



Roj: **SAP O 1077/2019 - ECLI: ES:APO:2019:1077**

Id Cendoj: **33044370012019100276**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2019**

Nº de Recurso: **1146/2018**

Nº de Resolución: **139/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00139/2019**

Modelo: N10250

COMANDANTE CABALLERO Nº 3 - 3º 33005 OVIEDO

Tfno.: 985968730/29/28 Fax: 985968731

Equipo/usuario: ITP

**N.I.G.** 33044 42 1 2014 0010453

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001146 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de OVIEDO

**Procedimiento de origen:** MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000838 /2017

Recurrente: Leticia

Procurador: JOSE ANTONIO MARQUES ARIAS

Abogado: MIGUEL ANGEL SUAREZ GONZALEZ

Recurrido: Paulino , MINISTERIO FISCAL

Procurador: MANUEL GARROTE BARBON,

Abogado: HECTOR JAVIER DIAZ CASTAÑEDA,

**SENTENCIA nº 139/19**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

DON JOSE ANTONIO SOTO JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS

DON JAVIER ANTÓN GUIJARRO

DON MIGUEL JUAN COVIÁN REGALES

En OVIEDO, a seis de marzo de dos mil diecinueve.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 838/2017, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **1146/2018**



, en los que aparece como parte apelante, DOÑA Leticia , representada por el Procurador de los tribunales, DON JOSE ANTONIO MARQUES ARIAS, asistida por el Abogado DON MIGUEL ANGEL SUAREZ GONZALEZ, y como parte apelada, DON Paulino , representado por el Procurador de los tribunales, DON MANUEL GARROTE BARBON, asistido por el Abogado DON HECTOR JAVIER DIAZ CASTAÑEDA; siendo parte 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 trece de abril de dos mil dieciocho cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda presentada por DON Paulino contra DOÑA Leticia , debo modificar y modifico las medidas acordadas en Sentencia de 20 de febrero de 2015 en los autos 918/2014, en los términos siguientes: - Se acuerda atribuir la guarda y custodia del hijo común de las partes al padre. Se establece un seguimiento a la unidad familiar para que evalúe tanto la adaptación del menor al cambio de custodia como que las situaciones que han generado la recomendación del cambio de custodia materno no persisten. Seguimiento mensual a cargo del Equipo Psicosocial, salvo que ambas partes, de mutuo acuerdo, en un plazo de tres días desde la notificación de la presente resolución, presenten un escrito aceptando continuar con la perito que elaboró el informe en el procedimiento y conoce los hechos. Todo ello, sin perjuicio, de las medidas que pudieran ir adoptándose a raíz de los que resulte de los sucesivos informes que presente el Equipo Psicosocial o perito judicial.-- Se establece el siguiente régimen de visitas entre el menor y el progenitor no custodio: Fines de semana alternos, desde el sábado a las 12 horas hasta el domingo a las 18 horas y un día intersemanal, que a falta de acuerdo, será los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Siendo repartidas las vacaciones escolares del menor por mitad, debiendo disfrutarse las vacaciones de verano por periodos de 15 días; eligiendo, en caso de desacuerdo, el padre los años impares y la madre los pares.-- Se fija como pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio, en concepto de pensión alimentos, a favor del menor, la de 200 euros al mes. Cantidad a abonar, por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que se designe a tal efecto. Dicha cantidad se actualizará automática y anualmente, cada uno de enero, a tenor de la variación interanual del IPC (computado de diciembre a diciembre) publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo Público que lo sustituya.-- Se acuerda el cese de la pensión de alimentos a cargo de Don Paulino establecida en la sentencia de 20 de febrero de 2015 .- Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, y previos los traslados ordenados, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, no habiendo estimado necesaria la celebración de vista.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 6 de marzo de 2019, quedando los autos para sentencia.

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

**VISTOS**, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don JAVIER ANTÓN GUIJARRO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constan como antecedentes que mediante Sentencia de 28 enero 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo en el Juicio Verbal 299/2013 se declaró que Don Paulino es el padre del menor Jose Augusto (nacido el NUM000 2011) fruto de la relación extramatrimonial con Doña Leticia .

