

Id Cendoj: 03014370042005100064
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Alicante/Alacant
Sección: 4
Nº de Recurso: 183/2005
Nº de Resolución: 214/2005
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA AMOR MARTINEZ ATIENZA
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial de Alicante. Sección Cuarta. Rollo 183/2005.-

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 nueve de Junio de dos mil cinco.

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 214/2005.

En el recurso de apelación interpuesto por D^a Andrea , representada por el Procurador Sr. Gadea Espí (habiéndose designado para la representación de la misma en el presente Rollo al Procurador Sr. Hernández Guillén) y asistida por el letrado Sr. Yépez Sellés, contra resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Alcoy (Alicante), habiendo sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Amor Martínez Atienza .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Alcoy (Alicante), en los autos de juicio de modificación de medidas número 576/2003, se dictó, en fecha catorce de Enero de dos mil cinco, resolución cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" Que ACUERDO la modificación de medidas acordadas en Sentencia de Divorcio en los siguientes extremos:

1.- Que la guarda y custodia de los menores Sergio , Blas , y Valentín sea atribuida al padre, permaneciendo la patria potestad compartida por ambos progenitores, estableciéndose un régimen de visitas a favor de la madre consistente en los fines de semana alternos en el lugar de residencia de los menores, sin derecho a pernoctar y a través de los servicios sociales de Alcoy, excluyendo la participación de familiares de cualquiera de las partes, desde las 10:00 horas del sábado a las 20:00 horas y desde las 10,00 horas del domingo hasta las 20,00 horas.

2.- Que en concepto de pensión de alimentos para los hijos, la madre abonará al padre todos los meses el importe de 150 euros por cada hijo que deberá ingresar los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se abrirá a tal fin, cantidad que sufrirá las oportunas actualizaciones de conformidad a las variaciones del IPC en fecha uno de enero de cada año y con expresa imposición de costas a la parte demandada....".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la parte demandada configurada por D^a Andrea , habiéndose tramitado el mismo 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 183/2005, señalándose para votación y fallo el pasado día ocho de Junio de dos mil cinco.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la parte apelante se verificó impugnación de la resolución de instancia, centrandó, fundamentalmente, sus argumentos en la discusión sobre adecuación del sistema de guarda y custodia y pensión de alimentos recepcionadas en la resolución de instancia, interesando, en base a las consideraciones que estimó oportunas, la revocación de la resolución de instancia y el otorgamiento de una nueva por la que, en lo referente a la guarda y custodia, régimen de visitas y la pensión de alimentos respecto de los tres hijos comunes de los litigantes, se restablezca el sistema establecido en la sentencia de divorcio de fecha 20 de Junio de 2001 (autos 70/2000, del Juzgado de Primer Instancia número Dos de Alcoy).

Por la representación del Sr. Franco se verificó oposición al recurso de apelación aludido en el párrafo anterior, interesado la íntegra confirmación de la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Por el Ministerio Fiscal se interesó la confirmación de la resolución recurrida " por compartir íntegramente los fundamentos de derecho de la misma".

SEGUNDO.- Por la parte apelante se cuestiona, como primer motivo de su recurso, el pronunciamiento sobre guarda y custodia, entendiéndose no suficientemente valorado el hecho de la existencia de causa penal abierta contra el demandante por presuntos ilícitos de abandono de familia asociados a impago de pensiones, desobediencia e injurias, y la existencia, en su día, de Juicio Verbal de Faltas tramitado con el número 9/1993 en el Juzgado de Instrucción número 1 de Alcoy en el que se dice fue condenado el demandante por ilícito penal leve de lesiones cometido contra la demandada.

A este respecto, no cabe reseñar sino que:

