

Id Cendoj: 03014370042006100236
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Alicante/Alacant
Sección: 4
Nº de Recurso: 91/2006
Nº de Resolución: 221/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA AMOR MARTINEZ ATIENZA
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial de Alicante. Sección Cuarta. Rollo 91/ 2006. .

Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira.

Ilmo. Sr. D. Manuel B. Flórez Menéndez.

Ilma. Sra. D^a M^a Amor Martínez Atienza.

En la ciudad de Alicante, a veintinueve de Junio de dos mil seis.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados antes citados y

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 221/2006.

En el/los recurso/s de apelación interpuesto/s, de una parte, por D. Constantino o -representado por la Procuradora Sra. Tejada del Castillo y asistida por la letrado Sra. Alvarez Sánchez- y, de otra, por D^a Claudia a - representada por el Procurador Sr. Zaragoza Gómez de Ramón y asistida por la letrado Sra. Chamorro Chica- , contra resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante, habiendo sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Amor Martínez Atienza

ANTECEDENTES DE HECH

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante, en los autos de juicio de modificación de medidas número/s 278/2005 y 824/2005 -acumulados- se dictó, en fecha veintisiete de Julio de dos mil cinco, resolución cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal

" DECIDO estimar parcialmente las demandas de modificación de medidas interpuestas por la representación procesal de D. Constantino o y D^a Claudia a, estableciendo las siguientes medidas definitivas reguladoras de los efectos del divorcio de los litigantes:

1.- Paloma a quedará bajo la guarda y custodia de su padre D. Constantino o; y María Teresa a permanecerá bajo la custodia materna

2.- D^a Claudia a tendrá el derecho deber de comunicar con su hija menor Paloma a y tenerla en su compañía los fines de semana 1º, 3º y 4º de cada mes

3.- D. Constantino o tendrá el derecho deber de comunicar con su hija menor María Teresa a y tenerla en su compañía durante dos horas del sábado del segundo fin de semana de cada mes, que en defecto de acuerdo será de las 17 a las 19 hrs

4.- D. Constantino o pagará a D^a Claudia a la suma de 320 Euros en concepto de alimentos a favor

de su hija María Teresa a

5.- D^a Claudia a pagará a D. Constantino o la suma de 170 Euros en concepto de alimentos a favor de su hija Paloma a

Tales sumas se abonarán dentro de los cinco primeros días de cada mes, por mensualidades anticipadas, en la cuenta bancaria que se designe al efecto; y será revisada anualmente conforme a las alteraciones del IPC

6.- Ambos progenitores pagarán por mitad los gastos extraordinarios de las menores

Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad..."

Instada aclaración de la citada resolución (a los fines de determinar las medidas a adoptar en el caso de incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre o de no variar la actitud de la menor en cuanto al rechazo de la figura materna, por el Juzgador a quo, en fecha 13-9-2005, se dictó auto declarando no haber lugar a la aclaración interesada

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpusieron sendos recursos de apelación las partes promotoras de los dos procesos de modificación de medidas acumulados, habiéndose tramitado los mismos por escrito en el Juzgado de procedencia, en la forma introducida en los *arts. 457 y ss de la LEC*, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación nº 91/2006, señalándose para votación y fallo el pasado día veintiocho de Junio de 2006 (tras pronunciamientos firmes asociados a incorporación de determinada documentación)

FUNDAMENTOS JURÍDICO

PRIMERO.- Por la representación procesal y asistencia jurídica del Sr. Constantino o se verificó impugnación de la resolución de instancia aludida en los antecedentes de hecho en los particulares relativos a régimen de comunicación/visitas de los progenitores no custodios con sus hijos y cuantía de pensiones de alimentos, interesando, en base a los argumentos de dotación de contenido de su recurso, fuera revocada parcialmente la resolución de instancia y otorgada nueva resolución por la que se reduzca el régimen de comunicación y visitas de la menor Paloma a a dos fines de semana al mes, se amplíe el régimen de guarda y comunicación y visitas propio en relación a la menor María Teresa a (asimismo, a dos fines de semana al mes), se verifique también pronunciamiento sobre régimen de comunicación y visitas en periodos vacacionales (en función de lo que consideró omisión o silencio al respecto por el Juzgador a quo) y se eleve el importe de alimentos con cargo a la Sra. Claudia a a la cantidad de 320 euros/mes