Consta seguidamente que en Sentencia de 20 febrero 2015 dictada en el Procedimiento 918/2014 se aprobó un acuerdo de visitas progresivos para el padre que las partes habían convenido durante el curso del proceso. A partir de aquí comienzan las desavenencias entre los progenitores, y así aparecen denuncias interpuestas por Don Paulino los días 4 abril, 10 septiembre, 1 octubre, 7 octubre y 10 octubre 2015 con motivo del incumplimiento del régimen de visitas por parte de Doña Leticia . Esta última a su vez presenta el 28 marzo 2015 una denuncia frente a Don Paulino en la que le imputaba unos supuestos malos tratos que habrían tenido lugar cinco años atrás, lo que dio lugar a la incoación de las Diligencias Urgentes 96/15 seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y que finalizaron mediante Auto de 30 marzo 2015 con el sobreseimiento provisional de la causa.

El día 7 febrero 2016 Doña Leticia acude al HUCA manifestando que su hijo Jose Augusto ha sido objeto de abusos sexuales por parte de su padre, lo que dio lugar a las diligencias previas 299/2016 seguidas ante



el Juzgado de Instrucción nº 1 de Oviedo en las que se acordó mediante Auto de 10 febrero 2016 , a solicitud de la madre, la suspensión del régimen de visitas del padre y la prohibición de aproximarse y comunicarse con su hijo. Finalmente el Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION000 , que terminó conociendo de la causa, acordó mediante Auto de 2 septiembre 2016 el sobreseimiento provisional de la causa que resultó confirmado por la Audiencia Provincial. En esa causa penal se emitió por el psicólogo forense un informe pericial en el que se dice que "el contexto de revelación o informe original de los supuestos abusos es cambiante y revela una conducta instrumental en la madre".

El día 20 mayo 2017 Doña Leticia interpone nuevamente una denuncia frente a Don Paulino por un supuesto delito de amenaza y maltrato de obra, dando lugar a la Diligencia Urgentes 227/2017 seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en las que la denunciante solicita la suspensión de las visitas al progenitor no custodio, petición que fue rechazada mediante Auto de 22 mayo 2017 que acordó el sobreseimiento provisional de la causa.

En el presente procedimiento se ha emitido informe psicológico por la perito designada judicialmente. En este informe se concluye que el menor Jose Augusto se ha visto sometido a exploraciones médicas, a una evaluación forense y a un tratamiento de salud mental como consecuencia de un supuesto abuso sexual cuyo testimonio apunta a la falta de credibilidad del relato. Por ello el menor se ha visto expuesto a un claro conflicto de lealtades desde el inicio de las relaciones con su padre, conflicto trasladado por Doña Leticia al menor. Esta situación persiste hasta el presente con riesgo para el bienestar y desarrollo adaptativo de la personalidad futura del menor pues su comportamiento, cognición, afectividad y relaciones interpersonales podrían verse negativamente afectadas si el menor continúa educándose en ese patrón de conducta. Por todo ello la perito recomienda que la custodia la asuma el padre y se conceda a la madre un régimen de visitas igual que el que hasta ahora venía disfrutando aquél, todo ello con un seguimiento para evaluar la adaptación del niño al cambio de custodia y que las situaciones que han generado la recomendación del cambio no persisten.

**SEGUNDO.-** En atención a la situación anteriormente descrita la Sentencia de 13 abril 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo en el Procedimiento 838/2017 acuerda estimar la demanda de modificación de medidas presentada por Don Paulino para atribuir al padre la guardia y custodia del menor, estableciendo un seguimiento por el equipo psicosocial para evaluar tanto la adaptación del niño al cambio de custodia como que las situaciones que han generado ese cambio no persisten. Asimismo se fija un régimen de visitas para el progenitor no custodio consistente en fines de semana alternos desde el sábado a las 12 horas hasta el domingo a las 18 horas y un día intersemanal, siendo repartidas las vacaciones escolares del niño por mitad. Por último se fija una pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio por importe de 200 euros al mes.

El primero de los motivos del recurso de apelación presentado por Doña Leticia viene a combatir la decisión del cambio de custodia del menor, para lo que se alega que el niño desde su nacimiento ha estado bajo la guarda y custodia de su madre, residiendo en la vivienda de ésta sita en DIRECCION001 donde cuenta con el apoyo del núcleo familiar materno y donde acude al colegio contiguo al domicilio (colegio público DIRECCION002 , en DIRECCION003 , Oviedo), habiendo informado el centro escolar que su rendimiento académico es satisfactorio. Frente a ello el domicilio del padre se encuentra en DIRECCION000 , pasa los fines de semana con los abuelos paternos que residen en el concejo de DIRECCION004 , y ha pasado a estudiar en el colegio público de DIRECCION005 . Sostiene la apelante que el interés del menor no justifica un cambio de custodia que ha llevado consigo semejante alteración en sus hábitos, pues hubiera bastado con la adopción de la medida de seguimiento y control por parte del equipo técnico.

Los datos expuestos en el fundamento de derecho primero ponen de manifiesto una situación de conflicto de lealtades que afecta muy negativamente al desarrollo adaptativo del hijo común de la pareja y que ha sido provocada únicamente por la madre -pues a ello conducen las conclusiones del informe psicológico de la perito judicial- debiendo tener presente la gravedad de su actuar al tratar de influir en la vinculación afectiva del menor mediante la falsa imputación al progenitor paterno de un delito de abuso sexual que se reveló posteriormente como una conducta instrumental de aquélla. Cabe añadir a todo ello la reiterada conducta obstruccionista de la madre para el normal desarrollo de las visitas paternas (el padre estuvo sin ver a su hijo desde el 10 febrero hasta finales de noviembre 2016 en que se reanudó el régimen de visitas) así como las repetidas denuncias presentadas por parte de aquélla frente al padre del niño por supuestos delitos de malos tratos que resultaron todas ellas archivadas posteriormente en sede judicial.

Ante este escenario esta Sala -compartiendo el criterio expresado tanto por la Sentencia recurrida como por el Ministerio Fiscal- considera procedente atender a las recomendaciones del informe pericial psicológico en el que se destaca como más idónea la opción del padre, quien en el test CUIDA muestra unos resultados elevados en las escalas de altruismo, equilibrio emocional y reflexibilidad, pues constituye una prioridad dirigida preservar la estabilidad emocional del niño, todo ello dentro de la labor de ponderación que para la



defensa del superior interés del menor ordena lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor . Existe además otro factor relevante cual es el posibilitar que el niño pueda relacionarse indistintamente con ambos progenitores, y ello habida cuenta de la facilidad que presta Don Paulino para dar cumplimiento al nuevo régimen de visitas del menor con su madre, comunicación que no existía anteriormente en la situación inversa.

Con carácter subsidiario solicita la apelante en su recurso que las visitas en los fines de semana alternos lo sean desde los viernes a la salida del centro escolar, o desde las 16 horas, hasta el domingo a las 18,00 horas, pues no existen razones para limitar estas visitas en los términos que se establecen en la Sentencia apelada. Olvida la apelante que el cambio en el régimen de custodia del menor, con el consiguiente establecimiento de un régimen de visitas para la madre, ha sido debido tan solo a su exclusivo comportamiento que ha desencadenado un factor de riesgo para su hijo. Las visitas acordadas por la Juez se ajustan a los términos recomendados en el informe pericial psicológico y por ello mismo deberán ser confirmadas, sin perjuicio de su futura ampliación a la vista de cómo evolucione el seguimiento establecido por la Sentencia.

**TERCERO.-** En el último motivo del recurso de apelación de Doña Leticia se viene a solicitar la suspensión de la obligación de la madre de abonar la pensión de alimentos de 200 euros mensuales o, subsidiariamente, se acuerde que su cantidad no será superior a los 50 euros mensuales o la que la Sala estime oportuno. Se alega para ello que la apelante carece de ingresos al no tener trabajo ni percibir prestación alguna.

Los datos obrantes en las actuaciones consisten en el informe de la Directora Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal de Asturias en el que se certifica que a fecha 13 diciembre 2017 Doña Leticia no figuraba como beneficiaria de una prestación/subsidio por desempleo, el informe del Servicio de Empleo referido al historial de su inscripción como solicitante de empleo, y finalmente el aportado en esta segunda instancia consistente en el informe certificando que a fecha 2 mayo 2018 Doña Leticia tampoco figura como beneficiaria de una prestación/subsidio por desempleo.

Lo cierto no obstante es que la apelante ha hurtado al conocimiento de este Tribunal su capacidad económica declarada fiscalmente al no haber aportado el IRPF correspondiente a los últimos ejercicios. Además habremos de presumir que Doña Leticia debe disponer necesariamente de algún tipo de ingresos pues de otra manera no cabe entender cómo podía mantener a su hijo con la pensión de alimentos de 200 euros que venía percibiendo por parte de Don Paulino , razones todas ellas por las que procede establecer la pensión alimenticia en el mínimo vital de 100 euros mensuales, estimando parcialmente el recurso de apelación en este extremo.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación presentado por Doña Leticia frente a la Sentencia de 13 abril 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo en el Procedimiento 838/2017, debemos acordar y acordamos REVOCARLA tan solo en el extremo de fijar la pensión de alimentos a cargo del progenitor **no** custodio en la cantidad de 100 euros mensuales, manteniendo el resto de pronunciamientos, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

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