



Roj: **SAP O 897/2013 - ECLI: ES:APO:2013:897**

Id Cendoj: **33044370012013100079**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2013**

Nº de Recurso: **416/2010**

Nº de Resolución: **69/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00069/2013

SENTENCIA nº 69/13

ROLLO: 416/10

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

DON GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA

MAGISTRADOS

DON JAIME RIAZA GARCÍA

DON JAVIER ANTÓN GUIJARRO

En Oviedo, a once de marzo de dos mil trece.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 652/2009, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **416/2010**, en los que aparece como parte apelante, DON Carlos Alberto, representado por la Procuradora de los Tribunales, DOÑA MARIA GUADALUPE FERNANDEZ RODRIGUEZ, asistido por la Letrada DOÑA SUSANA D. ARIAS GONZALEZ, Lourdes, representada por la Procuradora de los Tribunales DOÑA CECILIA LOPEZ-FANJUL ALVAREZ, bajo la dirección del Letrado DON JOSE MANUEL GARCIA SOBRADO, a la que se tuvo por desistida de la apelación por Auto de fecha dieciséis de julio de dos mil doce, 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 veinticinco de febrero de dos mil diez, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: Estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas personales acordadas en sentencia dictada en el procedimiento interpuesto por la procuradora Sra. López-Fanjul Álvarez en nombre y representación de Dña. Lourdes contra d. Carlos Alberto y la demanda reconvenicional deducida por el procuradora Sra. Fernández Rodríguez en representación D. Carlos Alberto frente a Dña. Lourdes, siendo parte el Ministerio Fiscal.- Declaro que no ha lugar a modificar la medida de guarda y custodia de la hija común, continuando en su ejercicio la madre, ni el régimen de visitas paterno-filiales ordinario, ni las vacaciones de Navidad, Semana Santa y estivales del año



2010 y sucesivos en la forma recogida en la sentencia reseñada, completada por el auto de fecha 17 de junio de 2008 y la modificación contenida en la sentencia dictada en la segunda instancia por la Sección Quinta de la Audiencia de Oviedo.- Matizando, que en adelante, las entregas y reintegros de la menor se realizarán entre los progenitores, sin la presencia de ningún otro familiar (tanto de la línea paterna, como de la materna), debiendo preservar a su hija de cualquier conflicto existente entre ambos y prescindir de cualquier medio de reproducción.- Así como el horario y forma de distribuirse ambos progenitores las vacaciones estivales de este año, a fin de evitar las diferencias interpretativas del año 2009; será el siguiente: la niña estará con el padre desde las 10:00 horas del día 1 de julio hasta las 10:00 horas del día 17 de Julio y desde esta última hora y día hasta las 10 horas del día 31 de julio con la madre. Y, de nuevo, con el padre, desde las 10 horas del 31 de julio a 10:00 horas del 17 de Agosto y desde esta fecha y hora al 31 de Agosto con la madre. A partir de este momento ya regirá otra vez el régimen ordinario de visitas, interrumpido por las vacaciones estivales, comenzando el progenitor que no hubiera tenido consigo a la niña el último periodo vacacional; criterio a rige en todos los casos al finalizar los periodos vacaciones.- El padre podrá comunicar telefónicamente con su hija, entre las 19:00 y 19:30 horas, los domingos, martes y jueves en la semana (computada de domingo a domingo) en la que le corresponde tener consigo a su hija; y los martes, jueves, sábados y lunes, en la que no le corresponde el fin de semana.- Requiriendo a Dña Lourdes , a través de su Procurador, para que en plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, facilite a d. Carlos Alberto el nº de teléfono de contacto, que facilitará y costeará la madre, como le corresponderá al padre, en los periodos vacaciones en los que la niña esté con él. Comunicaciones telefónicas que les corresponderán en estos periodos -respectivamente-, en idéntico horario, los lunes, miércoles, viernes y domingos.- Sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas procesales devengadas en esta Primera Instancia.- Con fecha 13 de abril de 2010 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se aclara la sentencia dictada el 25-02-10 en estos autos en el siguiente sentido: 1)- Las entregas y reintegros de la niña se realizarán "con intervención y presencia exclusiva de sus progenitores", sin intervención de ninguna otra persona (familiar, amigos, conocidos, vecinos....- 2).- En el régimen de comunicaciones telefónicas entre la niña y sus progenitores concurre el derecho del progenitor en cuya compañía no se encuentre aquella y la obligación del otro, de consideraciones recogidas en la sentencia.- No habiendo lugar a realizar las otras aclaraciones contenidas en el escrito presentado por la Procuradora Sra. Fernández Rodríguez en representación de D. Carlos Alberto en base a lo razonado en esta instancia.- Se completa o complementa la sentencia acordando que las visitas y comunicaciones paterno-filiales establecidas en la misma a favor del progenitor no custodio, no realizadas por cualquier causa, se recuperarán el fin de semana inmediatamente siguiente al que haya desaparecido la misma (entendiendo que la causa debe ser justificada), y de abarcar más de un fin de semana, el resto de los días perdidos que no queden cubiertos por el fin de semana siguiente se recuperarán en el periodo vacacional, sin que ello suponga alteración de la alternancia del régimen de visitas correspondiente.- En cuanto a las dudas interpretativas respecto del régimen de visitas paterno-filiales deberá acudirse al cauce de aclaración de sentencia del art. 214 de la LEC , entendiéndose que - en otro caso- no concurren las mismas."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante y demandada, que fueron admitidos en ambos efectos, y previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes.

CUARTO.- Se señaló para la celebración de Vista Oral el día 5 de marzo de 2013 quedando los autos para sentencia.

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

VISTOS, siendo Ponente el Iltrmo. Sr. Magistrado Don GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de fecha 25 de febrero de 2.010 , aclarada mediante auto de 13 de abril siguiente y dictada en incidente de modificación frente a sentencia de divorcio número 1164/2007 , acuerda no modificar el régimen de guarda y custodia de la menor Visitacion que deja en manos de D^a Lourdes , ni el régimen de visitas ordinario a favor de D. Carlos Alberto , matizando que las entregas de la niña tendrán lugar exclusivamente entre los progenitores sin la presencia de otros familiares; por el contrario, modifica el horario y forma de distribuirse los padres las vacaciones estivales de aquel año 2010 y permitiendo al padre comunicarse telefónicamente con su hija, acordándose por fin que las visitas y comunicaciones paterno-filiales a favor del progenitor no custodio no realizadas por cualquier causa, se recuperarán en el fin de semana inmediatamente siguiente con alguna matización.

La resolución fue impugnada por las dos partes, si bien, mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2012, la representación de D^a Lourdes pedía lo siguiente: "se tenga a esta parte por desistida del recurso por ella



entablado", que fue respondido por otro de la de D. Carlos Alberto en solicitud de continuar el trámite para resolver el propio. En definitiva, el recurso que procede resolver se refiere al pronunciamiento sobre guarda y custodia de la menor que la sentencia encomienda a la madre y que D. Carlos Alberto reclama para sí, aceptando un régimen de visitas a favor de la madre igual al que tiene el padre en estos momentos, pasando la madre a recoger a la niña a Oviedo, y debiendo el padre recogerla en Ourense en función de los horarios laborales de cada uno de ellos; acepta también unos alimentos a cargo de la madre iguales a los que en estos momentos pasa el padre; subsidiariamente, para el caso de no admitirse el cambio de guarda, que las dudas de interpretación del régimen de visitas y comunicaciones, contenidas en el auto de 13 de abril de 2010, deberán interpretarse a favor de la máxima comunicación de la menor con el padre no custodio.

SEGUNDO.- Parece necesario señalar que el comportamiento seguido en el presente procedimiento por las partes litigantes, dentro de una equivocada protección del interés del menor, se constituye por sí mismo con el empleo de técnicas procesales y tiempos dilatados, en un arma arrojadiza contra el opositor pero que redundará exclusivamente en perjuicio de la menor, como ha puesto de relieve el último informe psico-social que figura en el procedimiento y que es actualización del fechado el 14 de noviembre de 2.011. En él consta lo siguiente: "en la evaluación de la menor se observa una actitud evasiva hacia cualquier manifestación vinculada a sus padres. En este sentido se detecta un cambio en su respuesta ante el test de la Familia en el que tras dos dibujos iniciales (un gato y una casa) realizó un tercer dibujo en el que únicamente se representaba a ella junto a dos primas. La supresión de figuras fundamentales es significativa y puede responder a un mecanismo de defensa o de evasión ante un conflicto de lealtades y negación de una realidad que produce angustia".

El enfrentamiento de los dos litigantes, padres de Visitacion , ha sido llevado gratuitamente a ciertos extremos, prolongando una situación que debió haberse resuelto tiempo ha, puesto que estamos hablando de un rollo de apelación incoado por diligencia de ordenación de 28 de septiembre de 2010. Ciertamente es que en el transcurso del mismo se suspendió el procedimiento mediante auto de 12 de diciembre de 2.011, no volviendo a reanudarse sino por auto de 16 de julio de 2.012, como también han tenido lugar dos bajas de otros tantos magistrados titulares de esta Sección, quienes fueron en su momento designados como ponentes, al igual que un magistrado suplente y que también cesó. Pero ello no puede ocultar un sinfín de recursos contra cualquier decisión que fuera adoptada, con una reiteración digna de mejor fin en cuanto a peticiones de pruebas, nulidades y otras pretensiones cuyo único destino evidente era conseguir que no se pudiera dictar la resolución definitiva, o al menos retrasarla.

TERCERO.- En el acto de la vista, la representación de la parte apelada, volvió a insistir en el conjunto de peticiones que a lo largo del trámite ha reproducido una y otra vez, desde la cuestión de competencia de este órgano judicial, a determinadas pruebas que fueron rechazadas o la pretensión de diversas nulidades.

Se hace imprescindible reiterar lo ya acordado en distintas resoluciones previas que se enuncian desde la más próxima a la más remota: en el auto de 4 de marzo último, es decir el día anterior a la vista se rechazaban pruebas como la audiencia de la menor, y no porque así lo dijera el equipo psico-social, sino porque es criterio de esta Audiencia, no solo de esta Sección, que cuando, como es el caso, una niña que en estos momentos aún no ha cumplido los siete años, no debe ser sometida a las presiones que supone estas audiencias cuando se presentan como innecesarias, cual es el caso, teniendo en cuenta que ha sido examinada en variadas ocasiones desde su más corta edad y hasta estos mismos momentos a través de los equipos psico-sociales. Se explicaba que ninguna consecuencia de importancia iba a obtenerse de una nueva audiencia con este tribunal. En cuanto a la inadmisibilidad del informe pericial se explicará en un fundamento ulterior, dado que es la esencia fundamental del recurso. En el de 27 de febrero de 2.013 ya se había dado respuesta a estas pretensiones probatorias. En el de 16 de julio de 2.012, se daba respuesta a la cuestión de competencia planteada por la misma representación, que se rechazaba al señalar que la demanda incidental había sido presentada por D^a Lourdes en Oviedo, aceptando así su competencia, constatándose que su domicilio continuaba siendo el que tenía en aquel momento anterior. El de 16 de julio anterior no resolvía nada de lo ahora planteado, si bien tenía por desistida de su recurso a la representación de D^a Lourdes , levantaba la suspensión acordada anteriormente para continuar adelante con el trámite del mantenido de la representación de D. Carlos Alberto , decidiendo de oficio la redacción de un informe psico-social ampliatorio del anterior, que a su vez había sido acordado por auto de 27 de mayo de 2.011. Con anterioridad, por auto de 1 de febrero de 2.011 se rechazaron otras pruebas propuestas por la misma parte, desestimándose el recurso contra el auto de 1 de diciembre de 2.010 que, a su vez, ya había rechazado una pluralidad de pruebas solicitadas por ambas partes, al amparo del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por fin, el conjunto de nulidades que cada dos por tres ha planteado dicha parte han sido respondidas a medida que han aparecido, con apoyo en una idea sustancial: no es cierto que se haya producido la menor indefensión a la parte, y lógicamente se ratifica en su integridad, el rechazo y el motivo.



CUARTO.- La cuestión esencial es, como quedó señalado con anterioridad, la guarda y custodia de Visitacion , nacida el NUM000 de 2.006, y cuyos padres, antes de haber cumplido su primer año, plantearon ya demanda de separación, habiéndose dictado sentencia de divorcio en mayo de 2.008, discutiendo desde el primer momento en este procedimiento quién de los dos quedaría con su guarda.

