EDJ 2008/33613

**Audiencia Provincial de Asturias, sec. 1ª, S 29-1-2008, nº 35/2008, rec. 333/2007. Pte: Antón Guijarro, Javier**

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Mutuo acuerdo

Convenio regulador

EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Favor "filii"

Régimen de visitas

Favor "filii"

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.92 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mieres dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 5-06-07 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Desestimar la MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS establecidas en la sentencia de fecha 13/02/06, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de esta localidad, instada por Rosa , y a su vez, por José Carlos ; manteniéndose las mismas en toda su integridad."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada D. José Carlos , que fue admitido en ambos efectos, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24-01-08, quedando los autos para sentencia.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza el apelante D. José Carlos contra la Sentencia de fecha 5 junio 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mieres en el Procedimiento de Modificación de Medidas Definitivas 529/2006 , alegando en su recurso que la resolución recurrida no ha tenido en cuenta la prueba testifical practicada en el juicio, el informe del equipo psicosocial y el informe del Ministerio Fiscal, todos ellos conducentes a entender como medida más idónea en relación con el hijo menor Alejandro la de atribución al padre en exclusiva de su guarda y custodia. Se añade que también se ha desconocido la reiterada jurisprudencia de los tribunales que vienen a considerar la guarda y custodia compartida como una medida excepcional que exige como requisito una relación cordial entre los progenitores que en el caso presente no existe, por todo lo cual solicita el apelante que se le atribuya en exclusiva la guarda y custodia del hijo menor con atribución a la madre de un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos y períodos vacacionales repartidos por mitad entre ambos progenitores.

SEGUNDO.- Partimos para la solución del recurso de la previa Sentencia de divorcio de fecha 13 febrero 2006 que aprobaba el Convenio Regulador suscrito entre los cónyuges entre cuyas medidas aparecía recogida la guarda y custodia compartida por ambos padres respecto del hijo menor Miguel , de 9 años de edad en la actualidad, con una estancia en compañía del padre de lunes a viernes y en compañía de la madre de los fines de semana, sin perjuicio de que los padres pudieran pactar ulteriormente otros días en compañía del menor. Sentado lo anterior encontramos que en la demanda rectora del presente procedimiento la madre Dª Rosa reclama una modificación en el régimen de visitas para tener ella la compañía del niño de lunes a viernes,

© El Derecho Editores, S.A.

quedando con el padre los sábados y domingos. Frente a ello el Sr. José Carlos contesta a la demanda solicitando en el suplico que se le atribuya a en él en exclusiva la guarda y custodia del menor con el régimen de visitas a favor de la madre al que más arriba se ha hecho referencia. Llegados a este punto habremos de despejar primeramente la cuestión alegada por la esposa apelada en su escrito de oposición al recurso y referida a la vía procesal adecuada para que el esposo demandado solicite la guarda y custodia del menor en exclusiva para sí. Es cierto que la parte demanda únicamente puede solicitar el régimen de guarda y custodia compartida si lo hace a través de la vía reconvencional prevista el art. 770 regla 2ª apartado d) LEC , como ya señaló esta Sala en Sentencia de la Secc. 1ª de 23-2-2007 , pues el régimen previsto en el art. 92 C.Civil para la adopción de tal medida impide que pueda ser impuesta de oficio por el Juez. Ahora bien, si de lo que se trata es de solicitar la sustitución de la guarda y custodia compartida por otra de guarda exclusiva para uno de los progenitores, podrá ser postulada dicha conversión por la parte demandada mediante simple excepción en su escrito de contestación sin necesidad de reconvenir, y ello desde el momento en que al juzgador le asiste la facultad de acordar en cualquier momento el dejar sin efecto la medida de guarda y custodia compartida si existen causas que así lo aconsejen y siempre en atención al interés del menor.

En cuanto al fondo de lo debatido, cabe tener presente que la institución de la guarda y custodia compartida sobre los hijos menores requiere que concurra una determinada aptitud en ambos progenitores para asumir una coparentalidad responsable. En palabras de la S.A.P. Barcelona, Secc. 12ª, de 12-1-207 la actividad de compartir requiere una especial predisposición psicológica en ambos progenitores, que se asemeja más a un estado mental, fruto del esfuerzo conjunto por favorecer a los hijos comunes pese a la ruptura de la relación de pareja, que a una situación jurídica, puesto que implica un grado de consenso, de respeto y de colaboración, que excluye en la práctica la posibilidad de poder ser impuesta coactivamente por los tribunales. En el caso presente el recurrente Sr. José Carlos vierte en su escrito diversos antecedentes sobre los conflictos desatados por la tenencia del niño y que apuntan al progresivo enconamiento en su relación con Dª Rosa , lo que unido a su propia solicitud de guarda exclusiva ya revela que al menos uno de los progenitores no desea asumir el régimen compartido. A ello debe añadirse el informe del Ministerio Fiscal partidario de otorgar la guarda del menor al padre habida cuenta de las numerosas incidencias que el régimen vigente había ocasionado. Finalmente el informe del equipo psicosocial también opta por pronunciarse a favor de atribuir la guarda y custodia al padre puesto que la planificación de custodia que plantea la madre no ofrece la estabilidad necesaria para el menor en estos momentos, siempre con un régimen de visitas lo más flexible posible para esta última. Tales consideraciones llevan a esta Sala a entender que efectivamente el superior interés del menor aconseja atribuir al Sr. José Carlos la guarda y custodia de su hijo, concediendo a la madre Dª Rosa un régimen de visitas de fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes a las 20 horas del domingo, así como los días laborales en que ambos cónyuges se pongan de acuerdo, sin perjuicio de que el interesado solicite de los Tribunales que fije tales días en caso de no alcanzarse tal consenso, pues carecemos en esta litis de los elementos de juicio necesarios para pronunciarnos al respecto en la presente resolución.

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

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. José Carlos contra la Sentencia de fecha 5 junio 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mieres en el Procedimiento de Modificación de Medidas Definitivas 529/2006 , debemos acordar y acordamos REVOCARLA para en su lugar atribuir al padre la guarda y custodia exclusiva sobre el hijo menor, estableciendo un régimen de visitas para la madre Dª Rosa consistente en fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes a las 20 horas del domingo así como los días laborales en que ambos cónyuges se pongan de acuerdo, sin perjuicio de que el interesado solicite de los Tribunales que fije tales días en caso de no alcanzarse tal consenso. No ha lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

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

**Número CENDOJ:**33044370012008100040


© El Derecho Editores, S.A.