1.- Obvia la parte apelante la denegación de determinada prueba documental (devuelta a la parte demandada) en el acto de vista, sin que se habilitaran por la parte recurrente instrumentos procesales a los efectos de su reproducción en esta segunda instancia. En todo caso señalar, por un lado, y en relación a presunta agresión que se dice fue objeto de proceso tramitado como Juicio de Faltas en el año 1993 que, con independencia de la conflictividad de relaciones en el pasado (tomando en consideración que el proceso que nos ocupa se incó en virtud de demanda interpuesta en fecha 2-10-2003), no se ha acreditado trascendencia de comportamiento violento alguno del demandante en relación a sus hijos, no deduciéndose dicha circunstancia de los elementos objetivados en autos, debiendo tomarse asimismo en consideración apreciaciones del perito (en su informe escrito y ampliación-aclaración al mismo en el acto de vista) que, aún partiendo de determinados condicionamientos de personalidad Don. Franco , diferenció el ámbito de relaciones inter-litigantes de las adverdadas, en el curso del proceso, entre el Sr. Franco y sus hijos en el particular analizado; por otro lado, y por lo que se refiere a la causa penal que se dice abierta, indicar que, al margen de carecer de dato más preciso sobre el alcance de las imputaciones en relación al demandante y su trascendencia penal - que no cabe prejuzgar-, es lo cierto que la resolución de instancia se adapta a modificación de circunstancias aún con carácter posterior a la de presunta incoación de las diligencias previas (en atención a la numeración facilitada por la parte apelante) que sirven de base a la citada causa penal, que evidencian una situación especial de conflicto en las relaciones entre la demandada y sus hijos, que, en atención a las circunstancias- y medios de prueba practicados-, hicieron aconsejable, en interés de ellos, las medidas adoptadas por el Juzgador a quo.

2.- Resulta llamativa la omisión por la parte apelante a los diferenciados (y argumentados) razonamientos otorgados por el Juzgador a quo a los efectos de justificar la modificación del sistema de guarda y custodia. Y, así:

- Ninguna alusión se verifica por la parte apelante a incidente determinante del auto de medidas cautelares dictado en causa penal (asociadas a incidente de violencia en el ámbito familiar o doméstico) tramitada inicialmente por el Juzgado de Instrucción de Tremp como Diligencias Previas 120/2004, que supuso la adopción (en materia de guarda y custodia de los hijos menores de los litigantes y régimen de visitas del progenitor no custodio) como cautelares las definitivamente adoptadas o contenidas en los autos

civiles de los que trae causa la resolución impugnada. Y, si bien no cabe prejuzgar responsabilidad última asociada a hechos base de la incoación de la citada causa penal, sí se evidencia la existencia de incidente que no constituye sino manifestación de una quiebra de la relación normalizada entre la apelante y al menos dos de sus hijos. Asimismo, y como elemento adicional de objetivación de la quiebra convivencial entre la mayor de los hijos menores de edad del matrimonio y la madre no cabe sino verificar remisión al conjunto de incidencias documentadas de la citada relación especialmente desde el verano de 2003 en adelante.

- Igualmente, ninguna mención se realiza a las manifestaciones de los menores, tanto ante perito designado judicialmente como en trámite de exploración (ante el Juzgador a quo y Ministerio Fiscal) de los menores (nacidos, respectivamente, en fechas 23-2-1990, 27-9-1991 y 16-4-1993), en diligencia de vista (esta última datada en Enero de 2005), en la expresión de su voluntad de permanecer en compañía de su padre (bien en sí misma considerada, o bien en función del entorno convivencial y/o social que en sí implica), evidenciando cierta conflictividad con la madre que parecía no existir con ocasión de la sentencia dictada en previo proceso de divorcio.

- Por último, y asimismo, ningún comentario se hace sobre el contenido del informe pericial obrante en autos que, no obstante evidenciar determinados condicionamientos de personalidad susceptibles de incidir en ambos progenitores y estimando no existentes, en relación a los menores, manifestaciones del síndrome de **alienación parental**, argumentó consideraciones expuestas en su informe sobre una mejor valoración, en situación actualizada, del estilo educativo del padre, con red de apoyo social y familiar más extensa y dispuesta a colaborar, y con ambiente dotado de mayor estabilidad en el caso paterno (estabilidad que, en el caso materno estaría condicionada por rasgos de personalidad de la demandada aludidos por el perito, no solamente en su informe escrito, sino, de forma expresa, en el acto de vista, con trascendencia potencial a su ámbito convivencial).

Todo lo expuesto determina que se entienda no desvirtuada la esencial corrección de pronunciamiento otorgado por el Juzgador a quo en la apreciación de modificación sustancial de las circunstancias susceptibles de haber sido tomadas en consideración en previo proceso de divorcio al objeto de establecimiento medidas complementarias en relación a los hijos menores, por lo que no cabe revocar tal pronunciamiento en la causa de que dimana el presente Rollo en materia de guarda y custodia de los hijos menores comunes (decayendo, por ello, pretensiones de la parte apelante a los fines de restablecimiento de medida al efecto acordada en previo proceso de divorcio y asociadas de régimen de visitas y pensión de alimentos).

Estimado por ello pertinente el mantenimiento del pronunciamiento acordado por el Juzgador a quo en la resolución de instancia relativa al régimen de guarda y custodia de los hijos menores comunes de los litigantes, ninguna consideración procede hacer sobre el régimen asociado de comunicación y visitas de los menores con su progenitor no custodio en cuanto particular no expresamente impugnado (salvo, en su caso, en el marco de las implicaciones recepcionadas en el párrafo anterior) en su contenido y alcance por la parte apelante.

TERCERO.- Por lo que hace referencia al particular de la sentencia de instancia, referido a la pensión de alimentos, objeto de impugnación por la parte apelante, procede reseñar lo siguiente:

Tal y como reiteradamente tiene reconocido la doctrina y jurisprudencia (y viene reseñando este Tribunal de forma también reiterada en diversas resoluciones) en cuanto a los alimentos para los hijos, la separación o la ruptura del vínculo matrimonial en modo alguno hacen perder la relación de filiación, que, a tenor de lo normado en los *arts. 143, 144 y 145 del CC*, da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y crea obligación a estos de prestarlos (STS 29 junio 1988) en los casos en que así proceda (STS 10 julio 1979). 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). A efectos de la fijación de alimentos, lo que el *art. 146 del CC* tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quién haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia (SSTS 6 febrero 1942, 24 febrero 1955, 8 marzo 1961 20 abril 1967, 2 diciembre 1970 9 junio 1971 y 16 noviembre 1978); relación de proporcionalidad que, en todo caso, queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación, ocio, etc, en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del/de la/

de lo/a/s menor/es en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos, y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al que deben coadyuvar sus progenitores por razón de las obligaciones asumidas por los mismos por su condición de tales.

Así en el caso que nos ocupa, en el que no se discute la pertinencia de la pensión por alimentos con cargo a la apelante sino su cuantificación (pretendiendo quedara fijada en la cantidad de 225 euros/mes para los tres hijos, en lugar de 150 euros/mes por cada uno de los citados menores), tomando en consideración las necesidades de los hijos menores inherentes a la edad de los mismos (incluidas las de "habitación" en términos legales), ha de ponerse de manifiesto que la cantidad reconocida en concepto de pensión de alimentos con cargo a la apelante y en favor de sus hijos menores de edad, a saber, 150 euros/mes por hijo, aparece incardinada dentro de los márgenes recepcionados por este Tribunal en el concepto de mínimo vital, con lo que de ello se deriva en función de lo reseñado en el último inciso del párrafo anterior, por lo que no existiría base a los efectos de revocar la sentencia de instancia en el concreto apartado afecto a la cuantificación de la citada pensión; debe reseñarse, por otra parte, que, al margen de no constar el volúmen final de ingresos de la apelante más allá de sus manifestaciones, es lo cierto que obvia, en la toma en consideración de su potencial de ingresos asociados a su capacitación profesional, las consecuencias inherentes a la documentación por ella presentada en relación, asimismo, con documento obrante al folio 254 (en el que se certificó por el director médico del Hospital Virgen de los Lirios de Alcoy, y en referencia al expediente de la apelante, la posesión por la misma de plaza en propiedad en categoría profesional de auxiliar de enfermería, de la que se encontraba en situación de excedencia voluntaria desde el 1 de diciembre de 2003, percibiendo hasta dicha fecha retribuciones líquidas mensuales de 982,56 euros).

En todo caso destacar que, contra lo que parece entender la parte apelante, el pronunciamiento otorgado no implica exoneración al progenitor custodio de prestación alimenticia (incluida en el conjunto de cargas afectas a la materialización de obligaciones con trascendencia económica asociadas al desempeño de guarda y custodia, con lo que de ello se deriva).

Procede, también, en este particular, la desestimación del recurso deducido por la apelante.

CUARTO.- A la vista del contenido de la presente resolución, y de conformidad con lo establecido en el *art. 398 de la LEC*, procede la imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante cuyas pretensiones han sido desestimadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Gadea Espí (habiéndose designado en favor de la apelante como Procurador en el presente Rollo, al Sr. Hernández Guillen), en nombre y representación de D^a Andrea - asistida por el letrado Sr. Yépez Sellés, contra resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Alcoy (Alicante), con fecha catorce de Enero de dos mil cinco, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta instancia.

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.