

Id Cendoj: 25120370012006100217
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Lleida
Sección: 1
Nº de Recurso: 112/2005
Nº de Resolución: 40/2006
Procedimiento: Incidente
Ponente: MARIA LUCIA JIMENEZ MARQUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA

Sección Primera - Civil

Rollo nº. 112/2005

Modificación de medidas 1152/2004 - Lleida 1

SENTENCIA núm. 40 / 2006

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don Andreu Enfedaque Marco

Magistrados:

Dña. María Lucía Jiménez Márquez

Dña. María Sara Uceda Sales

En Lleida, a tres de mayo de dos mil seis

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por los señores indicados al margen, ha visto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada DOÑA Luisa , representada por la procuradora Sra. Eugenia Berdié y bajo la dirección del abogado Sr. José Jaime Rico, así como la impugnación de sentencia deducida por la parte demandante DON Luis Carlos , representado por la procuradora Sra. Maria Carmen Rull y bajo la dirección del abogado Sr. Ramón Tamborero; ambos recursos contra la Sentencia de fecha 22 de junio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia 1 de Lleida dictada en los autos de juicio de modificación de medidas 1152/2004 y bajo el número de rollo 112/2005. Interviene en las actuaciones el MINISTERIO FISCAL. Es Ponente DOÑA María Lucía Jiménez Márquez, Ilma. Magistrado de la Audiencia Provincial.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas de sentencia de Divorcio interpuesta por la procuradora Sra. Rull Castelló, en nombre y representación de Luis Carlos contra su ex esposa, Luisa , debo declarar y declaro, con todos los efectos procedentes en derecho, que procede modificar la sentencia de divorcio de fecha 31 de diciembre de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lérida (actual Instrucción nº. 1), autos 256/03 , parcialmente revocada por la Ilma. Audiencia Provincial de Lérida en sentencia de fecha 4 de mayo de 2004 , en el sentido de que procede establecer las siguientes medidas:

1.- Se atribuye la guarda y custodia del hijo Roberto al padre y la del hijo Luis Miguel a la madre, siendo la patria potestad de ambos hijos compartida por los dos progenitores.

2.- Se fija el siguiente régimen de visitas respecto de cada uno de los hijos y a favor del progenitor no custodio:

- En relación con Roberto , y a favor de la madre, se establece, como mínimo, un día cada 15, ya sea el sábado ya el domingo, sin pernocta en casa de la madre, así como una semana en verano, a determinar entre madre e hijo, si bien debiendo coincidir con el tiempo en que el hermano menor esté con la madre, debiendo el padre, en cuanto que progenitor custodio, asumir sus responsabilidades como tal en aras de favorecer y facilitar dicho régimen de visita.

- En cuanto a Luis Miguel , y a favor del padre, se mantiene el mismo régimen que el establecido en el procedimiento de divorcio, con la modificación introducida por la Audiencia Provincial, si bien los dos días intersemanales serán lunes y martes, con pernocta el lunes.

Debiendo coincidir los hermanos en el mismo domicilio durante los respectivos regímenes de visitas.

3.- Se fija en concepto de alimentos a favor del hijo Roberto , y a cargo del progenitor no custodio, la madre, la cantidad de ciento ochenta (180.-) euros al mes, que deberá hacerla efectiva en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe el padre, y que serán objeto de actualización anual conforme a las variaciones del IPC que señale el INE u organismo que, en el futuro, haga sus funciones; y en cuanto a la pensión alimenticia a favor del hijo Luis Miguel y a cargo del padre, se mantiene la establecida en el procedimiento de divorcio, debidamente actualizada.

4.- Se mantiene la atribución del uso de la vivienda que fuera familiar, sita en Lérida, en la calle DIRECCION000 núm. NUM000 , NUM001 - NUM002 a favor de la madre, la Sra. Luisa , y el hijo menor Luis Miguel .

5.- Y todo ello sin que proceda expresa imposición de las costas procesales."

