

EDJ 2007/271707

AP Madrid, sec. 22ª, S 20-11-2007, nº 705/2007, rec. 374/2007

Pte: Chamorro Valdés, José Angel

Resumen

Estima la Sala parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia, revocando la misma en cuanto que acoge la demanda de modificación de medidas al ampliar el régimen de visitas de los menores con el recurrente en las vacaciones de verano hasta la mitad de las mismas, entendiéndolo la Sala que dicha medida se encuentra justificada además por el hecho de que el recurrente reside fuera de España, viendo por tanto ya de por sí mermada por este motivo las posibilidades de contacto con los hijos durante las visitas mensuales.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.770.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.90

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Concesión

Pensiones alimenticias a los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

Régimen de visitas

Favor "filii"

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento:Apelación, Modificación de medidas

Legislación

Aplica art.770.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.90 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 42/2003 de 21 noviembre 2003. Modificación del C.C. y de LEC en materia de relaciones familiares de nietos con abuelos

Cita art.217, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.39.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.92 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha 18 de diciembre de 2006, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Alcobendas se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Larriba Romero, en nombre y representación de D. Pedro Francisco , contra su ex cónyuge Dª María Virtudes , debo DECLARAR y DECLARO que la guarda y custodia de las menores Carmen y Luz se atribuye a su madre Dª María Virtudes compartiendo ambos progenitores la patria potestad, modificando la medida de régimen de visitas adoptada a favor del demandante en la Sentencia de Divorcio 36/2006 de 15 de marzo de la siguiente forma:

-Fines de semana alternos desde las 17 horas del Viernes hasta las 20 horas del Domingo. La recogida de las menores se realizará en el Colegio donde cursen sus estudios y el reintegro se efectuará en el domicilio materno.

-Los puentes serán disfrutados por el progenitor al que le corresponda tener en su compañía a las menores el fin de semana más cercano al mismo.

-La Semana Santa no será objeto de división en dos periodos teniendo en cuenta la escasa duración de la misma y el hecho de que no bien las menores o bien el Sr. Pedro Francisco tendrían que desplazarse fuera de su lugar de residencia. Corresponderá al Sr. Pedro Francisco tener consigo a sus dos hijas la Semana Santa de los años pares y a la Sra. María Virtudes la Semana Santa de los años impares. La Semana santa empezará a las 17 horas del último día lectivo hasta las 20 horas del último día de vacaciones escolares. La recogida de las menores tendrá lugar en su Colegio y el reintegro en el domicilio materno.

-Las Navidades serán objeto de división en dos períodos que desee el padre los años pares y la madre los años impares. Los dos periodos son los siguientes: desde las 17 horas del día en que finalicen las clases escolares hasta las 12 horas del día 31 de diciembre y desde las 12 horas del día 31 de diciembre hasta las 20 horas del último día de vacaciones escolares. La recogida tendrá lugar el último día lectivo en el Colegio al que acuden las mismas si es el día 31 de diciembre a las 12 horas en el domicilio materno y reintegro de las menores siempre en el domicilio materno.

- En el periodo de vacaciones de verano el progenitor no custodio tendrá derecho a estar con sus dos hijas durante un periodo de un mes, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares.

En aquellos supuestos en que sean las menores Carmen y Luz las que se trasladen fuera del territorio nacional para disfrutar de la compañía de su padre, éste garantizará en todo momento que sus hijas no viajen solas, ya acudiendo él a recogerlas a España y reintegrarlas él mismo en el domicilio materno, ya sea otra persona de la absoluta confianza de su esposa, requiriendo consentimiento de ésta para que persona distinta de él acompañe a sus dos hijas en los viajes que las mismas realicen al extranjero. Esta medida se mantendrá hasta que Carmen y Luz alcancen los dieciséis años, momento a partir del cual, podrán viajar solas sin que sea necesario que un adulto les acompañe, y ello con independencia del cuidado y supervisión de los empleados de las líneas aéreas existentes a tales efectos.

Los gastos relativos a los desplazamientos de las menores deberán ser sufragados por el padre, ya que la necesidad de los mismos obedece a una decisión personal de éste en su ámbito laboral.

El régimen de visitas establecido a favor del Sr. Pedro Francisco podrá ser disfrutado de forma subsidiaria por sus padres, los abuelos paternos de las menores. Esto significa que si D. Pedro Francisco no fuera a disfrutar de sus hijas el fin de semana alterno que le corresponda, los abuelos paternos podrán tener a sus nietas con ellos, por el contrario si el SR. Pedro Francisco si fuera a disfrutar de la compañía de sus dos hijas, los abuelos paternos no podrán requerir dicho disfrute porque el mismo es subsidiario en relación con su hijo, progenitor no custodio de Carmen y Luz .

No ha lugar a decretar pensión compensatoria a favor de la Sra. María Virtudes .

Se mantienen las demás medidas acordadas en la Sentencia de Divorcio 36/2006 de 15 de marzo .

Respecto de las costas no se impone el pago de las mismas a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una de ellas las causadas a su instancia y las comunes, si las hubiera, por mitad.

Una vez firme esta sentencia, remítase testimonio de la misma al Registro Civil correspondiente para que se haga la oportuna anotación marginal en el asiento relativo al matrimonio de los cónyuges a los que afecta.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de sentencia.

Con la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación, que deberán prepararse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación.

Así por ésta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpusieron sendos recursos de apelación por la representación de ambos litigantes presentando en sus escritos de alegaciones los motivos de su impugnación.

Se dio traslado de los mismos a las contrapartes quienes presentaron escritos oponiéndose.

Remitidos los autos a esta Superioridad se acordó señalar deliberación, votación y fallo para el día 9 de julio del año en curso.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La dirección letrada de D. Pedro Francisco se alzó contra la sentencia de instancia reclamando su revocación y que se acuerde lo siguiente:

En cuanto al régimen de visitas:

- Que en el periodo de vacaciones de verano el progenitor no custodio tendrá derecho a estar con sus dos hijas durante un periodo de un mes y medio (mitad de las vacaciones de verano).

- En el supuesto de que las menores se trasladen fuera de España para estar con su padre, y éste garantice en todo momento que sus hijas no viajen solas, D. Pedro Francisco podrá recogerlas y reintegrarlas él mismo en el domicilio materno, o en otro caso optar por

que las recoja y reintegre una persona de la absoluta confianza de D^a María Virtudes o de D. Pedro Francisco . Esta medida se mantendrá hasta que Carmen y Luz alcancen los 16 años.

En cuanto a la educación de las menores:

- Ninguno de los dos padres podrá sacar unilateralmente del Colegio actual (Colegio Padre Manyanet de Alcobendas, a ninguna de las dos hijas; igual respecto a las academias de la hija mayor, pudiéndose incorporar la hija pequeña a esas actividades cuando tenga la edad oportuna. Además todos los costes del colegio de ambas, y distintas academias (en la actualidad: inglés, apoyo, ballet y coro), será pagados por mitad por ambos progenitores. Estas cantidades podrán ser deducidas de la pensión alimenticia a mes vencido, presentando D. Pedro Francisco en todo momento los justificantes oportunos a D^a María Virtudes .

Y la dirección letrada de D^a María Virtudes también se mostró en desacuerdo con la sentencia de instancia, en el sentido de:

1.- Revocar y dejar sin efecto, el régimen de vistas y comunicaciones determinado a favor de los abuelos paternos con carácter subsidiario al progenitor no custodio.

2.- Revocar y dejar sin efecto el régimen de comunicaciones y estancias otorgado al padre referido a días entre semana, fines de semana alternos y "puentes", acordando en su lugar determinar que mientras el padre permanezca fuera del territorio nacional, pueda estar y disfrutar con sus hijas todos los fines de semana o puentes en los que se encuentre en España, sin otra obligación que la de comunicar a la madre, la Sra. María Virtudes , con la suficiente antelación, los periodos de estancia en nuestro país.

Determinando el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietas, un día entre semana entre las 17 y las 20 horas.

3.- Reconocer el derecho de mi representada a percibir en concepto de pensión compensatoria, la cantidad de 303,90 Euros, que serán abonadas en las mismas condiciones y con idénticas actualizaciones que la pensión de alimentos, acordando la obligación de su abono hasta que el Sr. Pedro Francisco vuelva a establecer su residencia en España.

SEGUNDO.- Para el análisis de las cuestiones suscitadas hay que tener en cuenta que esta Sala ha afirmado que la posibilidad contemplada en el penúltimo párrafo del artículo 90 del Código Civil EDL 1889/1 no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento civil, ya que dicho precepto no permite la revisión arbitraria de resoluciones firmes subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron, y si cuando las medidas acordadas se revelen como ajenas a la realidad subyacente por haber experimentado una sustancial mutación los factores concurrentes en su momento, no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación. Así pues se requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: que las alteraciones sean verdaderamente trascendentes, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia, que sean permanentes o duraderas y no coyunturales o transitorias, que no sean imputables a la simple voluntad de quien insta la modificación y que no hubieran sido previstas por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que fueron establecidas.

TERCERO.- La menor Carmen tiene una buena vinculación con el padre y según el informe pericial psicosocial que obra del folio 155 al 165 ambos inclusive la menor describe normalidad en el trato con el demandante, el cual ha participado muy activamente en el cuidado de las hijas tras la separación conyugal y a raíz de que la madre sufriera un accidente de tráfico. En la sentencia de separación conyugal de 25 de febrero de 2002 se fijaba a favor del padre la mitad del periodo vacacional de verano y esta medida se mantuvo en el convenio de divorcio de 2 de noviembre de 2005 aprobado por la correspondiente sentencia. En base a lo expuesto y teniendo en cuenta que el beneficio del menor es el criterio prevalente en esta materia, tal como se desprende del artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 , en concordancia asimismo con el principio constitucional de protección integral de los hijos a tenor del artículo 39-2 de nuestra constitución EDL 1978/3879 y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York por la asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1989 y ratificada por España por medio de instrumento de fecha 30 de noviembre de 1990 no hay motivo alguno para que el régimen de visitas actual a favor del padre comprenda un solo mes, máxime cuando el padre reside en Dubai desde junio de 2006 y las visitas en fin de semana han sido reducidas.

A mayor abundamiento la parte demandada en su escrito de oposición al primer recurso de apelación (alegación primera y segunda) no mostró oposición a la primera petición de la primera parte apelante.

En el supuesto de que las menores Carmen y Luz se trasladen fuera del territorio nacional para disfrutar de la compañía de su padre y éste no acuda a recogerlas a España y a reintegrarlas en el domicilio materno, el requisito establecido en la sentencia que nos ocupa sobre la persona que debe desempeñar esta función dificultaría enormemente estas salidas, ya que ésta persona debe ser de la absoluta confianza de la esposa o tener el consentimiento de ésta, por lo que teniendo en cuenta que las menores necesitan de una presencia sólida de la figura paterna, se considera más adecuado en el caso descrito que los litigantes designen de mutuo acuerdo varias personas y cualquiera de ellas podrá acompañar a las menores y en defecto de este acuerdo decide el Juez.

La petición contenida en el primer párrafo del punto segundo del suplico del segundo recurso de apelación no puede tener una favorable acogida, ya que el demandante no tiene muchas posibilidades de trasladarse a España, debiendo destacarse en este punto que el demandante en el interrogatorio afirmó que sólo tiene un viaje pagado al año y en el informe pericial psicosocial aludido (folio 157) se manifiesta que viaja a España una vez al mes.

CUARTO.- Para el análisis de la cuestión suscitada por la primera petición de la segunda parte apelante y por la contenida en el segundo párrafo del punto segundo del suplico del segundo recurso de apelación hay que tener en cuenta que los abuelos ostentan un papel importante en la formación de sus nietos. En este sentido en la exposición de motivos de la ley 42/2003 de 21 de noviembre EDL 2003/127261 se afirma que "los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor; en este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo; contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento ente los progenitores y dotar al menor de referentes

necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos de una situación de crisis" y se señala en dicha exposición que "esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin".

Ante las alegaciones contenidas en el primer motivo del segundo recurso de apelación, hay que señalar que en el informe pericial sí que hay un análisis de la relación de la menor con los abuelos paternos, así en el apartado consideraciones periciales se afirma que "sería beneficioso también el mantenimiento del contacto de las menores con sus abuelos paternos (hacia lo que la madre mostró adecuada disposición)" (folio 164) y en el apartado conclusiones de manifiesta que "en el caso de mantenerse la actual opción de custodia, se estima muy beneficioso para las menores el mantenimiento continuado del contacto con su padre y entorno paterno..". También se recoge en dicho informe la opinión de la menor sobre la relación con los abuelos. Así se manifiesta que "la menor describe muy adecuada relación con ambos progenitores y ambos entornos parentales." y también que describe "adecuada integración del entorno paterno (incluidos sus abuelos, la actual pareja de su padre y los dos hijos de ésta)".

