

Id Cendoj: 32054370012005100389
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Ourense
Sección: 1
Nº de Recurso: 196/2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, Presidente, D. Manuel Cid Manzano y doña Josefa Otero Seivane,

Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

S E N T E N C I A N Ú M .

En la ciudad de Ourense a diecisiete de octubre de dos mil cinco.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Separación Matrimonial procedentes del Juzgado Mixto Número 6 de Ourense, seguidos con el nº. 335/03 , rollo de apelación núm. 196/04, entre partes, como apelantes D. Luis Enrique , representado por la Procuradora D^a. SANDRA PÉREZ ÁLVAREZ, bajo la dirección del Letrado D. JOSÉ MANUEL ORBÁN SOUSA y, D^a. Ángeles , representada por la procuradora D^a. MARÍA GLORIA SÁNCHEZ IZQUIERDO, bajo la dirección de la Abogada D^a. VIRGINA VILLAR LÓPEZ. Es ponente la Ilma. Sra. D^a. Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado Mixto Número 6 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 19 de diciembre de 2003 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por la representación de D^a. Ángeles , contra D. Luis Enrique , debo declarar y declaro la separación del matrimonio de los litigantes, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y en especial los siguientes: 1º. La separación de los litigantes, pudiendo señalar libremente su domicilio. 2º. El hijo menor de edad quedará en compañía y bajo la custodia de la madre D^a. Ángeles , si bien la patria potestad continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos progenitores. 3º. Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con el hijo menor el derecho de visitarlo y tenerlo en su compañía tres horas a la semana, los sábados por la tarde, efectuándose las visitas en el Punto de encuentro, bajo la vigilancia y supervisión de las personas encargadas de dicho centro. 4º. En concepto de pensión alimenticia, el demandado abonará a la actora la cantidad de 1.200 euros mensuales para los hijos del matrimonio, por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizándose dicha suma en la forma establecida en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución. Igualmente sufragará la mitad de los gastos extraordinarios de los hijos, previa justificación del importe de los mismos, y la mitad de los impuestos que graven la vivienda conyugal y de los gastos extraordinarios que en ella se origine. 5º. Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar a los hijos y a la esposa, en cuya compañía quedan, pudiendo el esposo, si no lo ha hecho ya, retirar de la misma sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario tanto de los que permanecen en la vivienda como de lo que extrae de ella el que la abandona. 6º. Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial y de la sociedad de gananciales, cuya liquidación podrá llevarse a cabo, si alguno de los cónyuges lo solicita, a través del correspondiente procedimiento, asignándose mientras ello no suceda el uso del vehículo matrícula MJF a la esposa. 7º. No se hace expreso pronunciamiento en costas. "

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de D. Luis Enrique y D^a. Ángeles recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se

remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica en tanto no contradiga lo expuesto a continuación

PRIMERO.- El principal motivo de recurso se centra en el interés manifestado por el demandado-apelante de obtener la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio, Rafael , que la sentencia apelada, que acordó la separación legal de los litigantes, atribuyó a la madre, manteniendo un régimen de visitas restringido respecto del progenitor no custodio. Los sábados durante tres horas semanales y en el punto de encuentro. Tal cuestión sometida a enjuiciamiento ha de resolverse atendiendo primordialmente al beneficio del menor, al regir en esta materia el principio "favor filii". De modo que, en supuestos de crisis matrimonial la función de los padres queda sometida al control jurisdiccional, que habrá de resolver lo procedente atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a lo que resulte más idóneo para un adecuado desarrollo físico y emocional del menor, tratándose de normas de derecho de familia de carácter imperativo en una materia donde está en juego el interés de los menores amparado constitucionalmente. Por ello, el derecho de visitas que se regula en el *art. 94 Cc* , es también circunstancial y relativo en función de cada caso, configurado como un complejo derecho-deber subordinado al interés del menor, que no tienen como única finalidad satisfacer las legítimas aspiraciones del cónyuge no custodio, sino las necesidades afectivas y formativas del menor. En definitiva, interesa que la ruptura matrimonial afecte en la menor medida posible a los hijos, de modo que, se mantengan los vínculos afectivos con el progenitor no custodio cumpliéndose los fines asignados al núcleo familiar. Por lo que, la posibilidad contemplada en el *art. 94 Cc* , de limitar o suspender el régimen de visitas, ha de interpretarse en un sentido restrictivo, justificándose sólo cuando exista un peligro concreto y real para la salud física o moral del hijo, ya que en un orden natural de cosas el mantenimiento de los vínculos entre el hijo menor de edad y el padre no conviviente ha de resultar necesariamente beneficioso para aquel.

