión, con lo que no se garantizaría esa vuelta a un entorno conocido antes de la crisis matrimonial, teniendo en cuenta que su actual compañera sentimental reside en otra localidad.

CUARTO.- Las razones precedentes determinan la estimación del recurso para dejar sin efecto la modificación de las medidas acordadas en el Convenio Regulador homologado en la sentencia de separación, que se mantienen. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada, esto último de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 398 2º de la L.E.Civil*.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente:

## **FALLO**

Se estima el recurso de apelación deducido por DOÑA María Virtudes contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia num. 7 (familia) de los de Oviedo, en autos de divorcio numero 1444/2005 instados frente a la misma por su ex esposo DON Rubén a que el presente rollo se refiere la que se REVOCA PARCIALMENTE en el sentido de dejar sin efecto el cambio de guarda y custodia acordado en la misma y mantener en su integridad las medidas acordadas en el Convenio Regulador aprobado en la sentencia de separación previa de 18 de abril de 2005 .

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

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