Por la representación procesal y asistencia jurídica de la Sra. Claudia a se verificó impugnación de la resolución de instancia aludida en los antecedentes de hecho en los particulares relativos a guardia y custodia de la hija menor Paloma a y asociadas así como al régimen de comunicación y visitas del padre en relación a la hija común María Teresa a, interesando, en base a los argumentos de dotación de contenido de su recurso, fuera revocada parcialmente la resolución de instancia y otorgada nueva resolución por la que

- Se otorgara la guarda y custodia de la hija menor Paloma a a la Sra Claudia a, previo pase de la menor, para facilitar el cambio y durante unos días, por el Centro de Acogida y Recepción de Menores de Alicante u otro Centro que estime más adecuado la Consellería de Bienestar Social

- Se suspenda el régimen de comunicación y visitas del progenitor no custodio, en relación a su hija Paloma a, hasta recuperación por la misma "del maltrato psicológico a la cual la ha sometido el padre", y el reinicio de dicho contacto una vez los especialistas que tratasen a la menor lo recomendaran, debiendo ser "...supervisado judicialmente y terapéuticamente a través del Centro de Recepción de Menores en Alicante a fin de evitar nuevas reprogramaciones..."

- Se establezca la obligación del Sr. Constantino o de acudir a terapia o ayuda profesional

- Subsidiariamente, de mantenerse el régimen de guardia y custodia, se obligue al Sr. Constantino o a llevar a su hija menor Paloma a al Servicio de Salud Mental del Departamento de Psicología Infantil del Hospital General de Alicante u otro organismo similar, debiendo emitir informes trimestralmente sobre tratamiento y evolución de la menor

- Asimismo, y con el carácter de subsidiariedad aludido en el párrafo anterior, se establezca un régimen de comunicación del progenitor no custodio en relación a la menor Paloma a de 18,00 horas del viernes a las 20,00 horas del domingo, y ello todos los fines de semana 1º,3º,4º y 5º (cuando el mes tenga cinco fines de semana) de cada mes, debiendo verificarse la entrega y recogida de la menor a través del Centro de Recepción de Menores de Alicante, bajo supervisión de especialistas, así como remitir informes periódicos al Juzgado de Familia sobre su evolución

- Se refleje, de mantenerse el régimen de guardia y custodia de la menor Paloma a, y para el caso de incumplimiento del régimen de visitas , que existirá, en dicho momento, un cambio de guardia y custodia de la menor Paloma a en favor/ a cargo de su madre Dª Claudia a, interesando que, previamente al traspaso, la menor pase por el Centro de Recepción/Acogida de Menores u otro centro que por la Consellería de Bienestar Social se considere más adecuado para facilitar el cambio; previsión de cambio de guardia y custodia sin necesidad de interponer demanda de modificación de medidas y con supresión del régimen de comunicación y visitas al padre en términos idénticos a los interesados con anterioridad

-Supresión del régimen de comunicación y visitas del padre en relación a la hija común María Teresa a, hasta tanto el primero no acredite estar sometido a ayuda terapéutica "... para resolver su problema psicológico...", debiendo reanudarse paulatinamente una vez aportados informes psicológicos acreditativos de su curación y, en todo caso, que las visitas sean reguladas, tuteladas, supervisadas y controladas por el Centro de Recepción de Menores de Alicante en los términos temporales establecidos por el Juzgador a quo, debiendo emitirse por el citado centro informe sobre evolución de las mismas y comportamientos de los progenitores y de la menor

Por ambas partes se verificó oposición al recurso deducido de contrario; por el Ministerio Fiscal se interesó la confirmación de la resolución de instancia

La presente resolución vendrá condicionada en su alcance por las alegaciones de ambas partes puestas en relación con los elementos válidos de prueba incorporados a autos y contenido de actuaciones de las que dimana el presente Rollo

SEGUNDO.- El primer núcleo de alegaciones de la parte apelante configurada por la Sra. Claudia a se centra en la discusión sobre pronunciamiento en materia de guardia y custodia de la menor Paloma a así como, en su caso, la oportunidad de otros complementarios al respecto en el contexto de lo actuado en autos

Pues bien , no cabe sino reseñar que la resolución dictada por el Juzgador a quo, en el particular analizado, se sustenta en la constatación de una situación de hecho puesta en relación con el único informe pericial psicológico obrante en autos que, en el particular analizado, resulta debidamente razonado, sin que por parte alguna se solicitara ninguna precisión alguna al respecto por el profesional firmante del mismo

La parte apelante cuyo recurso se analiza en el presente muestra su disenso con la calificación otorgada al síndrome de alienación de la menor apreciado por el perito, con alusión a doctrina y/o bibliografía diversa

