



AUD. PROVINCIAL SECCION SEXTA OVIEDO

SENTENCIA: 00001/2021

Modelo: N10250
CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-
Teléfono: 985968755 Fax: 985968757
Correo electrónico:

N.I.G. 33037 41 1 2020 0000095
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000423 /2020
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MIERES
Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000026 /2020

Recurrente:
Procurador: TOMAS GARCIA-COSIO ALVAREZ
Abogado: MARTA LUISA DUQUE ALEGRIA
Recurrido:
Procurador:
Abogado:

RECURSO DE APELACION (LECN) 1/20

En OVIEDO, a dieciocho de enero de dos mil veintiuno. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. D^a. María-Elena Rodríguez-Vigil Rubio, Presidente; D. Jaime Riaza García y D^a Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N°1/21

En el Rollo de apelación núm. 1/20, dimanante de los autos de juicio civil modificación de medidas, que con el número 26/20 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Mieres siendo apelante **DOÑA** demandante en primera instancia, representada por el Procurador Sr. TOMAS GARCIA COSIO ALVAREZ y asistido por la Letrada Sra. MARIA LUISA DUQUE ALEGRIA; como parte apelada **DON** , demandado en primera instancia, representado por la Procuradora Sra. y asistido por el Letrado Sr.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: JAIME RIAZA GARCIA
18/01/2021 10:07
Minerva

Firmado por: MARIA ELENA
RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO
18/01/2021 10:41
Minerva

Firmado por: MARTA M. GUTIERREZ
GARCIA
18/01/2021 10:55
Minerva



el **MINISTERIO FISCAL** en la representación que le es propia **ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Jaime Riaza García.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mieres dictó Sentencia en fecha 25.06.20, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Desestimar la demanda de MODIFICACIÓN DE MEDIDAS presentada por el Procurador Sr. García-Cosío Álvarez, en nombre y representación de DOÑA . A, contra DON

Sin imposición de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 12.01.21.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta al amparo de los artículos 91, 142 y 156 del Cc. razonando en síntesis que las circunstancias familiares no habían variado en el corto lapso de tiempo transcurrido desde la última decisión judicial, pues ya entonces era conocida la



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



preferencia del menor por convivir con su madre, no obstante lo cual se había considerado que la alternativa paterna ofrecía mayores garantías de estabilidad.

Interpone recurso la demandante insistiendo en que la exploración del menor había arrojado el mismo resultado que la practicada dos años antes, de modo que su opinión debía ser considerada relevante, cuanto más que su sostenida voluntad de quedar bajo su cuidado se justificaba en un hecho objetivo e indudable: las muy distintas oportunidades culturales y recreativas que desde todas las perspectivas ofrecía un entorno urbano como el de Mieres, frente a la pequeña aldea en que residía el padre, en la que no había ni un solo niño de su edad, ni transporte público, de manera que el menor dependía de su padre para todo, incluso para relacionarse con los amigos geográficamente más cercanos.

SEGUNDO.- Ciertamente las sentencias sobre medidas definitivas también provocan el efecto de cosa juzgada que, asentada en elementales principios de seguridad y paz jurídica, "entraña la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aún recaída en proceso de distinta naturaleza" (sentencias del TS de 5 de octubre de 1.983 y 7 de octubre de 1.997), bien entendido que en este campo de las relaciones personales entre los progenitores e hijos la valoración de la prueba debe ser flexible y estar especialmente atenta a la evolución seguida hasta la fecha ponderando si las medidas adoptadas en el proceso anterior han servido al objetivo perseguido



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



corrigiendo en la medida de lo posible sus efectos, a fin de hacer prevalecer el siempre preponderante interés del menor.

Este último concepto de interés del menor ha sido concretado y desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara". (sentencia de 22 de septiembre de 2017).

En el caso que nos ocupa la distancia entre los domicilios de los progenitores representa una dificultad insalvable para la custodia compartida, al punto que se trata de una alternativa que ambas partes han descartado desde el principio; por otra parte la condena penal en el juicio oral 342/2017 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Oviedo sugiere que la relación entre ambos tampoco es la mejor, pese a que la condena antes mentada surge de hechos ocurridos hace ya cuatro años y que lo presumible es que la tensión entre ambos debe haberse relajado pues ninguno de ellos hace bandera de ese particular.

Así pues, ciñéndonos a la custodia exclusiva, es claro que cualquiera que sea la decisión que se adopte al respecto el menor siempre estará abocado a una relación más estrecha con uno de sus progenitores, por mucho que se faciliten las visitas y estancias con el otro.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



En cambio, a la hora de valorar las oportunidades que cada uno de ellos puede proporcionar al menor para "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas" debe ponderarse que, transcurridos más de dos años desde que aquel quedó bajo la custodia paterna, el principal afectado sigue manifestando preferencia por la alternativa materna, pese al sano vínculo que le une con el otro progenitor y su entorno familiar más próximo.