En fecha 4 de julio de 2005 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva reza lo siguiente:

"Que debo aclarar y aclaro el auto de fecha 4/07/2005 en el sentido de que en el punto 3 de la parte dispositiva pone: "y en cuanto a la pensión alimenticia a favor del hijo Luis Miguel y a cargo del padre, se mantiene la establecida en el procedimiento de divorcio, debidamente actualizada" debe poner que: " Don. Luis Carlos , como progenitor no custodio del hijo menor Luis Miguel , debe abonar únicamente la mitad de lo que en su día estableció la Sentencia de Divorcio con las actualizaciones que corresponda, debiendo quedar sin efecto, evidentemente, la pensión alimenticia que venía establecida en el anterior procedimiento a favor de Roberto y a cargo del padre, habida cuenta la atribución de la guarda y custodia que se le atribuye en la presente resolución".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se presentó escrito preparando recurso de apelación por la parte demandada, el cual fue interpuesto debidamente tras ser emplazada en el término de veinte días. La parte actora, en el trámite oportuno, se opuso al recurso y formuló impugnación de la sentencia dictada. Remitidos los autos a la Audiencia, ésta acordó formar rollo y nombrar Magistrado Ponente; mediante auto de fecha 23/03/2006 se admitieron parcialmente las pruebas solicitadas por ambas partes, señalándose para la deliberación y votación el día 3 de mayo de 2006, quedando las actuaciones para dictar sentencia.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución apelada modifica parcialmente el régimen de visitas fijado en la sentencia de divorcio en los términos siguientes:

1.- Atribuye la guarda y custodia del hijo mayor de la pareja, Roberto , al padre, manteniendo la del hijo menor, Luis Miguel , a favor de la madre y también el régimen de visitas fijado en la sentencia de divorcio a favor del padre respecto de Luis Miguel , matizando que los contactos intersemanales serán de lunes y martes con pernocta, y estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre en relación con Roberto consistente en un sábado o domingo de fines de semana alternos y una semana en el periodo de

vacaciones estivales.

2.- Se mantiene la pensión de alimentos a cargo del padre en relación con su hijo Luis Miguel , dejándose sin efecto la anteriormente fijada para Roberto y se establece en la suma de 180 euros la pensión que deberá satisfacer mensualmente la madre a favor de Roberto .

3.- Se mantiene la atribución del domicilio familiar a favor de la madre y el hijo pequeño, Luis Miguel .

La parte demandada se alza contra lo decidido en la instancia alegando:

a) infracción del *art. 94 del Código Civil* , en relación con lo establecido respecto la guarda y custodia y régimen de visitas, interesando, respecto del hijo mayor, Roberto , que se establezca a favor de la madre un régimen de visitas ordinario, alegando que su decisión de pasar a vivir con el padre obedece al síndrome de **alienación parental** provocado por la actuación del Sr. Luis Carlos . En cuanto al régimen de visitas del padre respecto del menor Luis Miguel , solicita que el contacto intersemanal consista en un lunes de cada quince días, en que podrá pernoctar con el mismo, debiendo devolverlo a la hora de la entrada del colegio los martes.

b) infracción del *art. 146 del Código Civil*, interesando que se establezca en 90 euros la suma que la madre debe satisfacer a su hijo Roberto por alimentos,, en atención a sus circunstancias económicas.

La parte demandante se opone al recurso planteado y a su vez impugna la sentencia dictada en la instancia, resultando ser sus pretensiones en esta alzada las siguientes:

a) Atribución de la guarda y custodia del hijo menor, Luis Miguel , al padre, con establecimiento de un régimen de visitas libre entre el hijo mayor, Roberto , y la madre y un régimen de carácter ordinario, sin contacto intersemanal, respecto del menor, Luis Miguel . También interesa que se deje sin efecto la pensión a favor de Luis Miguel y a cargo del padre, debiendo ser la madre quien la satisfaga, en la suma de 300 euros o la que el Tribunal considere oportuna. Asimismo, interesa que se deje sin efecto la atribución del uso del domicilio familiar a la madre.

b) De forma subsidiaria, para el supuesto de que no se le atribuya la guarda y custodia de Luis Miguel , solicita el mantenimiento de la custodia de Roberto , con fijación de un régimen libre de visitas entre éste y su madre, debiendo fijarse uno a favor del padre en relación con Luis Miguel consistente en fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes hasta el lunes a la entrada de las clases, dos días intersemanales, lunes y martes, con pernocta, y mitad de vacaciones de Semana Santa, Verano y Navidad. Como pensión de alimentos interesa el mantenimiento de la pensión fijada a su cargo y a favor de Luis Miguel , y el establecimiento de una pensión de 180 euros a cargo de la madre y a favor de Roberto o la que se considere oportuna por el Tribunal. Finalmente, solicita que se deje sin efecto la atribución del uso de la vivienda conyugal a la madre.

SEGUNDO.- En materia de medidas reguladoras de una situación familiar rota no existe un criterio rígido respecto a la eficacia de la cosa juzgada, resultando posible replantear cuestiones relativas a las medidas acordadas según lo dispuesto en los *artículos 77 y ss del Codi de Família de Catalunya*. A su vez, el *art. 775 de la LEC* establece la posibilidad de que, a solicitud de los cónyuges o del Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados, se modifique el convenio regulador judicialmente aprobado en la sentencia de separación o divorcio, así como las medidas judiciales acordadas en defecto de convenio de los cónyuges, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar la propuesta de convenio presentada por los cónyuges, o, en su caso, al adoptar judicialmente las medidas en defecto de acuerdo de los esposos. Dicho cambio o alteración de circunstancias debe suponer una variación importante en relación con las tenidas en cuenta al momento de la fijación de la medida, con entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida, no obedeciendo a una situación transitoria sino de cierta permanencia y respondiendo a circunstancias sobrevenidas o imprevisibles, ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita el cambio, debiendo resultar debidamente acreditado dicho cambio por la parte que lo hace valer para obtener la modificación de las medidas acordadas judicialmente, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión (*art. 217.2 L.E.Civil*).

En el presente supuesto, ninguna de las partes cuestiona en esta alzada la existencia del único hecho nuevo ocurrido con posterioridad al dictado de la sentencia de divorcio, cual es que el hijo mayor de la pareja, Roberto , abandonó voluntariamente el domicilio materno, pasando a vivir con el padre, como consecuencia de una deteriorada relación materno-filial. Partiendo de ello, procede examinar por separado las pretensiones que formulan cada uno de los progenitores en esta segunda instancia.

TERCERO.- La primera solicitud de la madre se articula en torno al establecimiento del régimen de visitas de los progenitores no custodios con sus hijos. La recurrente interesa que se fije un régimen de visitas ordinario respecto de su hijo mayor, Roberto , cuya guarda y custodia ha sido atribuida al padre. Dicha pretensión no puede prosperar. De lo actuado, concretamente de la exploración del menor, se desprende su claro deseo de convivir con el padre, negándose a mantener contacto con la madre, sin que del informe elaborado por los profesionales del EATAV se desprenda la existencia del alegado síndrome de **alienación parental** del menor, debido a la actitud del padre, pese a alegarse por la recurrente en esta alzada. Sabido es que los Tribunales no resultan vinculados por el deseo de los menores en una situación de crisis familiar, sino por el interés de los mismos y, por ello, en el presente supuesto la situación familiar aconseja mantener una relación materno-filial en la forma establecida en la instancia. Dicho régimen de visitas, claramente limitado, si bien no resulta el deseable entre padres e hijos, se presenta como el mas efectivo dadas las concretas circunstancias de la relación familiar, teniendo en cuenta la previsible falta de resultados prácticos que se lograrían con el régimen ordinario peticionado por la madre, dada la edad actual del menor, 16 años, suficiente como para generar indeseables situaciones de incumplimiento, las cuales, probablemente, tan sólo ayudarían a agravar la crisis existente entre madre e hijo. Por ello, siguiendo los criterios contenidos en el informe del EATAV, en que se apunta como beneficioso para el menor el contacto con la madre, aún de forma progresiva, la Sala considera adecuado mantener el régimen fijado en la sentencia recurrida, dado que aún cuando la figura del padre aparezca como mas adecuada para la guarda y custodia del menor en estos momentos, no hay que olvidar que el mantenimiento del distanciamiento entre la madre e hijo no puede resultar beneficioso para el pleno desarrollo personal afectivo y madurativo del menor; y todo ello sin perjuicio de que, como ya señalábamos en nuestra sentencia de 4.5.04 , la madre deba plantearse su actitud hacia el hijo mayor, procurándose el asesoramiento psicológico necesario para orientar la deteriorada relación existente entre ambos.

En cuanto al régimen de visitas establecido a favor del padre en relación con el hijo menor de la pareja, Luis Miguel , se considera necesario mantener el contacto intersemanal de lunes y martes, con pernocta, al que se niega la apelante proponiendo que tan sólo consista en un lunes cada quince días, por cuanto ello le permitirá no sólo un mayor contacto con el padre, quien, según lo informado por el EATAV, le ofrece un entorno estructurado y pautado, sino también una mayor relación con su hermano Roberto , limitada en la actualidad debido a la separación de los hermanos, lo cual ayudará a mantener y reforzar el vínculo entre los mismos, resultando ello positivo para el desarrollo madurativo de ambos.

En segundo lugar, la madre interesa que la pensión alimenticia a su cargo y a favor de Roberto se establezca en la suma de 90 euros, en lugar de los 180 fijados en la sentencia. Tampoco dicha pretensión puede ser acogida, y ello por cuanto la suma fijada no puede ser tachada de excesiva o desorbitada, teniendo en cuenta el actual coste de la vida, constando, además, en las actuaciones que la Sra. Luisa cuenta con un trabajo estable en la Diputación Provincial, lo cual la dota de capacidad económica que hay que presumir suficiente para cubrir la pensión alimenticia establecida, máxime si tenemos en cuenta que en la instancia la hoy recurrente mostró su conformidad con satisfacer una pensión de 150 euros, muy cercana a la fijada en sentencia.

TERCERO.- En cuanto a las pretensiones del padre, las mismas pueden agruparse en dos:

1.- Solicitud de que se le atribuya la guarda y custodia del hijo menor Luis Miguel , con el establecimiento del oportuno régimen de visitas a favor de la madre, debiendo dejarse sin efecto la pensión fijada a su cargo y estableciéndose una a cargo de la madre, interesando también que deje de serle atribuido el uso de la vivienda familiar a la Sr. Luisa .

Cuestión nuclear de este primer grupo de solicitudes la constituye la relativa a la guarda y custodia de Luis Miguel . Al respecto, la Sala considera necesario mantener la atribución de la guarda y custodia hecha a la madre en la instancia, pues pese a haber detectado los profesionales del EATAV alguna falta de habilidades maternas en la educación del menor, de tan sólo 7 años de edad, consideran que no resulta adecuado un cambio en la figura guardadora del mismo, lo cual podría sobrepasar sus capacidades adaptativas y emocionales, entendiéndose que los beneficios de estar con su padre y hermano no compensarían los problemas adaptativos que de ello se derivarían, constando también en el informe que para Luis Miguel emerge la madre como figura de referencia, con un vínculo afectivo muy intenso con la misma. Por ello, debe mantenerse la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de la pareja a la madre, razón por la que no resulta ya necesario entrar a resolver sobre el resto de pretensiones derivadas de esta principal cuestión.

2.- Con carácter subsidiario, y para el caso de no serle atribuida la guarda y custodia de Luis Miguel , el padre solicita el mantenimiento de lo acordado en la instancia, pero con algunas excepciones, cuales son:

a.- Que el régimen de visitas entre Roberto y su madre sea libre, algo con lo que la Sala no puede mostrar su conformidad, previéndose que con ello se favorecería la ausencia de relación materno-filial, vista la negativa del menor a mantener contactos con su madre. Por ello, dando por reproducida la argumentación vertida en el anterior fundamento jurídico y en aras de fomentar la relación materno-filial, debe mantenerse el sistema de relación entre madre e hijo establecido en la sentencia recurrida.

b.- Que en los contactos de fines de semana alternos con su hijo Luis Miguel , la devolución del mismo sea llevada a cabo no el domingo por la noche, sino el lunes, a la hora de entrada al colegio. La Sala no ve inconveniente en acordar de conformidad con dicha pretensión, y no fijándose para ello en el deseo del padre, sino teniendo en cuenta, fundamental y primordialmente, el interés tanto de Luis Miguel , como de su hermano Roberto , considerando que, dada la actual separación entre los hermanos, un mayor contacto entre ambos, añadiendo la pernocta de los domingos de fines de semana alternos en casa del padre, contribuirá a fortalecer el vínculo y la buena relación existente entre los hermanos, lo cual, sin duda, redundará en beneficio de su evolución personal y madurativa. También se considera conveniente señalar la hora de devolución semanal tras disfrutar de los contactos intersemanales de lunes y martes con el padre, en aras a evitar no deseables discrepancias y discusiones en ese punto, fijándose en las 20,30 horas, horario que se entiende adecuado para la ordenada vida personal, formativa y familiar del menor.

c.- Que se deje sin efecto la atribución del uso del domicilio familiar a la Sra. Luisa , basándose el recurrente en que el mismo ostenta la guarda y custodia del hijo mayor de la pareja y, a la vez, dispone de un amplio régimen de visitas respecto del menor Luis Miguel . Tal pretensión no puede prosperar. Sabido es que el *art. 83* del Codi de Família catalán establece que el uso de la vivienda familiar se atribuye en la forma convenida por lo cónyuges, siempre que no resulte perjudicial para los hijos, y, en defecto de acuerdo, el juez lo atribuirá, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuída la guarda y custodia de los hijos, y cuando la guarda se distribuya entre los cónyuges, resolverá la autoridad judicial lo conveniente. Siguiendo tal previsión legal, la Sala considera oportuno confirmar lo acordado en la resolución recurrida, manteniendo el uso del domicilio familiar a favor de la Sra. Luisa , partiendo de la atribución a la misma de la guarda y custodia de Luis Miguel , de 7 años de edad, considerando que el interés del mismo resulta ser el que mayor protección merece, sin olvidar la menor capacidad económica de la madre en relación con el padre, según se desprende del contenido de la sentencia.

Por todo lo argumentado, procede la desestimación del recurso planteado por la representación procesal de D^a Luisa y la estimación parcial de la impugnación planteada por la representación procesal de D. Luis Carlos , debiendo revocarse la sentencia dictada en el único sentido de establecer, en relación con el régimen de visitas del Sr, Luis Carlos con su hijo Luis Miguel , que los fines de semana alternos lo tendrá desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y que los contactos intersemanales tendrán lugar desde el lunes, a la salida del colegio, hasta las 20,30 horas del martes, en que devolverá al menor al domicilio materno; manteniéndose la el resto de sus pronunciamientos; y todo ello sin hacer imposición de las costas del recurso, dada la especial naturaleza de lo pretendido en esta alzada.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Luisa , contra la sentencia dictada en fecha 22 de junio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lleida , y ESTIMAMOS PARCIALMENTE la impugnación planteada por la representación procesal de D. Luis Carlos contra dicha resolución, la cual REVOCAMOS en el único sentido de establecer, en relación con el régimen de visitas del Sr, Luis Carlos con su hijo Luis Miguel , que los fines de semana alternos lo tendrá en su compañía desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y que los contactos intersemanales tendrán lugar desde el lunes, a la salida del colegio, hasta las 20,30 horas del martes, en que lo devolverá al domicilio materno, confirmándose el resto de sus pronunciamientos; y todo ello sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo./a Sr./a. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.