



Roj: **SAP O 2787/2018 - ECLI: ES:APO:2018:2787**

Id Cendoj: **33044370052018100315**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **24/09/2018**

Nº de Recurso: **362/2018**

Nº de Resolución: **323/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00323/2018

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 00000362/18

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Modificación de _Medidas (Supuesto Contencioso) nº 662/15, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **362/18**, entre partes, como apelante y demandada **DOÑA Noemi** , representada por el Procurador Don Juan Montes Fernández y bajo la dirección del Letrado Don Jose Luis León García, como apelado y demandante **DON Eleuterio** , representado por la Procuradora Doña María Teresa Carnero López y bajo la dirección de la Letrado Doña Emilia Luisa Esteban Fernández, 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 nº 9 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha treinta de abril de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**ESTIMO parcialmente** la demanda interpuesta por la procuradora D^a María Teresa Carnero López en representación de D. Eleuterio frente a D^a Noemi y en consecuencia **ACUERDO** el sistema de guarda y custodia compartida indicado en el fundamento jurídico quinto de la presente sentencia, atribuyo el uso del que fuera el domicilio conyugal a D. Eleuterio y reduzco la pensión de alimentos que D. Eleuterio debe abonar a D^a Noemi a la cantidad de **ciento cincuenta euros mensuales (150 euros)**, manteniéndose el resto de los pronunciamientos recogidos en la sentencia originaria.

NO procede hacer expresa imposición de costas."

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña Noemi , 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, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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



VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia acogió en parte la demanda, en virtud de la que el actor Sr. Eleuterio interesaba la modificación de las medidas acordadas en sentencia de 28-7-2015, acordando de un lado la custodia compartida postulada, así como la atribución del que fuera domicilio conyugal, con abono por su parte de 150 euros mensuales como pensión alimenticia.

Se alza la demandada Doña Noemi frente a dicha resolución alegando que no se había producido la alteración de circunstancias justificativas de la modificación solicitada. Que además el cambio no podía ser beneficioso para la menor y que además no existía capacidad entre los progenitores para el mantenimiento de un acuerdo de cooperación activo, al existir una mala relación entre ellos que haría inviable lo pedido.

Señala que además tampoco se conoce la voluntad de la menor, lo que sería conveniente, interesando el reconocimiento de la menor por psicólogo o asistente social o informe del Equipo Psicosocial.

En cuanto a la prueba desplegada por el demandante, básicamente la de **detective** privado, aludió a su carencia de rigor.

SEGUNDO.- Conforme a lo dispuesto en los art. 90 "in fine" y 91 del C. Civil, las medidas adoptadas en procedimiento matrimonial pueden modificarse cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias concurrentes, esto es, comparando la situación existente cuando la medida o medidas se adoptaron y la operante en el momento en que se postule su variación.

En este sentido, la Sra. Juez de primera instancia, en el fundamento tercero de la sentencia que se apela, señaló con toda precisión una relación de hechos que estimó acreditados y que justificarían, a su criterio, el acogimiento de lo postulado en relación con la atribución de la guarda y custodia de la menor en régimen de compartida y la consiguiente atribución de la vivienda, habida cuenta del interés más necesitado de protección, teniendo presente que la demandada ya no hace uso de la misma al residir en otro domicilio, todo ello extraído de una valoración de la prueba obrante en las actuaciones, que este Sala comparte, sin que se atisbe error en su apreciación. Resultan desde luego infundadas las críticas que se hacen al informe del **detective**, que evidentemente no fotografió a la menor, como se insinúa, no pudiendo olvidarse la especial protección de la imagen que la dispensa, sin olvidar el desplome del consumo eléctrico de la vivienda en cuestión y el hecho de contar la menor con habitación propia en el domicilio en el que todo apunta reside la apelante.

El art. 92-8 del CC permite la constitución del sistema de guarda y custodia compartida y ocioso es señalar que la doctrina de nuestro TS ha ido evolucionando hacia la consideración de dicho régimen como el deseable, tendiendo a su generalidad.

Es claro que al actor y ahora apelado ha de presumirse la plena disposición y capacidad para atender convenientemente a su hija, sin que las relaciones más o menos enconadas entre los progenitores puedan ser un obstáculo para establecer el indicado sistema, que también en principio resulta el más adecuado para la menor y su formación integral, al disfrutar de modo equitativo y relacionarse por igual con ambos padres. No se vislumbra en las actuaciones motivo o razón de peso para considerar inidóneo al demandante, quien desde el principio de la separación dispuso de un amplio régimen de visitas.

Obviamente no puede cercenarse el derecho postulado en la demanda sobre la atribución de tal régimen, sin perjuicio de advertir que ello ha de conllevar un adecuado cumplimiento de sus obligaciones parentales. En cuanto a la prueba interesada, la misma no se considera suficientemente justificada, de un lado, teniendo en cuenta la edad de la menor y, de otro, que no existe una duda razonable respecto a una posible inidoneidad del progenitor en el momento presente, conforme a lo obrante en autos.

Por ello, si se parte de considerar el régimen postulado como el más idóneo, y dadas las circunstancias concurrentes puestas de relieve en la recurrida, ello habría de arrastrar, como así se ha declarado, la atribución de la vivienda, y ello por la razones en dicha resolución señaladas.

En consecuencia, y no habiéndose hecho cuestión sobre la pensión alimenticia, procede refrendar los sólidos razonamientos de la recurrida.

TERCERO.- En cuanto a las costas de esta alzada, es criterio reiterado de este Tribunal que teniendo en cuenta la especial naturaleza de los hechos que suelen debatirse en los procedimientos como el presente, en los que el componente del prudente arbitrio judicial a la hora de decidir resulta relevante, no procede su expresa imposición.

Por lo expuesto la Sala dicta el siguiente



FALLO

Desestimar el recurso apelación interpuesto por Doña Noemi frente a la sentencia dictada el día treinta de abril de dos mil dieciocho por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado Primera Instancia nº 9 de Oviedo, en los autos en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

No procede hacer expresa imposición en cuanto a las costas de la alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal**.

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 Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