Así, por el Juzgador a quo no se elude referencia a la caracterización y trascendencia de dicho síndrome, sin perjuicio, partiendo de situación de hecho (referida a guarda y custodia de facto por el padre a raíz de discusión entre madre e hija que determinó la marcha de esta del hogar materno, cualquiera que fueran las circunstancias que la determinaron), de asumir, en cuanto elemento de prueba de especial relevancia en términos de objetividad en relación a la subjetiva apreciación de partes, informe pericial psicológico que, en los condicionamientos evidenciados en relación a la menor mencionada y gradación del síndrome constatado, y con estudio de los elementos personales afectos al conflicto (en este caso ambos progenitores y la hija menor común Paloma a), estimó como más adecuado el régimen de guarda y custodia finalmente asumido por el Juzgador a quo. La parte apelante alude a subjetiva discrepancia en la caracterización del síndrome, pero es lo cierto que, más allá de la asimismo subjetiva valoración de situación con referencia a doctrina genérica que no toma en consideración el caso concreto que nos ocupa, no se aportó al acto de juicio elemento suficiente de prueba contradictorio a los fines de evidenciar error en las conclusiones del perito en el particular analizado objeto de traslación a la resolución de instancia

Lo anteriormente expuesto no implica, en todo caso, situación inamovible, por cuanto, en cualquier caso y de apreciarse variación sustancial de las circunstancias tomadas en consideración por el Juzgador a quo o inadecuada gestión por el Sr. Constantino o de obligaciones asociadas a guarda y custodia, podrá instarse la modificación de medidas y todo ello al margen de la posibilidad, en su caso, y vía ejecución de

título judicial, de actuación en el contexto del *artículo 776-3 de la LEC* ; posibilidades que, en su caso, podrían irrogar la modificación del régimen de guarda y custodia; en dicho contexto no se considera desajustado a derecho, en función de la variabilidad de circunstancias en autos susceptible de evidenciarse, el no preestablecimiento de cláusula afecta a automatismos en materia de cambio de futuro dle régimen de guarda y custodia (de forma directa o con previsión de situación intermedia con intervención de organismos administrativos en supuestos de cambio del citado régimen y con duración a ajustar en cada caso) que no obstan a las posibilidades efectivas de modificación del citado régimen a través del trámite establecido y adveración del interés de la menor en función de la situación que pudiera apreciarse en un momento determinado y en interés de la misma; asimismo la propia previsión normativa del *art. 776 de la LEC* hace innecesaria , con ocasión de la resolución de instancia, la referencia a las posibles o potenciales consecuencias afectas al incumplimiento del régimen de guarda y custodia que, en su momento, y en trámite al efecto, habrían de valorarse en atención a las concretas circunstancias que se manifestaran con ocasión y por mor de dicho incumplimiento, no siendo el trámite que nos ocupa (revisión en alzada de la resolución de instancia) el más adecuado a los efectos pretendidos por la parte en la aportación inicial de documentación con ocasión de la formalización del recurso, única tenida como válidamente aportada en resoluciones que adquirieron en su día firmeza

Reseñar asimismo que la no previsión, por un lado, de sometimiento del Sr. Constantino o y la hija menor común a tratamiento terapéutico psicológico vino determinado por la no contemplación de la necesidad al efecto en el informe pericial elaborado por personal adscrito al Juzgado de Familia en función de la concretas circunstancias evidenciadas con ocasión de su informe; la inexistencia de tal previsión, no obsta, sin embargo, a las posibilidades de control del Juzgador a quo y de actuación en consecuencia, bien en trámite de ejecución, bien en trámite de modificación de medidas

Todo lo anterior lleva a la desestimación de las que constituirían la tres primeras peticiones asociadas, por la representación y asistencia jurídica de la Sra. Claudia a, a su recurso y ello sin perjuicio de la puesta de manifiesto, en relación al Sr. Constantino o, y sin necesidad de traslado a la parte dispositiva, en cuanto implícitas en pronunciamiento sobre guarda y custodia (máxime en los condicionamientos evidenciados en el curso de la tramitación del procedimiento en primera instancia) de la necesidad de adecuado cumplimiento de obligaciones asociadas a guarda y custodia, así como adicionales de promover el contacto madre-hija en los términos reflejados y de obviar comportamientos (como facilitar a la menor información inadecuada de la otra progenitora, etc), desde las posibles consecuencias asociadas a su incumpliment

TERCERO.- Por lo que hace referencia a las impugnaciones de ambas partes al régimen de comunicación y visitas del Sr. Constantino o con su hija menor María Teresa a, se reseña lo siguiente