En la sentencia se señala que D^a Lourdes reunía capacidad suficiente para afrontar dicha obligación de guarda, si bien se apuntaba su frontal rechazo a someterse a cualquier prueba o examen psicológico por parte de la perito que fue designada, lo que hacía recoger en el fundamento segundo, párrafo cuarto: "de forma tal que no pudo ser valorada la unidad familiar, ni la interacción madre - hija, ni su capacidad para ejercer el rol parental", y terminaba apuntando la "casuística y la irregularidad en el cumplimiento de las visitas, fruto de interpretaciones rígidas por ambas partes, de intransigencias mutuas, etcétera, que están conduciendo a una conflictividad cada vez mayor entre los adultos y a comportamientos que deben desaparecer en beneficio de la menor, pues debe ser preservada de discusiones y enfrentamientos entre progenitor y/o familia paterna y materna, y debe cesar el uso de cámara de video por el padre para grabar los intercambios entre los progenitores, únicas personas que deben intervenir y estar presentes en su realización para reducir tensiones".

Por auto de 27 de mayo de 2.011 se acordó la práctica por el equipo psico-social adscrito a los juzgados de Oviedo de un informe sobre "cuál es el progenitor más idóneo para ejercer la guarda y custodia de la hija común", y con fecha 14 de noviembre fue presentado uno ampliatorio del anterior y detenido en el que quedaba constancia de su concreta metodología a través de entrevistas con todas las personas directamente interesadas en el asunto.

En la vista constituyó uno de las principales armas de impugnación lo incompleto del mismo por no haber sido incorporadas las grabaciones realizadas para su elaboración, y se citó -si bien sin fecha ni referencia de clase alguna- lo que se calificó era jurisprudencia constante sobre la materia exigiendo tales incorporaciones a los informes periciales. Ciertamente, se ha tratado de encontrar tal jurisprudencia, pero no se ha tenido éxito alguno. Pero es que la lógica de la cuestión determina que carezca de sentido aquella exigencia, lo que supondría que de tratarse de informes de arquitectura o de química fuera imprescindible acompañar las pruebas de cada una de dichas actividades profesionales, y que para personas legas en las mismas como lo son los jueces, serían plenamente inútiles. Precisamente por esa ajeneidad, en preceptos como los 346 y 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) está prevista la intervención de los firmantes de tales informes en el acto del juicio "para comprender y valorar mejor el dictamen realizado", con la más amplia posible intervención a que se refiere el segundo de los preceptos reseñados.

Pues bien, de ambos informes destacan las siguientes consideraciones en la observación inicial de las firmantes (psicóloga y trabajadora social), en relación con cada uno de los progenitores: en cuanto a la madre, es considerada como "capaz de ejercer un cuidado responsable de su hija, de responder a sus necesidades afectivas y de utilizar un estilo educativo no agresivo", sin embargo se dice que se presenta como sobre-protectora, "alentando la dependencia de la niña hacia ella", sin saber establecer límites y diferencias entre sus propias necesidades y las de su hija; se añade que desconfía acerca del rol a desempeñar por el padre, y entre otras cosas no dirige la actividad de la niña a facilitar el contacto con el padre; en cuanto al padre también se presenta como "capaz de ejercer un cuidado responsable de su hija, de responder a sus necesidades afectivas y de utilizar un estilo educativo no agresivo". En las conclusiones se señala como lo más aconsejable que viva con su padre "al suponer éste mayor garantía de que pueda contar con ambos progenitores en su vida y una mayor protección respecto a la conflictividad familiar, lo que incidiría positivamente en su desarrollo", y aconseja a la madre que cese en su obstaculización de la relación paterno-filial. En el examen de la menor se destaca que tenía buena vinculación afectiva con los dos progenitores, "no detectándose en ella que se deteriore la imagen de ninguno de los dos ante ella, aunque sí parece haberse proporcionado una explicación de la separación que culpabiliza al padre".

Es en el informe de ampliación, el fechado el 31 de octubre de 2.012 donde se hace hincapié en un dato de enorme interés, al poderse leer: "Las necesidades de protección psicológica y emocional de Visitacion no están siendo satisfechas adecuadamente por la madre en cuanto a que da prioridad a sus propias necesidades y deseos, convirtiendo a la menor en objeto de instrumentación para la consecución de sus propios objetivos (la menor sigue faltando los viernes al colegio para venir a las visitas con el padre cuando el horario de entrega es a las 20 horas)". Y añade que "la madre centra en alimentación, vestido, escolarización, etc. junto con su disponibilidad para el cuidado de Visitacion el núcleo de su buen hacer maternal pero no llega a ser consciente del perjuicio que para el desarrollo psicológico y proceso madurativo de la menor supone tanto la actitud de dificultar el contacto paterno-filial como la implicación de la menor en el conflicto".

En el acto del juicio fueron sometidas a distintas preguntas por parte de los letrados de ambas partes, y en concreto, del de D^a Lourdes se pidió la concreción de actos de los que se deducía que la madre dificultaba el contacto de Visitacion con su padre, siendo rotundas al señalar el hecho de haber llevado a la niña cuando



tenía tan solo dos años a un psicólogo para elaborar un diagnóstico que impidiera que pasara noches con su padre; pero es que no puede olvidarse que en este incidente, que nace en julio de 2.009, lo que se intenta por la madre es restringir el sistema de visitas fijado en la sentencia que terminó el divorcio registrado con el número 1164/2007 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo, para lo cual se alegaba que aquél "ha redundado en perjuicio de la menor Visitacion" y "la próxima escolarización de Visitacion requiere de una modificación en el régimen de visitas" (en el hecho tercero, folio 4 de la demanda incidental); destacaba que había tenido problemas médicos en Oviedo (en el hecho sexto, folio 5); no sin olvidar que la niña padecía "trastorno de ansiedad por separación", lo que tenía lugar por "pasar días completos fuera de su casa" (hecho séptimo, folio 6). El Letrado de D^a Lourdes en la vista celebrada el 5 de marzo último aseguró, al preguntar a las firmantes del equipo psico-social, que la intención de esta demanda trataba precisamente de ampliar aquel régimen de visitas del padre, lo que, como acaba de verse, desde luego no obedecía a la realidad. Ni que decir tiene que también ha contribuido a este fin, o al menos es su consecuencia, el haber dilatado la presente resolución (a lo que pueden haber contribuido ambas partes en una determinada fase), pero que en la última parte del trámite es atribuible en exclusiva a la representación de D^a Lourdes, sin duda como consecuencia del primero de los informes que obra ya en el procedimiento desde el 14 de noviembre de 2.011, dadas sus conclusiones.

QUINTO.- Innecesario parece decir que cualquier medida que haya de adoptarse en relación con la guarda y custodia de un menor ha de tener en consideración sustancial el interés cuya protección debe buscarse a ultranza, la del menor afectado, considerando la normativa interna e internacional aplicable, es decir el artículo 39 de la Constitución Española, el 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículos como los 94 y 158 del Código Civil, la Convención de los Derechos del Niño de 1989, o la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 1.992, como se señala en el fundamento de derecho segundo de la sentencia. Ahora bien, está demostrado que la visión del interés de los menores de edad hijos de padres en litigios de separación o divorcio es absolutamente subjetiva y lo cierto es que con carácter general se plantea una obcecación en todos los intervinientes que no les permite distinguir ni tan siquiera aquellas conductas personales que lo único que están produciendo son consecuencias de riesgo para la salud de los mismos.

Pues bien, las aclaraciones de las firmantes del informe psico-social al que ya se ha hecho referencia en la vista permite dejar alguna circunstancia despejada: la esencial es que cualquiera de los progenitores está perfectamente capacitado para afrontar la guarda y custodia de la menor, al mismo tiempo que la niña tiene una perfecta relación con ambos; ahora bien, el dato al que se acaba de hacer referencia relativo a que es en el entorno de la madre donde tienen lugar las mayores dificultades al contacto con el entorno del padre condiciona en cierta medida la resolución que ha de adoptarse. Tal vez inconscientemente este comportamiento ha producido, lo que también es recogido en aquel informe, un conflicto de lealtades que llega a calificarse en definitiva, "de proseguir en intensidad y frecuencia" como "maltrato emocional" para la menor.

Verdad es que hay una circunstancia que podría modificar inicialmente la solución que plantea el informe, y es el tiempo durante el que Visitacion lleva conviviendo con su madre en la ciudad de Ourense; ahora bien, fue ésta la última cuestión que fue preguntada a quienes realizaron el peritaje, y con rotundidad señalaron, tras decir que fue uno de los elementos que consideraron, entendiendo superior para la menor el riesgo apuntado del conflicto de lealtades y el peligro para los contactos con la familia paterna, que la modificación del lugar de residencia, dado que además estaba bastante habituada a la casa de su padre en Oviedo. Es con la consideración de esta última circunstancia como es posible resolver la cuestión en absoluto sencilla que se ha planteado en este procedimiento y que se resuelve en el sentido de otorgar la guarda y custodia de Visitacion al padre, D. Carlos Alberto. Debe tenerse en cuenta que los únicos informes que constan en el procedimiento recientes son los pedidos de oficio en esta segunda instancia, y frente a ellos, a excepción de la crítica continuada que ha dirigido contra ellos la representación de la madre, ningún otro que pudiera contrapesar sus conclusiones llegó a aportar.

Una última incidencia debe ser también tenida en cuenta a la hora de fijar el momento del cambio de la guarda y custodia dada la edad de la menor y su actual escolarización. Puesto que el curso tardará en concluir, deberá señalarse para la entrega de Visitacion al padre, D. Carlos Alberto para el cambio de guarda y custodia el de la acreditación de plaza de escolarización en la ciudad de Oviedo, donde el padre vive, y mientras se produce tal circunstancia se mantienen las medidas tanto de custodia como del régimen de visitas.

SEXTO.- Naturalmente, el régimen de visitas deberá fijarse en estos momentos en favor de la madre, D^a Lourdes, planteándose un serio problema en cuanto a la fijación de horarios, lugares de entrega y pernoctas, pues ha sido uno de los puntos de discusión más enconado a lo largo de este procedimiento, y debe tenerse en cuenta que la sentencia impugnada, de 25 de febrero de 2.010, no modifica el ya establecido con anterioridad que era, como se califica en su parte dispositiva de "ordinario", haciéndose una remisión a la sentencia de 21 de mayo de 2.008, al auto de 17 de junio del mismo 2.008 y a la sentencia de la segunda instancia, dictada



por la Sección 5ª de esta Audiencia. Esta pluralidad, unida a la concreción de determinados fines de semana comenzando por "el correspondiente a los días 6 a 8 de junio" (de 2.008, claro es, por la fecha de la sentencia), hace imposible en estos momentos qué régimen se venía siguiendo, de manera tal que se hace imprescindible establecer un nuevo sistema para que comience a regir a partir del momento en que se haga efectivo el cambio de guarda y custodia. En definitiva, en la parte dispositiva se concretará específicamente, teniendo en cuenta la edad de la niña y la conveniencia de que se generalicen las pernoctas.

Y en cuanto a los alimentos, deberá acordarse, en la medida señalada por el Ministerio Fiscal que, dado que la madre no tiene un trabajo por el que perciba una remuneración fija mensual, que se establezca una cantidad mensual que suponga el 20% de los haberes netos que perciba.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso determina que no se haga declaración sobre las costas de la alzada, por aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

VISTOS, con los citados, los restantes preceptos de aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, dicta el siguiente

FALLO

Con estimación del recurso presentado por la representación de D. Carlos Alberto contra la sentencia dictada en incidente de modificación de medidas registrado con el número 652 de 2009, del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo debemos, revocándola, dictar otra por la que acordamos las siguientes medidas:

PRIMERO.- La guarda y custodia de Visitacion se confía en el padre, D. Carlos Alberto, pero no se hará efectiva la entrega de la niña sino en el momento en el que se acredite por el mismo la existencia de una plaza de escolarización de la menor en centro educativo de la capital, Oviedo, donde aquél reside.

SEGUNDO.- Como régimen de visitas, salvo acuerdo entre las partes, se acuerda el siguiente a favor de la madre, Dª Lourdes: fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, debiendo ser la madre quien recoja a Visitacion en Oviedo, hasta el domingo a las cuatro de la tarde, recogiendo a la niña el padre en Ourense, y la mitad de las vacaciones de Semana Santa, Verano y Navidades. Si no existiera acuerdo para fijar períodos, la madre podrá elegirlos los años impares y el padre los pares. Se fijan también comunicaciones telefónicas de la madre los martes, jueves y domingos de las semanas en que no le correspondan visitas, entre las 19#00 y las 19#30 horas, y las semanas con visitas los martes y jueves en el mismo horario.

TERCERO.- Se fija como contribución a los alimentos de la menor a cargo de la madre, el veinte por ciento (20%) de sus ingresos netos mensuales, y el cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios existentes.

No se hace declaración sobre las costas de la alzada.

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