Es cierto que sus deseos no vinculan al Tribunal, como no lo hicieron en el anterior proceso, pero no lo es menos que su opinión cobra mayor relevancia a medida que su crecimiento intelectual y emocional le permite interpretar de modo más certero la realidad de su entorno familiar y analizar de acuerdo con su propio criterio los beneficios y carencias que le reportará la convivencia con uno u otro progenitor; es llamativo que con doce años de edad y después de dos años bajo la custodia paterna, el menor reitera lo manifestado en aquel entonces.

Examinando el estado actual de la situación familiar se constata que el progenitor custodio vive en compañía de sus padres, pero la abuela paterna padece un importante problema de salud que le obliga a realizar diálisis tres días a la semana comprometiendo su disponibilidad y en menor medida la de su esposo para participar en el cuidado del menor; el grupo residía entonces y reside ahora en una pequeña aldea de Lugo en la que no hay ningún otro niño de la edad del aquí interesado; también es significativo que dicha aldea dista siete kilómetros del pueblo en que radica el centro escolar y carece de transporte público que no sea precisamente el que proporciona el centro, de manera que el menor tiene grandes



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



dificultades para relacionarse con sus coetáneos fuera de las horas lectivas.

El menor manifiesta disgusto creciente con ese aislamiento, no obstante reconocer que el padre hace lo posible para paliarlo, bien programando alternativas de ocio en común, bien facilitándole el contacto con alguna de las escasas amistades del niño.

Es obvio que para el menor el panorama cambia sustancialmente cuando está bajo la custodia materna porque el domicilio de esta radica en una villa con alternativas culturales y recreativas muy superiores, y en donde puede contactar con más facilidad y autonomía con sus iguales, amén de que el resto de la familia materna también reside en Mieres o en localidades próximas.

Debe señalarse también que la madre parece haber superado la crisis vital experimentada al tiempo de la separación y dispone de medios materiales suficientes para hacerse cargo del menor. Del mismo modo debe valorarse que el menor conoce y acepta la nueva pareja de su madre y es igualmente bien aceptado por este último, por lo que dicha relación no es un inconveniente para el cambio de custodia.

Y por último es conveniente destacar que el menor conserva un sano vínculo con ambos progenitores, y que no existe la más mínima sospecha de manipulación en su declarado deseo de quedar bajo la custodia materna, estando aquel inspirado en razones objetivas y comprensibles.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Por consiguiente habrá que ponderar si el beneficio de la estabilidad buscada por la recurrida justifica el sacrificio de las oportunidades que puede ofrecerle la custodia materna.

En este orden de cosas es irrefutable que la necesidad que el menor siente de relacionarse con sus coetáneos será cada vez más intensa y por tanto el Tribunal considera que el aislamiento inherente a la custodia paterna representa un perjuicio mayor que el beneficio que para el menor supone su mantenimiento en ese entorno familiar, no obstante estar bien integrado en este último; en consecuencia estimará este primer motivo del recurso para examinar la contribución paterna a los gastos extraordinarios del menor, habida cuenta que la apelante asume que la precariedad laboral del padre le dificulta seriamente a dar alimentos.

TERCERO.- Llegados a este punto debe decirse que la obligación de dar alimentos a los hijos es un deber natural de primer rango de diferente naturaleza a la obligación de alimentos entre parientes porque esta se fundamenta en el principio de solidaridad familiar mientras que aquella deriva directamente de la relación de filiación (39.3 CE y 110 y 111 del Código Civil), de manera que su finalidad no es la de proporcionar el sustento básico imprescindible para salvaguardar la vida del alimentista, sino que comprende una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (10 CE y 154.2 del Código Civil); en suma, a la obligación de alimentos respecto de los hijos, como derivación de la patria potestad no le son aplicables las limitaciones que se observan en el régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes, en particular su concepción como una prestación de mínimos a que alude el artículo 142 del Cc.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



cuando alude a lo que es indispensable para el sustento, habitación vestido y asistencia médica del alimentista, aun cuando luego el artículo 146 de ese mismo cuerpo legal matice esa impresión señalando que en todo caso serán proporcionados al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe.

Así las cosas, la muy moderada pretensión deducida en la demanda representa un mínimo poco menos que insoslayable, cuanto más que el demandado no ha causado protesta a ese respecto y por tanto debe entenderse que, a pesar de las dificultades inherentes a la ausencia de un empleo estable e indefinido, goza de excedente suficiente para contribuir a los alimentos en la cuantía propuesta por la apelante.

CUARTO.- Estimado el recurso, de conformidad con el artículo 398 de la LEC, no se hará especial pronunciamiento sobre las costas causadas con el mismo.

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

F A L L O

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **DÑA.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres en los autos de que este rollo dimana se otorga a la apelante la custodia del hijo de los litigantes.

En defecto de otro acuerdo entre los padres, el progenitor no custodio podrá tenerle en su compañía los fines de semana alternos desde la finalización de la jornada escolar hasta el





inicio de la siguiente, incluidos los días no lectivos que precedan o sigan a ese fin de semana; igualmente podrá tenerle en su compañía la primera mitad de las vacaciones escolares de semana santa, verano y navidad los años impares, y la segunda los pares.

D. contribuirá a los alimentos del hijo con el cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios que pueda necesitar en lo sucesivo.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe interponer en el plazo de veinte días, recurso extraordinario por infracción procesal y/o casación, 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 M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS