

Id Cendoj: 50297370042004100212  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Zaragoza  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 542/2003  
Nº de Resolución: 291/2004  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: EDUARDO NAVARRO PEÑA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA NUMERO DOSCIENTOS NOVENTA Y UNO**

Ilmos. Señores:

Presidente:

D. Javier Seoane Prado

Magistrados:

D. Eduardo Navarro Peña

D<sup>a</sup>. Carmen Bayod López

-----  
En la Ciudad de Zaragoza a diecisiete de Mayo de dos mil cuatro.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada en fecha 8 de Julio de 2.003 por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de los de Zaragoza, en autos acumulados de Juicio de familia seguidos con el número 1.542/2.002 y 70/2.003 sobre modificación de medidas definitivas establecidas en precedente sentencia de separación matrimonial, de que dimana el presente rollo de apelación numero 542/2.003, en el que han sido partes, apelante, la demandante y también demandada, D<sup>a</sup>. María Inmaculada , representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Laura-Asunción Sánchez Tenías y asistida de la Letrada D<sup>a</sup>. Ana-María Tapia Acebes, y, apelada, el demandante y demandado, D. Donato , representado por el Procurador D. Fernando Gutiérrez Ríos y asistido de la Letrada D<sup>a</sup>. Rafaela Poyato Gómez, así como el MINISTERIO FISCAL, siendo Ponente el Magistrado D. Eduardo Navarro Peña, que expresa el parecer de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los correlativos de la sentencia recurrida; y

PRIMERO.- La anterior sentencia contiene la parte dispositiva siguiente: "FALLO: Que estimo en la forma indicada la demanda interpuesta por Donato contra María Inmaculada y desestimo la demanda interpuesta por María Inmaculada contra Donato y acuerdo que el menor Luis Antonio continúe bajo la custodia de su padre, señalando como régimen de visitas para que el menor pueda relacionarse con su madre, el consistente en sábados y domingos alternos durante tres horas, de 10 a 13 horas a falta de acuerdo, y en el punto de encuentro familiar de Zaragoza, de tal forma que las interacciones y verbalizaciones entre madre e hijo sean supervisadas y controladas en su totalidad, siendo necesario que se suspenda la visita ante la aparición del primer síntoma de ataque de ansiedad en el menor o en su madre, saliendo la madre de dicho lugar y pasando el menor en dicho momento a ser atendido por el

personal de dicho punto de encuentro, sistema de visitas que pretende permitir la continuidad de la relación madre e hijo en un ámbito que garantice la seguridad emocional del menor y, ello, durante todo el tiempo que se estime preciso para llevar a cabo el tratamiento del proceso de alineación parental que sufre el menor, pudiendo y debiendo ampliarse en el futuro en función de la evolución de dicho tratamiento. Todo ello sin hacer una especial condena en las costas procesales de ninguno de los dos procesos acumulados. "

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, las dos representaciones procesales, que ostentaba la Sra. María Inmaculada en los referidos autos acumulados, prepararon sendos recursos de apelación contra la misma, y emplazadas que fueron para que los interpusieran en legal forma dentro del lapso temporal señalado al efecto, así lo efectuaron ambas mediante la formulación de los correspondientes escritos, en los que expusieron las alegaciones que tuvieron por conveniente para fundamentarlos, solicitando se dictara sentencia que revocando la recurrida estimase íntegramente la demanda de modificación de medidas formulada por dicha parte recurrente y desestimase, al propio tiempo, la demanda interpuesta por el Sr. Luis Antonio , reiterando la recusación de la Psicóloga y Asistente Social adscritas al citado Juzgado de Familia hecha valer en la anterior instancia y que fue rechazada por el Juez a quo.

TERCERO.- Dado traslado de ambos recursos de apelación a la representación procesal del Sr. Donato , para que pudiera alegar, dentro del plazo fijado a tal fin, lo que a su derecho conviniere en relación con los mismos, dedujo sendos escritos de oposición, en los que vino a solicitar su desestimación y la consiguiente confirmación de la sentencia impugnada, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, tras de lo cual se remitieron los autos originales de dicho procedimiento a esta Audiencia Provincial, Sección Cuarta, previo emplazamiento de las partes.

CUARTO.- Recibidos los autos, formado el correspondiente rollo, y personadas en tiempo y forma hábiles ambas partes apelante y apelada, se siguió el trámite legal, acordándose por auto de fecha 26 de Noviembre de 2.003, previa audiencia de las representaciones procesales de la parte apelante, que en lo sucesivo se tenía por único representante de la misma a la Procuradora Sra. Sánchez Tenías, cesando en tal representación el Procurador Sr. Jiménez Alfaro, señalándose, para la celebración de vista la audiencia del día 11 del corriente mes de Julio, en cuyo acto los Letrados de ambas partes informaron en defensa de sus respectivas pretensiones.

QUINTO.- En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

No se aceptan los correlativos de la sentencia apelada, que contradigan o se opongan a los de la presente; y

PRIMERO.- La actora y al propio tiempo demandada, Sra. María Inmaculada , recurre en apelación contra la mentada sentencia de primer grado, que rechazando su demanda y acogiendo la formulada por su esposo, Sr. Donato , resuelve modificar sólo el régimen de comunicación y visitas de la recurrente con el hijo común de ambos, Luis Antonio , nacido el día 15 de Febrero de 1.993, establecido en la precedente sentencia de fecha 15 de Mayo de 2.001 que decretó la separación matrimonial de los hoy litigantes, en el sentido de dejarlo reducido a sendas comunicaciones de tres horas de duración en sábado y domingo de semanas alternas en el punto de encuentro familiar de Zaragoza, manteniendo al menor bajo la guarda y custodia de su padre, sentencia la recurrida que impugna por considerarla no ajustada a derecho al derivar de una errónea valoración del conjunto de la prueba, en que incurre, a su juicio, el juzgador de instancia, al resolver la cuestión debatida en el juicio, a saber, la modificación de las medidas sobre guarda y custodia de dicho menor, así como régimen de comunicación del progenitor no custodio, en función únicamente del informe pericial emitido por la Psicóloga y la Asistente Social adscritas a dicho Juzgado de Familia, sin ponderar adecuadamente la voluntad del propio menor de vivir con su madre, reiteradamente manifestada durante mucho tiempo, así como los informes del Médico Psiquiatra que ha atendido en diversas ocasiones a Luis Antonio y que ha reconocido a la recurrente, quien depuso en el acto del juicio, así como el emitido por la Psicóloga adscrita a la Oficina de Atención a las Víctimas del Delito, del Ministerio de Justicia, en fecha 29 de Abril de 2.003.

SEGUNDO.- Por lo que atañe, ante todo, a la recusación de la Psicólogo y Asistente Social adscritas al referido Juzgado de Primera Instancia, que emitieron sus respectivos informes periciales en la anterior fase procesal, recusación que reitera la parte apelante en esta alzada, debe ser desestimada por cuanto que dichos peritos no fueron designados judicialmente, sino que intervinieron a propuesta del Sr. Donato , por lo que no pueden ser objeto de recusación, según disponen los artículos 124 y 343 de la L.E.C.

TERCERO.- Entrando ya a conocer de la cuestión debatida en esta alzada, y que no es otra que la de discernir si está justificada y si, por lo tanto, resulta acogible la pretensión de la recurrente sobre modificación del régimen vigente de guarda y custodia de su hijo Luis Antonio, modificación consistente en la atribución a ella de dicha guarda, la Sala entiende, tras el análisis pormenorizado del conjunto de la prueba obrante en autos, que es de acoger tal pretensión, con estimación del referido recurso, al demandarlo el interés superior de dicho menor, al que debe atenderse con carácter primordial, conformen preceptúan los artículos 91 y 92 del Código Civil, 2 y 11.2.b) de la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1.989, ratificada por el Estado Español por Instrumento de 30 de Noviembre de 1.990, ya que queda evidenciado no sólo que el menor desea vivir con su madre, actitud firme y decidida del mismo que viene manteniendo y manifestando en reiteradas ocasiones desde hace ya tiempo, y así queda constatado en la exploración del mismo llevada a cabo por el Juez a quo en fecha 21 de Mayo del pasado año (folio 327), sin que quepa achacar tal voluntad del menor a actuación manipuladora o inductora de la madre, que hubiese podido predisponerle contra el padre, hipótesis que rechaza sin ambages el Médico Psiquiatra Dr. Benito (folio 169), desvirtuando al respecto la posición contraria mantenida por la Psicóloga adscrita al Juzgado de Familia, quien imputa a la Sra. María Inmaculada haber llevado a cabo con su hijo un proceso de **alienación parental**, perjudicial para el menor, dictamen que no comparte tampoco la Psicóloga de la Oficina de Asistencia a las Víctimas del Delito en su informe de 29 de Abril de 2.003 (folios 303 y 304), sino además que resulta más beneficioso para el desarrollo integral de Luis Antonio en el momento actual el quedar bajo la guarda de su madre, como así lo resalta de forma destacada el referido Psiquiatra.

CUARTO.- Como consecuencia de lo anterior y en aplicación de lo preceptuado en el artículo 96 del Código Civil, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella existentes debe ser atribuida de forma exclusiva y excluyente al referido menor y a su madre, en cuya compañía ha de quedar conforme a lo anteriormente expuesto, debiendo abandonarla el Sr. Donato y las personas que con él conviven en dicha vivienda, pudiendo llevar consigo sus efectos personales, previo inventario de los mismos y de los que queden en el citado inmueble, de no existir acuerdo entre los litigantes.

QUINTO.- Atendida la capacidad económica del Sr. Donato, así como la de la Sra. María Inmaculada, y las necesidades actuales del hijo común de ambos, Luis Antonio, se fija en la cantidad de 180 euros la suma mensual que aquel ha de satisfacer a su esposa como pensión de alimentos para su referido hijo, por aplicación de lo normado en los artículos 93, 146 y concordantes del Código Civil, y que deberá abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes mediante ingresos en la cuenta corriente o libreta de ahorros que designe la Sra. María Inmaculada, cantidad que se actualizará el 1 de Enero de cada año, a partir del 2.005, conforme a la variación que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

SEXTO.- De conformidad con lo normado en el artículo 94 del Código Civil, se estima pertinente por la Sala establecer a favor del padre, Sr. Donato, para que pueda comunicar con su referido hijo Luis Antonio el siguiente régimen de visitas y comunicación: Fines de semana alternos desde las 19,00 horas del viernes, en que lo recogerá del domicilio materno, hasta las 20,00 horas del domingo, en que lo retornará al mismo, así como mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, Fiestas del Pilar y un mes de las de verano, debiendo elegir período, en defecto de acuerdo entre ambos progenitores, la madre en el años pares y el padre en los impares.

SÉPTIMO.- Ante el acogimiento del recurso de apelación analizado, no procede hacer expresa imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes, según lo dispuesto en el artículo 398.1 de la L.E.C., así como tampoco respecto de las de primera instancia derivadas tanto de la demanda formulada por la hoy recurrente, que se acoge en lo sustancial, como de la interpuesta por el Sr. Donato, que se desestima, y ello en atención a la especial naturaleza de las cuestiones debatidas.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación,

## **FALLAMOS**

Se estima sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. María Inmaculada contra la sentencia de fecha 8 de Julio de 2.003 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Seis de los de esta Ciudad en el referido procedimiento de modificación de medidas definitivas de separación matrimonial registrado al núm. 1.542/2.002, resolución que revocamos íntegramente, y, en su lugar, acogiendo sustancialmente la demanda formulada por dicha recurrente y rechazando al propio tiempo la deducida por D. Donato, modificamos las medidas definitivas

en relación al hijo menor de ambos litigantes, Luis Antonio , establecidas en la precedente sentencia de fecha 15 de Mayo de 2.001, nº 295, dictada en autos de juicio de separación matrimonial núm. 1.041/2.000 de ese mismo Juzgado de Primera Instancia, en la siguiente forma:

1.- El referido menor quedará bajo la guarda y custodia de su madre, D<sup>a</sup>. María Inmaculada .

2.- Se atribuye el uso exclusivo y excluyente del domicilio familiar, sito en AVENIDA000 nº NUM000 , piso NUM001 - NUM002 , de esta Ciudad, a la Sra. María Inmaculada junto con su hijo Jairo, debiendo abandonarlo D. Donato y las personas que con él conviven en el mismo, pudiendo llevarse su ajuar doméstico y bienes de carácter personal, previo inventario de los mismos así como de los que resten en la vivienda de no existir acuerdo entre los cónyuges litigantes.

3.- D. Donato abonará a su esposa la suma mensual de ciento ochenta euros (180 euros) en concepto de pensión de alimentos para el hijo común de ambos, Luis Antonio , suma que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorros que designe su esposa, y que se actualizará en el mes de Enero de cada año, a partir del año 2.005, conforme a la variación que experimente el I.P.C. publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiere sustituirle en el futuro.

4.- El Sr. Donato podrá tener consigo a su hijo fines de semana alternos, desde las 19,00 horas del viernes, en que lo recogerá del domicilio materno, hasta las 20,00 horas del domingo, en que lo reintegrará al mismo, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Fiestas del Pilar y un mes de las de verano, eligiendo período, a falta de acuerdo entre los progenitores, la madre en los años pares y el padre en los impares.

No se hace especial pronunciamiento respecto de las costas de ninguna de ambas instancias, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se unirá testimonio al rollo y proceso original, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose celebrando sesión pública la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, en el día de su fecha, de que certifico.

Ciudad de Zaragoza, a fecha anterior.

NOTA.- Seguidamente se pone certificación en el rollo de Sala.