A diferencia de lo que ocurre en el caso del análisis de la situación de la menor Paloma a (en la que, por mor de la caracterización del síndrome de **alienación parental** evidenciado, se justificó, ante la no actualizada -al momento del informe- conveniencia de cambiar el régimen de guarda y custodia de facto preexistente, el establecimiento de un régimen reforzado de comunicación con el progenitor no custodio que permitiera, además el restablecimiento y reforzamiento del contacto con su hermana), en el informe pericial obrante en autos no se justificó de forma suficiente la razón del excesivamente restringido régimen de comunicación y visitas del Sr. Constantino o con su hija menor María Teresa a limitado a dos horas al mes

A este respecto que ha de valorarse lo siguiente

- La menor María Teresa a parece presentar una visión positiva de su padre

- No obstante, ha de valorarse la evidencia de determinados factores negativos asociados al ámbito de adaptación personal de la menor ante el conflicto familiar, fundamentalmente enconado entre los progenitores, por lo que afecta a la estructuración de las relaciones personales de los mismos en relación a la hija menor común Paloma a, y al que no es ajeno,entre otros, el Sr. Constantino o

- No cabe desconocer la posible existencia de ciertos comportamientos del Sr. Constantino o susceptibles de haber coadyuvado a la evidencia en la menor Paloma a del síndrome de **alienación parental** en grado moderado aludido por el perito, pero , en la misma forma, debe atemperarse la valoración a realizar en la no constancia de que los mismos se hayan asimismo trasladado a la menor María Teresa a, en la que no se han apreciado trazas vinculadas al citado síndrome

- Es necesario, en atención a las necesidades de la menor, establecer un equilibrio entre la concurrencia de elementos que aconsejan una cierta restricción del régimen de comunicación y visitas del

Sr. Constantino o y su hija menor María Teresa a (aún no con el carácter tan restrictivo como el reseñado en el citado informe), con la potenciación de las relaciones entre hermanas y mantenimiento de cierta estabilidad en las rutinas de organización de la vida de la menor.

En atención a todos los elementos citados se considera más ajustado el establecimiento de régimen de comunicación y visitas del Sr. Constantino o con su hija menor María Teresa a limitado, como reseña el Juzgador a quo, al segundo fin de semana de cada mes, pero con ampliación del horario que abarcará desde las 10,00 horas del sábado a las 20,00 horas del domingo

Reseñar, también , que no se han aportado datos que, sobre la base incluso del informe pericial , aconsejen el carácter tutelado o supervisado del citado régimen de comunicación y visitas, ni su condicionamiento a sometimiento del progenitor no custodio a tratamiento médico/psicológico alguno. Todo ello con independencia, en la forma de materialización de recogidas y/o entregas de la menor, de condicionamientos que pudieran introducirse en el contexto del enfrentamiento de los progenitores en su trascendencia penal, que pudieran determinar la posibilidad de intervención de terceras personas de la confianza de los progenitores a los fines de dicha materialización y a los fines de eludir consecuencias vinculadas al abierto enfrentamiento entre los progenitores y dar cumplimiento, en su caso, a resoluciones judiciales

Por otra parte, la no previsión en la pericial tomada como referencia por el Juzgador a quo de necesidad y/o conveniencia de supervisión del régimen de comunicación y visitas sirve de base a la inexistencia de incorrección en la ausencia de previsión al respecto en la resolución de instancia, lo que no obvia las posibilidades de control efectivo por el Juzgador a quo vía ejecución de título judicial o en proceso de modificación susceptible de incoarse de estimarse precedente

Procede pues en este particular, la parcial estimación del recurso deducido en representación del Sr. Constantino o y la desestimación del recurso deducido por la representación de la Sra. Claudia a

CUARTO.- Tiene razón la parte apelante configurada por la Sra. Claudia a en la inexistencia de precisión del Juzgador a quo sobre el régimen de comunicación y visitas de la misma con su hija menor Paloma a, en la indeterminación de horarios. Decir a este respecto que si bien pudo interesarse del Juzgador a quo que fuera completado dicho régimen vía aclaración, en todo caso se estima, en virtud de las circunstancias concurrentes, que el particular de la sentencia de instancia que determina que D^a Claudia a tendrá el derecho deber de comunicar con su hija menor Paloma a y tenerla en su compañía los fines de semana 1^o, 3^o y 4^o de cada mes, se completará con precisión de que el horario de comunicación afecto a dicho régimen lo será desde las 10,00 horas del sábado a las 20,00 horas del domingo

