

## Documento TOL4.844.011

# Jurisprudencia

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** Margarita Blasa Noblejas Negrillo

**Origen:** Audiencia Provincial de Barcelona

**Fecha:** 10/02/2015

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Decimoctava

**Número Sentencia:** 88/2015

**Número Recurso:** 1143/2013

**Voces sustantivas:** Nulidad del matrimonio, Seguridad social, Domicilio, Edad, Guarda y custodia, La separación judicial, Pensión alimenticia, Prestaciones no contributivas, Divorcio, Embargo, Plazos

**Voces procesales:** Ministerio fiscal, Prueba, Procesos matrimoniales, Resoluciones judiciales, Sentencia de divorcio

### ENCABEZAMIENTO:

#### SENTENCIA N. 88/2015

Barcelona, a 10 de febrero de 2015.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez

Margarita Noblejas Negrillo (Ponente)

María Dolors Viñas Maestre

#### **Rollo n.: 1143/2013**

Modificación Medidas Definitivas Nº 105/2012

Procedencia: Juzgado Primera Instancia 7 Rubí

Apelante: Porfirio

Abogado: Viviana Coplo Ordas

Procurador: Albert Aragonés Escamilla

Apelado: Ariadna

Abogado: Patricio Pardo Nortés

Procurador: Monica López Manso

Y el Ministerio Fiscal

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia Apelada de fecha 25 de marzo de 2013 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Por todo lo expuesto, estimo en parte la demanda de modificación de medidas de divorcio interpuesta por D. Porfirio contra Doña Ariadna .

Se modifica la pensión de alimentos a satisfacer por el dr. Porfirio en el sentido que deberá abonar mensualmente en la cuenta designada por la sra. Ariadna la cuantía de 200 euros (100 euros por cada hijo), por meses anticipados en los cinco primeros días de cada mes, actualizada anualmente con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precio al consumo, según el INE u organismo que le sustituya.

Durante el mes de AGOSTO se excluye el abono de la pensión de alimentos por parte del Sr. Porfirio en la cuenta designada por la Sra. Ariadna , que se reanuda en el mes de septiembre.

Durante el mes de agosto cada progenitor abonará los gastos que los menores requieran en la quincena que estén en su compañía.

NO HA LUGAR A MODIFICAR las restantes medidas adoptadas en la sentencia de fecha 17 de enero de 2011 por la Audiencia Provincial de Barcelona .

Sin expresa condena en costas" .

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora, mediante escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal , presentándose escrito de oposición y elevándose las actuaciones a ésta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 3/02/2015.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO.- Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto no estima las pretensiones formuladas en su demanda, a saber: guarda y custodia de los dos hijos comunes por semanas alternas, haciéndose cargo cada uno de los gastos de las necesidades de los hijos cuando los tenga en su compañía. Subsidiariamente, se amplíen las visitas a dos tardes intersemanles, miércoles y jueves, en cuyo caso la pensión a su cargo sería de 150 . Subsidiariamente se reduzca la pensión a 200 y se extinga la obligación de pago durante los periodos de vacaciones de junio y septiembre. Cada progenitor deberá abonar el 50 % de los gastos extraordinarios médicos no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro privado, así como de los gastos escolares (Ampa, comedor, salidas culturales, libros, etc..) y/o actividades extraescolares que no se incluyan en el recibo mensual del colegio. Se establezca un sistema de pago de los gastos que ambos deben sufragar al 50 % mediante ingreso en una cuenta conjunta. Finalmente se atribuya el uso de la vivienda que fuera familiar a él por ser el suyo el interés más necesitado. El Ministerio Fiscal se opuso a tales pretensiones.

SEGUNDO.- Establece el art. 233-7,1 CCC que las medidas ordenadas en un proceso matrimonial se pueden modificar mediante resolución judicial posterior, si varían sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas. Como señala la sentencia del TSJC de 9-1-2014, Esta misma Sala ha declarado en la STSJC 48/2012, de 26 de julio, que es necesario que en la demanda se

describa el cambio de circunstancias producido y se acredite en el procedimiento que por su entidad y trascendencia son susceptibles de modificar la sentencia anterior, aunque no imponga un plazo determinado para intentarlo.

En el caso la sentencia de divorcio de 10-7-2009 otorgó la guarda y custodia a la madre, pronunciamiento confirmado por el de esta Sala de 17- 1-2011, y que amplió las visitas a fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta la entrada al mismo el lunes, un día intersemanal y mitad de las vacaciones , en las de verano incluidas las de junio y septiembre.

En cuanto al cambio que se peticiona de la guarda y custodia, como señala la sentencia del TSJC de 9-1-2014 :La norma a tener en cuenta, es el artículo 233-8 0, 1 del CCCat 0 que se refiere a la responsabilidad parental estableciendo que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos y que, en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.

Este criterio se constituye en principio rector de la nueva legislación como indica el Preámbulo de la ley al afirmar que el libro II *abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor.*

El mismo Preámbulo aclara lo que el legislador estima constituye materialmente el superior interés del menor y que es, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas al continuar con ello el hijo manteniendo una relación estable con los dos progenitores.

Afirma literalmente el texto que: "*... la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos. Recientemente, Francia, Italia y Bélgica han adoptado normas en esta dirección. Eso no impide, sin embargo, que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos. Es por ello que el libro segundo proporciona una serie de criterios que deben ponderarse conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda ."*

No se trata ciertamente de criterios rígidos puesto que el propio artículo 233-8,3 ordena a la autoridad judicial que en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores atienda de forma prioritaria al interés del menor.

De este modo el art. 233-10, 2 dispone que el juez, si no existe acuerdo o si este no se hubiese aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda , ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1 aunque también permite que el juez pueda disponer que la guarda se ejerza de modo individual *si conviene más al interés del hijo.*

El libro II facilita al efecto por vez primera una serie de criterios a considerar por la autoridad judicial en caso de desacuerdo entre los cónyuges, criterios que identifican el superior interés del menor.

Vienen recogidos en el artículo 233-11 el cual tiene dos apartados: En el primero establece una serie de circunstancias que deben ser ponderadas conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda .

Los criterios desarrollados en el *apartado primero del artículo 233-11 CCC 0* vienen a positivizar los

que la jurisprudencia había tenido ya en cuenta, así: la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que en su caso convivan en los respectivos hogares; la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad; la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores; el tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar; la opinión expresada por los hijos competentes; los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; y la situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores..

En el caso, por la prueba practicada en el rollo vemos que el auto de 28-10-2013 atribuye a la madre la facultad de decidir el centro educativo de los menores , (los cuales ahora viven con ella en Sabadell, lugar de residencia de toda la familia de la madre, en tanto que el padre continúa viviendo en Rubí) atendido que no se pagaba el colegio concertado de los hijos porque el padre no pagaba correctamente la pensión (a junio de 2013 debían 635 ). Y por otro lado, del informe del SATAF de 11-1-2013 se desprende que los progenitores tienen una comunicación hostil y falta de confianza mutua. Ello comporta un empobrecimiento de sus habilidades parentales y que no puedan resolver algunos aspectos emocionales de los hijos o que no puedan ayudar a superar algunos aspectos de los aspectos evolutivos de los mismos de forma óptima. El conflicto se pone de manifiesto con unas disputas económicas y con críticas sobre las atenciones que el otro ofrece a los menores, con las denuncias pertinentes.

El proyecto de custodia paterna pasa por tener la mitad del tiempo a los hijos , pero no contempla una actuación parental compartida y cooperativa como un aspecto necesario.

De la intervención se percibe que los hijos están preservados de la conflictiva de los padres aunque comienzan a dar alguna señal de implicación.

Valora que el aspecto prioritario para mejorar la calidad de vida de los hijos, no pasa tanto por introducir modificaciones en cuanto al régimen de guarda o sobre las visitas, sino, sino un aspecto más de conflictividad entre los padres. El elemento familiar de mejora pasaría porque los mismos pudieran priorizar el rol parental al rol conyugal, en el sentido de que las disputas actuales son una continuidad de la relación de pareja y habrían de poder transformar la relación para resolver cooperativamente aspectos de la parentalidad, por lo que en definitiva no aconseja el cambio que se solicita. Si ello es así, si la sentencia acuerda en este sentido, no habiéndose acreditado causa alguna que justifique el cambio que se solicita ni en qué medida puede beneficiar el cambio a los menores, incluido el de ampliación de las visitas, es por lo que sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar el motivo de recurso que se examina.

TERCERO.- En cuanto a la pensión alimenticia tenemos que al divorcio el apelante ingresaba mensualmente 1.200 , y la madre 1.100. A julio de 2011 el primero nóminas de 882,56 , si bien el 5-3-2013 solicitó una prestación no contributiva, desconociéndose si se le reconoció, y en su caso el importe de la misma. La demandada percibe entre 677,46 y 1165,47, según las nóminas de enero y marzo respectivamente, habiendo declarado unos rendimientos netos en 2012 de 1003,77 /mes. La sentencia fija la pensión en 200 , suma que el apelante solicitó para el caso de mantenerse la guarda sin ampliación de las visitas, por lo que no podemos sino confirmar dicho pronunciamiento en su totalidad, es decir, sin hacer excepción de los periodos de junio y septiembre.

CUARTO.- Finalmente, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda que la sentencia de 2009 hizo a la demandada, debemos efectivamente dejarlo sin efecto al haberse trasladado a vivir a Sabadell y máxime cuando no ha quedado acreditado interés más necesitado, por lo que en este particular debemos estimar el recurso.

QUINTO. -Dada la resolución que se adopta no procede hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

**FALLO:**

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Porfirio , contra la sentencia de fecha 25-3-2013, dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia 7 de los de Rubí , debemos revocar y revocamos la expresada resolución únicamente en el sentido de que se deja sin efecto la atribución del uso de la vivienda , confirmando los demás extremos de la misma, ello sin que proceda hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 de la LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente ( D. F. 16ª, 1.3ª LEC ). También cabe recurso de casación, en relación con el Derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. Los recursos deben ser interpuestos ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** . En Barcelona, una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes.DOY FE.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.