



**AUD. PROVINCIAL SECCION QUINTA
OVIEDO**

SENTENCIA: 00267/2021

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN)

Ilmos. Sres. Magistrados:

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO
DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO
DON EDUARDO GARCÍA VALTUEÑA

En OVIEDO, a cinco de julio de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio Contencioso n° , procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Onís, Rollo de Apelación n° entre partes, como apelante y demandante , representada por la Procuradora Doña Cristina Fernández Carro y bajo la dirección del Letrado Don José Enrique Carrero-Blanco Martínez-Hombre, como apelado y demandado , representado por el Procurador Don Ignacio Díaz Tejuca y bajo la dirección del Letrado Don González Bemibre Rodríguez, 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 de Canga de Onís dictó sentencia en los autos referidos con fecha dieciséis de diciembre de dos mil veinte, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo declarar y declaro el **divorcio** del matrimonio formado por los cónyuges y al existir causa legal para ello, con todos los efectos legales, quedando revocados consentimiento y poderes, y, en especial:



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: MARIA JOSE PUEYO
MATEO
05/07/2021 10:34
Minerva

Firmado por: JOSE LUIS CASERO
ALONSO
05/07/2021 19:21
Minerva

Firmado por: EDUARDO GARCIA
VALTUEÑA
05/07/2021 20:30
Minerva



- La titularidad y ejercicio de la **patria potestad** será ejercido de forma conjunta por ambos progenitores en relación con , de conformidad con el Fundamento Jurídico Segundo.

- La guarda y custodia se atribuye al padre. La madre realizará visitas semanales en el PEF de duración correspondiente a dos horas, en el horario que el propio PEF les indique, debiendo informar al Juzgado dicho PEF del desarrollo de dichas visitas y sus incidencias.

- D^a. dará la cantidad de 150 euros mensuales a su hijo en concepto de alimentos. Esta cantidad se ingresará en la cuenta bancaria que señale el padre, dentro de los diez primeros días de cada mes, actualizándose anualmente conforme a las variaciones del IPC y siempre al alza. La primera actualización en enero de 2022.

- Los gastos extraordinarios serán satisfechos al 50% por ambos progenitores. Cualquier gasto extraordinario que se realice sin consentimiento del otro progenitor o en su defecto autorización judicial, no permitirá reclamarle su importe vía demanda ejecutiva.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas."

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña , 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 habiéndose admitido la prueba propuesta por la parte apelante, se señaló para celebración de la vista el día 21 de junio de 2.021, la que se celebró con la asistencia de las partes.

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 DE DERECHO

PRIMERO.- Por Doña se promovió demanda de divorcio frente a Don , con quien había contraído matrimonio el 30 de enero de 2.009, teniendo un hijo común, , nacido el 7 de diciembre de 2.009. Solicita la demandante se dicte sentencia en la que, además de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



declarar haber lugar al divorcio de los litigantes y de declarar que la patria potestad sobre el menor será ejercida por el padre y la madre, se confiera a la actora la guarda y custodia del hijo común de ambos, estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre. En cuanto a los alimentos al menor, en el caso de que el padre no tenga ningún trabajo se establezca que abone un mínimo de 100 € mensuales; en el caso de que el padre obtenga rendimientos del trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena, contribuya en concepto de pensión de alimentos para el hijo con el 30% de sus ingresos netos, con el mínimo de 100 €.

Por su parte Don [redacted] contestó a la demanda interesando, además de declarar disuelto el vínculo matrimonial por causa de divorcio y de acordar la patria potestad compartida de ambos cónyuges sobre el menor, el que se le atribuya la guarda y custodia del hijo y el establecimiento de un régimen de visitas progresivo a favor de Doña [redacted], debiendo abonarse los gastos extraordinarios en la forma que se señala en su contestación, y en relación a las cargas alimenticias la madre contribuirá a los alimentos del hijo con el pago de una pensión de 150 € al mes; subsidiariamente, en el caso de no aceptarse el establecimiento de una custodia de Don [redacted] y concederse la guarda y custodia compartida, cada uno de los progenitores se hará cargo de las necesidades del menor durante la estancia con él.

La Juzgadora "a quo" dictó sentencia en este procedimiento, en que fue parte el Ministerio Fiscal, declarando el divorcio de los litigantes, atribuyendo la patria potestad conjunta a ambos progenitores en relación con [redacted], otorgó la guarda y custodia del menor en exclusiva al padre y la madre realizará visitas semanales en el PEF de duración correspondiente a 2:00 en el horario que el propio PEF les indique, debiendo informar al Juzgado dicho organismo del desarrollo de dichas visitas y sus incidencias. Doña [redacted] abonará la cantidad de 150 € mensuales a su hijo en concepto de alimentos, efectuándose la primera actualización en enero de 2022. En cuanto a los gastos extraordinarios, serán satisfechos al 50 por ciento por ambos progenitores. Cualquier gasto extraordinario que se realice sin consentimiento del otro progenitor o en su defecto autorización judicial no permitirá la reclamación de su importe vía demanda ejecutiva. Frente a esta resolución interpuso Doña [redacted] el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Solicita la apelante, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones retrotrayéndolas al momento procesal oportuno para que se practique la prueba que considera indebidamente inadmitida y subsidiariamente se revoque la sentencia y se dicte otra por la que se estime íntegramente la demanda.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



La nulidad de actuaciones resulta improcedente, pues pedida la prueba, la Juzgadora "a quo" desestimó motivadamente alguna de las pruebas solicitadas, siendo interpuesto por la parte recurso de reposición y desestimado éste se formuló protesta, reproduciéndose la petición en la segunda instancia, donde parte de la prueba fue admitida, concretamente la exploración del menor.

Entrando en el fondo del asunto, el recurso gira sobre el tema de la guarda y custodia del niño, interesando la recurrente le sea atribuida a ella la guarda y custodia del mismo, reproduciendo en su escrito de recurso lo interesado en el escrito rector, así como lo peticionado por la contraparte y la resolución recaída. Tras señalar la fundamentación para la nulidad de actuaciones por inadmisión de la prueba, alega la parte apelante que las pruebas admitidas por el Juzgado de Instancia se estima que no fueron debidamente valoradas por la Juzgadora "a quo", debiendo tenerse en cuenta que el menor desde hace más de dos años está con el padre y casi no ve a la madre.

Por su parte el demandado solicita la confirmación de la resolución recurrida y el Ministerio Fiscal había interesado, y así se hace constar en la sentencia, la atribución de la custodia al padre, llevándose a cabo en el Punto de Encuentro Familiar las visitas del menor con la madre durante dos horas semanales.

Señala el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 14 de septiembre de 2.018: *"Las relaciones de familia, por su especial naturaleza, requieren un tratamiento susceptible en algunos casos de una interpretación conjunta y armónica de las normas que rigen los derechos y obligaciones de quienes la integran. No se trata de desconocer la ley sino de aplicarla conforme a su finalidad y principios fundamentales que la integran con especial preminencia del interés superior del menor que, como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad (sentencia TC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141)), se debe tener en cuenta en todos los procedimientos que los afectan, valorando para ello todos los datos que resulten de la prueba, conforme a los criterios expresados en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de protección jurídica del menor, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (RCL 2.015, 1136), de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia."*

En el presente caso la Juzgadora "a quo", tras reseñar la normativa aplicable al caso de Litis, tiene en cuenta, y así lo señala, en primer lugar que en el auto de medidas provisionales de 16 de abril de 2.018, tras un acuerdo de los padres homologado judicialmente y con el visto bueno del Ministerio Fiscal, se había establecido un sistema de guarda y custodia compartida, sistema que no se puede establecer en la sentencia toda vez que aquél resultó inaplicable, según



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



acreditó la prueba practicada, en este extremo incontrovertida, respecto a la negativa del menor a ir con la madre, de modo que en ningún momento se pudo hacer efectivo el sistema establecido en el auto de medidas provisionales. Examinados los diversos informes obrantes en autos nos encontramos con que en el informe psicosocial integrado por la pericial psicológica y el informe pericial social de 8 de julio de 2.020 se concluye por ambas integrantes del Equipo considerando que Don tiene mejores actitudes psicológicas y educativas que Doña y que el menor, según señala la Psicólogo, tiene todas sus necesidades atendidas en compañía del progenitor, el cual a su vez vive en casa de su madre, quien atiende también al menor. En este informe de la Sra. Psicóloga se señala que la negativa del menor a relacionarse con la progenitora se debe a las características maternas, cuyas habilidades parentales son inadecuadas y que con su comportamiento está perjudicando el desarrollo del niño y que éste por su parte necesita tiempo sin ser presionado para asumir la situación y poder demandar visitas con la progenitora. Por su parte la Trabajadora Social considera que el padre tiene una situación personal, económica y laboral más o menos estable que garantiza la adecuada cobertura de necesidades básicas del menor, que además Don ha facilitado el régimen de visitas en el Punto de Encuentro Familiar acompañando al niño e interesándose por la evolución de las visitas; que el menor precisa apoyo psicológico así como la intervención adecuada para reparar el daño emocional, así como trabajar carencias y habilidades a nivel emocional; que se observa una buena vinculación afectiva con el progenitor, no siendo tan clara con la progenitora, aunque el punto de encuentro familiar ayuda a esa recuperación del vínculo. En cuanto a la relación negativa del menor con su madre, se estima que está condicionada por algunos comportamientos de ésta y pudiera estar reforzada por ciertas actitudes que el menor percibe en su ambiente familiar; que la comunicación entre los progenitores es inexistente y que aunque han cesado los conflictos por el bien del menor, sería un aspecto a trabajar el poder mantener una comunicación sobre los aspectos del menor de forma respetuosa y tranquila y concluye que atendiendo al interés superior del menor se considera conveniente la guarda y custodia exclusiva del padre y necesario ampliar las visitas en el punto de encuentro a 2:00 semanales, tal como se había propuesto por los técnicos del mismo.

En cuanto al informe emitido por la fundación Edade el 13 de noviembre de 2.020, se concluye que la madre se muestra preocupada por las necesidades del menor, que éste presenta una actitud pasiva al inicio de los encuentros, mostrándose más receptivo a medida que éstos transcurren, siendo el menor quien dirige el encuentro; el padre se muestra colaborador en la realización de los encuentros y muestra interés en conocer cómo se han desarrollado los mismos y finalmente se manifiesta que si bien se considera positivo que la progenitora pueda mantener contactos telefónicos con su hijo, las llamadas



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



reiteradas y excesivamente recurrentes pueden interferir tanto en el régimen de visitas establecido actualmente como en la estabilidad del menor, especialmente cuando parecen responder más a la necesidad del adulto que del niño, informe este suscrito por el Punto de Encuentro Familiar de Arriendas en la fecha referida. Se señala asimismo que la madre suele acudir a los encuentros con merienda para el niño y algún regalo para éste consistente en ropa, juguetes o material escolar y el menor no suele mostrar mucho interés en dichos regalos y que el niño responde de forma escueta las preguntas de la madre. Pues bien, de este informe como del anterior se infiere que el padre tiene interés en la relación del hijo con la madre. Y del mismo, al igual que el informe psicosocial, se infiere lo positivo de los encuentros en el punto de encuentro familiar.

Asimismo existe un informe emitido por los Servicios Sociales dependientes del Ayuntamiento de Ribadesella que concluye que el menor se encuentra en una situación de desprotección generada por el comportamiento de su progenitor. En este informe, firmado el 15 de julio de 2.019, se señala que el niño continúa con la actitud de rechazo hacia la madre; que en ningún momento se ha hecho efectivo el régimen de custodia compartida establecido en fecha 25 de octubre de 2018; que el intercambio que se había acordado que fuera en el cuartel de la Guardia Civil, como a la hora en que se produce no está abierto, se hace en la calle interviniendo la abuela paterna; que madre e hijo intercambian unas palabras y el menor no quiere irse con ella, por lo que a los cinco minutos la abuela se lo lleva de nuevo. Esta situación se mantiene en la actualidad (cuando se elaboró el informe) que se acerca a su madre muy puntualmente para conseguir regalos o dinero, no queriendo interactuar con ella para ninguna otra cosa, que en una ocasión le manifestó que su padre iba ir a la cárcel por su culpa. Igualmente en el informe se dice que Don muestra una colaboración pasiva con los Servicios Sociales, manifestando Don en el acto del juicio que es que le habían cortado la línea telefónica y entonces recibía las llamadas de los Servicios Sociales a través de la Policía Local. Se hace constar en el informe del Ayuntamiento de Ribadesella que se ha dictado sentencia el 29 de mayo de 2.019 por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Oviedo por el que se absuelve a Don de los hechos denunciados. Es en la resolución de 27 de noviembre de 2.018 de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales donde se resuelve declarar la situación de riesgo del menor y se señala que el mismo ha estado expuesto a situaciones de gran conflictividad durante la convivencia de los progenitores. En el informe de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar de 4 de octubre de 2.019 se informa al Juzgado que el último informe de los Servicios Sociales municipales de fecha octubre de 2.019 señalaba que el régimen de custodia compartida establecido sigue sin hacerse efectivo y que tras haberse acordado en fecha 29 de mayo de 2019 el alzamiento de las Medidas Cautelares adoptadas en la orden de protección dictada por ese Juzgado, Don ya no tiene prohibición de acercarse a





Doña . por lo que es él el que acompaña al menor a los encuentros con ésta en el cuartel de la Guardia Civil en Ribadesella, que anteriormente lo hacía la abuela paterna. Se señala que Doña se queja de que estuvo tres semanas sin ver a su hijo porque no se presentaron a los encuentros y se manifiesta que se concluye por los informes que se reciben que es necesario articular alguna medida entre madre e hijo, entendiendo que es necesario reforzar ese vínculo y encauzar la relación, ya que de alargar aún más en el tiempo esta situación se estaría produciendo a un daño irreparable, considerando preciso que el conflicto entre los progenitores esté controlado por profesionales, terminando solicitando desde la Entidad Pública que a la mayor brevedad posible se adopten medidas para que se puedan desarrollar los encuentros entre la progenitora y su hijo y que éstos se lleven a cabo en el punto de encuentro familiar.

Finalmente, en la exploración judicial realizada por la Sala con la presencia del Ministerio Fiscal el niño continuó manifestando un rechazo hacia su madre y consideraba que estaba bien el sistema establecido de verla en el punto de encuentro familiar, aunque él lo limitaba a 1 día a la semana; igualmente señaló que veía positivo ir al punto de encuentro porque veía a su madre y al mismo tiempo conseguía no ir a vivir a su casa.

La Sala, a la vista de la prueba practicada, estima que la medida acordada por la Juzgadora "a quo" en cuanto a la atribución de la guarda y custodia del hijo al padre, con el que aquél se encuentra especialmente vinculado, valora el interés del menor, así como que el régimen de visitas establecido pretende la reanudación de las relaciones del niño con la madre que, según los informes, debe hacerse de forma progresiva, yendo en tal sentido el régimen de visitas establecido por la Juzgadora en su resolución, estableciéndose asimismo en la recurrida que el PEF deberá informar al Juzgado del desarrollo de las visitas y sus incidencias. Por lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, considerando igualmente adecuadas el resto de las medidas adoptadas por el Juzgador "a quo".

TERCERO.- Dada la naturaleza el tema debatido, no procede hacer expresa imposición en cuanto a las costas de la apelación, de conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente





FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña [redacted] contra la sentencia dictada en fecha dieciséis de diciembre de dos mil veinte por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Onís, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

No se hace expreso pronunciamiento respecto a las costas de esta alzada.

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.

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