SEGUNDO.- La juzgadora de instancia además de confiar la guarda y custodia del menor a la madre, estableció un régimen de visitas restrictivo respecto del progenitor no custodio, atendiendo fundamentalmente al dictamen del perito psiquiatra Dr. Alfonso , designado a instancia de ambos litigantes, que concluyó, tras la valoración psicológica de todos los componentes del núcleo familiar, que el menor padecía un "síndrome de **alienación parental** " generado durante la larga disputa mantenida en relación a su custodia, y motivado por el proceso de descalificación de uno de los progenitores en relación al otro proyectada sobre el menor, y llevada a cabo "a través de la difamación reiterada, que desembocó en un rechazo y animadversión del menor hacia el progenitor difamado y hacia las demás personas del núcleo familiar que se asocian con él". Concluye también el perito, que "el inductor de este proceso, más o menos consciente, es el padre debido a ciertos rasgos disfuncionales de su personalidad de tipo "paranoide-narcisista" acusados, previsiblemente, por el aumento del nivel de estrés causado durante la separación conyugal. Mientras que, en la evaluación realizada a la madre no observó trastorno patológico de la personalidad, sino un comportamiento normal en las relaciones afectivas con sus hijos. Indica también dicho informe, lo que también se deriva de las restantes pruebas practicadas, que con anterioridad a la separación la relación del menor con ambos padres era satisfactoria, tenía alto rendimiento escolar y no presentaba patología psicológica alguna. Actualmente, presenta un cuadro de alteración del estado de ánimo de tipo depresivo, síntomas de rabia, dificultades de atención y concentración, grave disminución en el rendimiento escolar y alteraciones de conducta de tipo "disruptivo", así como un rechazo absoluto hacia la madre y una idealización de la figura del padre. Se deriva también de las pruebas obrantes en Autos, que el menor desde el inicio del proceso de separación ha manifestado una importante vinculación afectiva con el padre refiriendo ya en la primera exploración efectuada en el procedimiento de medidas provisionales (en 9 de mayo de 2003) "que es su deseo vivir con el padre" aunque presentando en aquel momento cierta duda sobre su opción por conllevar la separación de su hermana mayor. Es cierto que este inicial apego a la figura paterna se ha intensificado durante el proceso de separación, pasando a manifestar abiertamente un claro deseo de convivir con su padre tanto en la exploración realizada en esta alzada como ante los funcionarios del servicio del punto de encuentro y ante los médicos psiquiatras integrantes de la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil del "Complejo Hospitalario de Ourense. Y tanto más restrictiva ha sido la comunicación con el progenitor no custodio, mayor ha sido el rechazo hacia la figura materna a quien culpabiliza de esta circunstancia y mayor ha sido su idealización de la figura del padre, protagonizando el menor episodios de rebeldía, tales como "fugas" a otras provincias, cartas dirigidas a periódicos solicitando ser escuchado, pintadas en su domicilio etc., que se entienden como un modo, desde luego distorsionado e impropio, de protesta sobre su situación, según hizo constar también el equipo médico precedentemente

citado. Ha resultado también probado, mediante los informes sobre evolución del régimen de visitas emitido por los técnicos del punto de encuentro, que la relación entre el padre y su hijo menor es muy fluida, siendo el menor muy receptivo a las tareas o juegos llevados por el padre durante las horas de visitas y en este sentido si se revela implicado en la formación intelectual del menor, capaz de motivar este aspecto de su personalidad. En similar sentido se manifestó la tutora del menor, D^a. Teresa manifestó en el acto de juicio celebrado en 16 de diciembre de 2003 refiriendo "que el niño le manifestó que quería estar con su padre y que cuando estaba con él se veía feliz". Procede también tomar en consideración el informe emitido por la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil del Servicio Galego de Saúde, donde el menor permaneció ingresado en observación desde el 19 de mayo al 15 de junio del presente año, ya en trámite el presente recurso de apelación, al regir en esta clase de procedimientos de un modo atenuado el principio de la "perpetuatio iurisdictionis", del que se deriva, en cierta contradicción con el emitido por el Dr. Alfonso , que se trata de un menor maduro, con una edad mental superior a la cronológica (de 16 años, siendo su edad real 13 años) capaz y en situación de tomar decisiones y que debe ser tenido en cuenta. Con una personalidad normal si bien presentando labilidad emocional, como reactiva a su situación familiar. También constata dicho informe que durante su estancia en el centro se observó que mantiene una relación fluida y afectuosa con su padre y éste con él. Mientras que manifiesta reiteradamente su rechazo hacia la madre, "negándose a recibirla cuando lo ha visitado".

TERCERO.- En estas circunstancias, se estima más adecuado y acorde al interés del menor, incrementar el régimen de comunicación y convivencia entre el menor y su padre, aunque manteniendo la actual situación de guarda y custodia, en tanto que la madre se presenta como una persona capaz y equilibrada para desempeñar tal función tuitiva según informe del perito siquiatra. Régimen que no cabe alterar por el solo deseo manifestado del menor, sin apoyo en un motivo serio y razonable. Ello, atendiendo a las siguientes razones: primera, porque otorgar la custodia al padre sería tanto como convertir al menor en árbitro de tal situación y delegar en él, responsabilidades que no le corresponden en razón de su edad y en su claro perjuicio. Segundo, porque aún cuando no se estimarse concluyente el informe del Dr. Alfonso en cuanto a que el menor padece el llamado "síndrome de **alienación parental** ", motivado por una negativa influencia del padre (nada se concluye en tal sentido en el informe emitido por la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil) sí se deriva de la prueba practicada una tendencia perniciosa del padre a involucrar al menor en las decisiones relativas a su guarda y custodia, hasta el punto de insistir en que el niño también debía "firmar" el acuerdo extrajudicial adoptado por los cónyuges en 14 de agosto de 2004 sobre modificación del régimen de custodia durante las vacaciones, hecho revelador que supone implicar al menor de un modo inapropiado, y en su perjuicio, en las diferencias de los padres surgidas en el proceso de separación. También se acreditó en esta ocasión, que el padre mostró delante del hijo, una actitud de rechazo y descalificación hacia la madre (como informaron los técnicos del punto de encuentro), llegando a perder el control en presencia de la madre y el menor, proyectando así en el hijo su actitud de tensión en relación a la actora, cuando lo adecuado para el equilibrio de ambos hijos sería mantenerlos al margen de las desavenencias conyugales. Y en este aspecto sí se comparte el informe emitido por el Dr. Alfonso , en tanto sostiene que esta actitud menospreciante del padre respecto de la madre exteriorizada ante el menor ha provocado o contribuido en gran medida a la propia actitud de rechazo que el menor también manifiesta hacia su madre y que antes de la separación no existía, comportamiento que no cabe achacar exclusivamente a una postura de rebeldía causada por la oposición de la madre a ceder su custodia. Es por ello que la amplitud en el régimen de comunicación a que luego se aludirá, pasa por un cambio de actitud del padre procurando fomentar el respeto del menor hacia su madre, y evitando involucrarlo, absolutamente, en las cuestiones relativas a su guarda y custodia o al régimen de visitas, cuestiones sometidas en última instancia al control jurisdiccional. En consecuencia, atendiendo al deseo manifestado del menor, que dada su edad debe tomarse en consideración y a fin de no cronificar una situación de rebeldía, perjudicial para el mismo, así como una idealización de la figura paterna y correlativo del rechazo hacia la madre. Atendiendo, también, a la fluida comunicación que mantienen el menor y su padre y a la beneficiosa implicación de este último en su formación intelectual, y sin que se observe un riesgo concreto para la salud física o síquica del menor mediante la ampliación de las visitas, como también los evidencia el hecho de que la propia madre en el documento de 14 de agosto de 2004 hubiese autorizado la permanencia del menor con el padre durante un periodo de diez días, pese a que tenía el derecho de visitas restringido a tres horas semanales. Y dado que el propio perito siquiatra, Dr. Alfonso , en el acto de juicio, se refirió a la restricción en la comunicación entre padre e hijo como una medida de carácter temporal, se estima adecuado a su interés ampliar el régimen de comunicación entre el demandado y el menor Rafael , durante fines de semana alternos, desde las 20 h del viernes hasta las 19 h del domingo, y durante la mitad de las vacaciones escolares, con la alternancia establecida en el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 15 de mayo de 2003 .

CUARTO.- En cuanto a la cantidad fijada en sentencia como contribución del demandado al sostenimiento de las cargas familiares, interesa el demandado apelante su reducción y el mantenimiento de la cantidad otorgada en el auto de medidas provisionales dictado en 15-5-03 (1.000 € mensuales), cantidad

en la que, según alega, se encontraba comprendida la obligación de asumir la esposa la totalidad de la carga Hipotecaria que pesa sobre la vivienda familiar. Tal pretensión se deduce de un modo procesalmente incorrecto, pues si bien argumenta en el apartado décimo del escrito de recurso de apelación la improcedencia del incremento de 200 € acordado en la resolución que se recurre, en el "petitum" del recurso no interesa expresamente la revocación de la sentencia en relación a tal extremo, mientras que si se refiere a otros, tales como a la guarda y custodia del menor, vivienda familiar etc.; lo que conduciría sin más al mantenimiento de tal pronunciamiento de la sentencia apelada. Sin embargo conviene precisar que dentro de la contribución al sostenimiento de las cargas familiares, que se fija en 1.200, se comprende la obligación de la actora de hacer frente en su totalidad a la hipoteca que grava la vivienda familiar (400 €) de carácter ganancial, restando una contribución de 800 € para el sostenimiento de ambos hijos comunes, comprendiendo gastos de manutención, vestido, instrucción, que no se estima excesiva, en atención a los usos y circunstancias de la familia (*art. 1.362-1º Cc*), a que la hija mayor cursa sus estudios universitarios fuera de esta ciudad, con el mayor incremento de gastos, y atendiendo a los mayores ingresos del demandado en relación a su cónyuge, que ascienden a tenor de los documentos obrantes a los folios 91, 92 y 93 a 2.800 €. Y si bien los ingresos provenientes de su condición de profesor asociado de la UNED y de la Universidad de Vigo pudieran ser circunstanciales, el mantenimiento de tal asignación depende de la permanencia de las actuales circunstancias, pues de darse una reducción de sus ingresos o disminución de las efectivas necesidades de los hijos, podrá instarse su modificación por alteración de las circunstancias conforme a lo dispuesto en el *art. 92 del Cc* , por lo que, en este aspecto procede mantener la sentencia apelada.

QUINTO.- En cuanto a la impugnación del recurso no ha lugar a la medida cautelar interesada por la impugnante toda vez que la sentencia de instancia conlleva la disolución del régimen económico matrimonial. Sin perjuicio de que las cantidades detraídas de las cuentas gananciales que hubiere llevado a cabo el demandado se traigan a cómputo al tiempo de practicarse la liquidación de la sociedad de gananciales.

SEXTO.- Al estimarse en parte el recurso de apelación no procede efectuar una expresa imposición de las costas de la alzada.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Enrique contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 6 de Ourense en Juicio de Separación Matrimonial nº. 335/03 , Rollo de Apelación núm. 196/04, cuya resolución se revoca parcialmente en el sentido de ampliar el régimen de visitas establecido en la sentencia apelada a fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta las 19 horas del domingo, mitad de las vacaciones escolares, con la alternancia prevista en el auto dictado por el Juzgado en 15 de mayo de 2003 . Así mismo se desestima la impugnación formulada por la parte adherida al recurso, por lo que se mantiene la sentencia apelada en sus restantes pronunciamientos, sin efectuar una expresa imposición de las costas de la alzada a ninguna de las partes.

Al notificarse esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el *art. 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* .

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.