No se considera, por otra parte, pertinente extender dicho régimen al 5^o fin de semana en aquellos meses que dispusieran de la misma, ni establecer mayor restricción al régimen de disfrute de espacios de ocio de la menor con el progenitor custodio

Por otra parte, la no previsión en la pericial tomada como referencia por el Juzgador a quo de necesidad y/o conveniencia de supervisión del régimen de comunicación y visitas sirve de base a la inexistencia de incorrección en la ausencia de previsión al respecto en la resolución de instancia, lo que no obvia las posibilidades de control efectivo por el Juzgador a quo vía ejecución de título judicial o en proceso de modificación susceptible de incoarse de estimarse precedente

QUINTO.- Por lo que hace referencia al particular del recurso deducido por la representación y asistencia jurídica del Sr. Constantino o incidente en el particular de la pensión de alimentos, conviene reseñar lo siguiente

La determinación de la cuantía de los alimentos proporcionada al caudal o medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe (art. 146 CC), es facultad del Juzgador de instancia - y por ende de la presente Sala - (SSTS 20 diciembre, 28 junio 1951, 21 diciembre 1951, 30 diciembre 1986, 18 mayo 1987 y 28 septiembre 1989), estando informada toda la normativa legal, reguladora de las medidas relativas a los hijos, por el criterio fundamental del «favor filii» (SSTS 31 diciembre 1982 y 2 mayo 1983).

Reseñar a este respecto que la parte apelante, en el particular analizado, parece obviar que la distinta fijación de prestación de alimentos de progenitor en relación a la hija menor, de la que no ostenta la guarda y custodia, parte, al margen de la valoración de las posibles necesidades de las menores propias de su edad (en cuanto no acreditación de situación adicional), de la distinta capacidad económica de los citados progenitores, y ello únicamente en lo que a los ingresos declarados por los mismos se refiere que no han

sido objeto de específica impugnación. Dicha valoración se desarrolla por el Juzgador a quo en el fundamento jurídico cuarto de su resolución, cuyo contenido no se entiende desvirtuado en base a alusiones limitadas a necesidades genéricas de la hija menor Paloma a asociadas a su edad

Procede, en este particular, la desestimación del recurso deducido en nombre y representación del Sr. Constantino o

SEXTO.- Por lo que respecta al último motivo del recurso deducido por el Sr. Constantino o y recepcionado en la alegación cuarta del mismo que, a diferencia de lo que parece considerar la referida parte, no es que el Juzgador a quo no se pronuncie sobre régimen de comunicación y/o visitas en periodos vacacionales, sino que, en las especiales circunstancias evidenciadas, se opta por el mantenimiento, de momento, y hasta normalización de la situación de conflicto base de la modificación de medidas acordada, por un régimen excepcional de visitas con carácter indiferenciado del carácter vacacional o no de los periodos de afectación. Situación de excepción de base que aconseja régimen especial y diferenciado del normalizado que no se considera contrario a derecho ni a los intereses de las menores

SEPTIMO.- A la vista del contenido de la presente resolución, y de conformidad con lo establecido en el *art. 398 de la LEC*, no ha lugar a pronunciamiento condenatorio alguno en materia de costas en esta alzada

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, es por lo que

FALLAMO

Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos, por un lado, por la Procuradora Sra. Tejada del Castillo, en nombre y representación de D Constantino o -asistido por la letrado Sra. Alvarez Sánchez-, y , por otro, por el Procurador Sr. Zaragoza Gómez de Ramón, en nombre y representación de D^a Claudia a - asistida por la letrado Sra. Chamorro Chica- , contra resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante en fecha veintisiete de Julio de dos mil cinco , en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en lo que a las medidas 2^a y 3^a recepcionadas en la parte dispositiva de la misma que quedarán conforme al tenor siguiente

... 2.- D^a Claudia a tendrá el derecho/deber de comunicar con su hija menor Paloma a y tenerla en su compañía los fines de semana 1^o, 3^o y 4^o de cada mes, desde las 10,00 horas del sábado a las 20,00 horas del domingo

3.- D. Constantino o tendrá el derecho/deber de comunicar con su hija menor María Teresa a y tenerla en su compañía el segundo fin de semana de cada mes, desde las 10,00 horas del sábado a las 20,00 horas del domingo..

Todo lo anterior permaneciendo inalterados el resto de los pronunciamientos de la resolución de instancia y sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada

Notifíquese a las partes conforme determina el *art. 248 LOPJ* y, con testimonio de la misma, dejando otro en el rollo, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo

Así, por esta nuestra sentencia definitiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos