

Id Cendoj: 49275370012006100366
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Zamora
Sección: 1
Nº de Recurso: 211/2006
Nº de Resolución: 249/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA ESTHER GONZALEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

SEPARACION CONTENCIOSA

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

Z A M O R A

Rollo nº: RECURSO DE APELACIÓN 211/2006

Nº Procd. Civil : 413/2004

Procedencia : Primera Instancia de BENAVENTE Nº 2

Tipo de asunto : SEPARACIÓN CONTENCIOSA

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, han pronunciado

E N N O M B R E D E L R E Y

la siguiente

S E N T E N C I A Nº 249

Ilustrísimos/as Sres/as

Presidente/a

D. LUIS BRUALLA SANTOS FUNCIA.

Magistrados/as

D.PEDRO JESÚS GARCIA GARZON

Dª ESTHER GONZALEZ GONZALEZ.

En la ciudad de ZAMORA, a 10 de Noviembre de dos mil seis.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de SEPARACION

CONTENCIOSA 413/2004 , seguidos en el JDO.1A.INST. Nº.2 de BENAVENTE, RECURSO DE APELACION (LECN) 211/2006; seguidos entre partes, de una como apelante y apelado el demandado D. Eugenio , representado por el Procurador D. MARIANO LOBATO HERRERO y dirigido por el Letrado D. JOSE LUIS GORGOJO DEL POZO, y de otra como apelante y apelada la demandante Bárbara , representada por el Procurador D. ENRIQUE ALONSO HERNANDEZ, y dirigida por la Letrada Dª. MARTA RODRIGUEZ VALDESOGO, de otra como apelado no personado el MINISTERIO FISCAL 288/04.

Actúa como Ponente, la Iltrma. Srª. Dª ESTHER GONZALEZ GONZALEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el JDO.1A.INST. Nº.2 de BENAVENTE, se dictó sentencia de fecha 1-03-2006, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: DECLARO DISUELTO POR DIVORCIO el matrimonio formado por D. Eugenio Y DÑA. Bárbara , sin que haya lugar a condena en costas.

Se acuerdan como MEDIDAS DEFINITIVAS reguladoras de los efectos del divorcio las siguientes:

1.- Se mantiene la patria potestad de los tres hijos Fermín , Filomena y Amanda compartida entre ambos progenitores, correspondiendo a la madre el ejercicio ordinario de la patria potestad y a ambos de común acuerdo el ejercicio extraordinario.

2.- Se atribuye a la madre la guarda y custodia de los tres hijos.

3.- Se atribuye a los tres hijos y a la madre el uso del domicilio familiar, sito en la AVENIDA000 , nº NUM000 , NUM000 NUM001 de Benavente.

4.- Se fija a favor del padre un régimen de visitas por separado entre los dos hijos mayores y la hija menor, de modo que un fin de semana el padre podrá tener consigo a Fermín y Filomena , y al fin de semana siguiente podrá tener consigo a Amanda .

a) Para los dos mayores, se mantiene el mismo régimen actual sin pernocta, consistente en que el padre podrá tener a los hijos desde las 10 horas hasta las 20 horas del sábado y del domingo, debiendo recoger y devolver a los menores en el domicilio materno.

b) Para la hija menor, Amanda , se establece un régimen progresivo dividido en dos fases:

-En los seis meses siguientes a esta sentencia, el padre podrá tener consigo a la niña desde las 10 horas hasta las 20 horas del sábado y desde las 10 horas hasta las 18 horas del domingo, debiendo recoger y devolver a la menor en el domicilio materno.

-Transcurrida esa fase, el padre podrá tener consigo a su hija conforme a un régimen de visitas ordinario con pernocta, de forma que estará con ella desde las 18 horas del viernes hasta las 18 horas del domingo, debiendo recoger y devolver a la menor en el domicilio materno. Asimismo, en esta fase el padre podrá tener consigo a su hija la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el periodo a disfrutar, en caso de discrepancia entre los progenitores, del padre en los años pares y la madre en los años impares.

5.- Se fija en concepto de pensión de alimentos para los menores la cantidad de 975 euros al mes (325 euros para cada uno), que D. Eugenio habrá de abonar en doce mensualidades dentro de los cinco primeros días de cada mes, a ingresar en la cuenta bancaria en que lo viene haciendo hasta ahora, u otra que la madre designe. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística.

En cuanto a los gastos extraordinarios que se deriven de la educación, asistencia médica u otros conceptos relativos a los menores y que no sean los gastos habituales y periódicos, se deberán satisfacer entre ambos progenitores por mitad, sin perjuicio de los acuerdos a que ambos puedan llegar en cada caso.

6.- Se fija a favor de la esposa, Dña. Bárbara , una pensión compensatoria de 150 euros mensuales que D. Eugenio habrá de abonar en doce mensualidades dentro de los cinco primeros días de cada mes, a ingresar en la cuenta bancaria que la esposa designe. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado Por el Instituto Nacional de Estadística.

Dicha pensión compensatoria se establece por un plazo de ocho años a contar desde la fecha de la

presente sentencia.

7.- Ambos cónyuges soportarán por mitad el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.

Con esta sentencia se pone fin al procedimiento de jurisdicción voluntaria nº 259/2004 , sobre medidas de protección a menores del *art. 158 del Código Civil* , acumulado al presente juicio.

Comuníquese esta sentencia, una vez firme, a las Oficinas del Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio de los sujetos del pleito".

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante y demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el *art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni solicitado práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo, señalándose el día 19-09-2006.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Frente a la sentencia dictada por la Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Benavente en fecha 1 de marzo de 2006 , en el Procedimiento de Separación contenciosa seguido en dicho Juzgado con el nº 413/2004 , se interpuso recurso de apelación por ambas partes.

La representación procesal de la demandante, Dª Bárbara impugna la Sentencia de instancia en relación con las aseveraciones contenidas en el fundamento jurídico 4º relativas a la conducta de la madre y la influencia de la misma en el rechazo de los niños hacia su padre y en cuanto al régimen de visitas, respecto del cual se interesa que se lleven a cabo los tres niños juntos y a través del punto de encuentro.

Por su parte la representación procesal del demandado-reconviniente D. Eugenio , centra su recurso de apelación en los pronunciamientos del Fallo de la Sentencia y sólo impugna lo recogido en los fundamentos jurídicos de la misma en cuanto que en los mismos se contiene la conclusión de que él ha desarrollado una obsesión con el hecho de que su mujer padece un trastorno mental que hace que los niños se alejen de él. Así se impugnan todas las medidas acordadas en el Fallo de la sentencia y se interesa que se estime la reconvencción y se establezcan las medidas solicitadas en ella.

SEGUNDO.- Como ambos recursos de apelación inciden, de alguna manera, en las consideraciones que la Juez de Instancia realiza en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia en relación con la actuación de cada uno de los progenitores, puesto que esa es la base para acordar las medidas que se establecen en el Fallo de la Sentencia, debemos iniciar esta resolución haciendo una serie de consideraciones en relación con dicha fundamentación jurídica.

Es un hecho constatado en los propios autos, la conflictiva relación entre los progenitores a raíz del surgimiento de la crisis matrimonial. El sólo hecho de que la tramitación de este procedimiento se hay dilatado en el tiempo, debido a diversas incidencias que han tenido que ver con las peticiones de las partes para la realización de diferentes pruebas periciales, psicológicas y psiquiátricas pone de manifiesto las diferencias de los progenitores en relación con todo lo que tiene que ver con la guardia y custodia, ejercicio de la patria potestad etc....de los hijos comunes En concreto no puede negarse el hecho de que ha sido el padre el que ha venido solicitando la adopción de diferentes medidas en relación con el estado de salud psíquica de la madre y de la influencia de la misma respecto de la relación de los hijos con el padre, continuando incluso en la fase procesal en la que nos encontramos instando diferentes solicitudes en relación a la protección de sus hijos. Este interés por los hijos, por su bienestar y por ejercer sus derechos y deberes derivados de la patria potestad, sin duda que es digno de elogio, pero debería plantearse la posibilidad de que la insistencia en achacar a la madre y su influencia sobre los hijos y de someterla a ella y a los niños a múltiples pruebas puede también haber influido en las relaciones de estos con él y que quizá en la buena o mala marcha de la relación entre ellos no sólo influyan factores externos a él mismo.

Por su parte, y respecto de la madre, no cabe duda tampoco, porque las pruebas periciales realizadas lo ponen de manifiesto, que se constata una gran influencia en los hijos y así es recogido por la prueba pericial a cargo de psiquiatra. Ahora bien, pudiendo mantenerse la posición de la Sentencia de

instancia en cuanto a la existencia del denominado síndrome de **alienación parental**, puesto que uno de los peritos que han sido oídos en esta causa así lo mantiene, entendemos que las pruebas practicadas no avalan esa declaración. En todo caso, de lo que no nos cabe duda es de que en este tipo de crisis matrimoniales y en las relaciones posteriores de los hijos con ambos progenitores influyen una multiplicidad de factores entre los que se encuentran las conductas y actitudes de cada uno de los progenitores con los hijos y con el otro y en este sentido ambos podrían plantearse la posibilidad y necesidad de llevar a cabo lo oportuno para que esas relaciones pudieran mejorar.

Así y frente a la Sentencia de instancia que declara probado el síndrome de **alienación parental** basándose en un informe pericial practicado de forma extrajudicial por especialista elegido por el padre, entendemos que no puede mantenerse esa declaración ya que las conclusiones del informe pericial realizado a instancia de parte, no ha sido compartido por los peritos nombrados en el propio procedimiento: Equipo Técnico del Juzgado de Menores de Zamora que informaron en las Medidas (folios 25 a 33) y Psiquiatra nombrada como perito judicial (folios 273 a 305). Tanto unos como la otra, después de llevar a cabo lo necesario para emitir sus correspondientes informes que ha se suponerse adecuado a las circunstancias del caso y a los antecedentes de solicitud de medidas de protección para los hijos instadas por el padre, concluyeron en el sentido de que no se apreciaban elementos que pudieran diagnosticar ese síndrome descrito en el informe del Psicólogo D. Paulino, informándose por parte de la Psiquiatra D^a María Rosario en el sentido de que para ella no existía síndrome de **alienación parental**, si bien reconociendo cierto grado de manipulación inconsciente inherente en la mayoría de los casos a la dinámica familiar secundaria a los procesos de separación. Entendemos que existiendo estos dos informes periciales y sobre todo el último de ellos, en los que no se comparte el juicio pericial del perito cuyo informe se aportó por el demandado no puede estimarse que concurra prueba al efecto.

En este mismo sentido debemos indicar que el otro pilar en que la Sentencia basa su declaración como probado de la existencia de dicho síndrome es el de la exploración de los menores realizada por la Juez de instancia y el representante del Ministerio Fiscal, exploración que debe entenderse como un elemento de enorme trascendencia en los procedimientos de separación matrimonial, en orden a determinar el régimen de los hijos menores, pero respecto del cual deben realizarse determinadas matizaciones. No puede perderse de vista las circunstancias en que la exploración se realiza y en este sentido debe indicarse que esa exploración se ha llevado a cabo cuando los niños habían sido objeto ya de varias pruebas psicológicas y psiquiátricas, si el hecho de que realizándose en las dependencias del propio Juzgado los menores estén sometidos a diversas influencias derivadas de la situación que están viviendo, del conocimiento de que lo que ellos puedan decir puede tener trascendencia para su futuro y para el de sus padres y que todas esas circunstancias pueden influir en las manifestaciones que los mismos mantengan y, por ello, no creemos que de la exploración puedan sacarse conclusiones como las que se recogen en la Sentencia, sobre todo cuando existen informes de profesionales en la materia que son contradictorias con esas conclusiones. Si además esa exploración se lleva a cabo en la Sala de vistas del Juzgado y adoptando la forma de declaraciones testificales, consideramos que no resulta adecuado concluir de forma tajante la existencia del síndrome de **alienación parental**.

TERCERO.- Sentado lo anterior, entendemos que la solución adoptada por la Sentencia de instancia en relación con la guarda y custodia de los menores es adecuada a las circunstancias concurrentes y al interés de los menores, para los que el mantenimiento de la relación paterno-filial con ambos progenitores es trascendente, como lo ponen de manifiesto todos los especialistas en este tipo de cuestiones.

El mantener a la madre en la guarda y custodia de los menores, nos parece adecuada en atención a diferentes factores que concurren. En primer lugar porque es la persona con la que los hijos han pasado una mayor parte del tiempo, tanto antes de la separación matrimonial como con posterioridad a la misma. En segundo lugar porque el deseo de los mismos, a tener en cuenta en relación con los dos mayores que cuentan en la actualidad con la edad de 13 años, edad en la que deben ser oídos y sus manifestaciones ser tenidas en cuenta a la hora de fijar con cual de los dos progenitores deben continuar su convivencia de forma habitual, ha sido manifestado de forma contundente. En tercer lugar porque en el momento actual en el que las relaciones de los mismos con el padre se perciben como difíciles, el establecer otro régimen de guarda y custodia podría ser perjudicial para ellos. En cuarto lugar, porque de lo que existe en los autos puede desprenderse que son niños normales para su edad y sus rendimientos personales, en estudios etc... son adecuados. En quinto lugar porque a pesar de las denuncias del padre sobre el estado de salud mental de la madre y sus comportamientos, las pruebas periciales que se han realizado respecto de la misma ponen de manifiesto la totalidad normalidad de ésta y la capacidad de la misma para el cuidado de los hijos en igualdad de condiciones que respecto del padre.

En relación al concreto régimen de visitas fijado a favor del padre, consideramos que a la vista de la

situación actual de las relaciones entre el padre y los hijos, resulta adecuado y que éste no perjudica a los intereses de los menores. En primer lugar entendemos con la Sentencia de instancia que no debe forzarse la voluntad de los dos hijos mayores en cuanto a la pernocta con el padre, puesto que ello podría predisponer aún más a los hijos respecto del régimen de visitas hasta llegar a hacerlo inejecutable. Entendemos también como razonable el fijado para la hija menor, que está justificado en el hecho de la edad de la misma y de la posibilidad de conseguir, en su propio interés, una relación normalizada con el padre sin inferencias de las relaciones que con el padre puedan tener los dos hijos mayores. No podemos compartir con la recurrente que este régimen pueda ser contrario a los intereses de los menores y al principio de no separar a los menores, puesto que los niños van a permanecer juntos durante la semana y en la mayor parte del tiempo en que se desarrolle el régimen de visitas.

Finalmente y si bien es cierto que del contenido de los autos y de los informes que existen en los mismos sería necesario, para un correcto desarrollo de los menores, un cambio de actitud por parte de ambos progenitores con pautas nuevas en su relación y en la que tienen con sus hijos, de forma que la madre influya en los hijos para que acepten relacionarse con su padre y el padre evite éste todo tipo de comentarios respecto de la salud mental de esta, así como que terceras personas hablen en presencia de los niños de esta cuestión así como manteniendo en las visitas una actitud tendente a la mejora de las relaciones, no consideramos necesario, de momento, el que las visitas se lleven a cabo por medio del punto de encuentro.

CUARTO.- Finalmente y en cuanto a la pensión compensatoria, las alegaciones del recurrente en este punto no pueden prosperar, puesto que a la hora de determinar la situación de desequilibrio económico, la sentencia parte de los ingresos de la familia con anterioridad a la separación y con posterioridad a la misma y no apreciamos que haya existido error alguno en la valoración. En primer lugar y en cuanto a los ingresos del recurrente por dietas, los mismos deben ser tenidos en cuenta porque esos ingresos, que vienen a cubrir los gastos de desplazamiento y los de manutención por razones de su trabajo, se producían antes y después de la separación matrimonial y porque si esas cantidades vienen a cubrir gastos esos gastos ya no han de detrarse de los ingresos por el resto de los conceptos.

En cuanto al cobro del alquiler del apartamento, nos encontramos con que se trata de un bien ganancial y en el momento que se lleve a cabo la liquidación del régimen, esas cantidades habrán de ser tenidas en cuenta, por lo que no puede imputarse a ingresos de la esposa.

Por lo demás entendemos que tanto la fijación temporal de la pensión, como la cuantía de la misma se ajustan a los criterios mantenidos por esta Sala en atención al tiempo de duración del matrimonio, la edad de la esposa, su titulación etc...

QUINTO.- Así pues, procede la desestimación de los recursos interpuestos si bien con las matizaciones que en esta Sentencia hacemos en relación a la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida, confirmándose el contenido del Fallo de la misma y sin que proceda hacer expresa imposición de las costas.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

FALLAMOS

Desestimando los recursos de apelación formulados por la representación procesal de D^a Bárbara , y por la de D. Eugenio frente a la Sentencia dictada por la Magistrada Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Benavente en fecha 1-03-2006 y en el Procedimiento de Separación matrimonial nº 413/2004 debemos confirmar la Sentencia recurrida salvo en cuanto a la fundamentación jurídica de la misma que resulte contradictoria con la recogida en esta, sin hacer imposición expresa de las costas.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.