Hubo una petición en la demanda para el establecimiento de un régimen de visitas a favor de los abuelos paternos y el abuelo paterno en la audiencia manifestó que también quería ver a las menores algunos días, en el periodo vacacional. Por otra parte hay que tener en cuenta que en esta materia el principio dispositivo está atenuado, pues se trata de proteger el interés preferente de los menores.

Por otra parte hay que destacar el régimen de visitas establecido a favor de los abuelos paternos es subsidiario con respecto al del padre, y que los primeros no alcanzan los 75 años y no consta que estén en malas condiciones de salud.

En base a lo expuesto hay que concluir que la pretensión de la segunda parte apelante sobre el régimen de visitas a favor de los abuelos paternos debe ser desestimada.

QUINTO.- No podemos compartir el razonamiento contenido en el fundamento de Derecho cuarto de la sentencia que nos ocupa que deniega la pensión compensatoria por falta de reconvención expresa, pues en la demanda había petición sobre la pensión compensatoria y por lo tanto de conformidad con el artículo 770-2ª de la L.E.C EDL 2000/77463 . no es necesario reconvención.

Ahora bien los requisitos de la pensión compensatoria que consisten en la confluencia, imprescindible, de una doble condición comparativa, afectante la primera a la inferioridad en que el cónyuge reclamante se encuentra, a consecuencia de la separación o el divorcio, en relación con su anterior situación en el matrimonio mientras que la segunda hace referencia a la menor capacidad económica de dicho litigante en relación con el superior estatus de su consorte, deben existir en el momento de la ruptura matrimonial.

En la sentencia de separación conyugal de 25 de febrero de 2002 se estableció que la pensión compensatoria tenía una duración de 4 años. En el Convenio de divorcio los litigantes que son privilegiados concededores de la realidad familiar acordaron que el divorcio se rija por las mismas medidas económicas que se establecieron en la sentencia de separación y en el anexo se especifica que la pensión compensatoria quedará definitivamente extinguida el 28 de febrero de 2006. Una vez extinguida dicha pensión compensatoria no puede renacer a través del proceso de modificación de medidas cuya finalidad es modificar las medidas preexistentes en un sentido cualitativo o cuantitativo, o inclusive acordar su supresión o extinción, por lo que la petición núm. 3 de la segunda parte apelante debe ser desestimada.

SEXTO.- Ambos litigantes son titulares de la patria potestad y por lo tanto todas las decisiones importantes sobre las hijas entre las que se encuentran las académicas deben ser tomadas de mutuo acuerdo y en su defecto decide el juez. De ahí que ninguno de los progenitores pueda tomar una decisión unilateral sobre la salida de las hijas de Colegios o academias, que dada su trascendencia está sometida al régimen antedicho, lo cual no necesita declararse, pues es un efecto inherente a la patria potestad.

SEPTIMO.- La última petición del primera parte apelante consistente en que determinadas cantidades puedan ser deducidas de la pensión alimenticia a mes vencido, presentando D. Pedro Francisco en todo momento los justificantes oportunos a Dª María Virtudes no puede ser estimada, ya que no se ha probado una disminución de la capacidad económica en éste, ni una aminoración de las necesidades de las hijas que justifiquen la modificación de la pensión alimenticia, correspondiendo dicha acreditación a la parte demandante de conformidad con el artículo 217 de la L.E.C. EDL 2000/77463 .

OCTAVO.- Dada la naturaleza del objeto del proceso, las circunstancias concurrentes y la flexibilidad permitida en estos procedimientos de conformidad con el artículo 398 de la L.E.C EDL 2000/77463 . no procede hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Marcos Juan Calleja García en nombre y representación de D. Pedro Francisco y DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Dª Rocío Sampere Meneses en nombre y representación de Dª María Virtudes contra la sentencia dictada en fecha 18 de diciembre de 2006 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Alcobendas en los autos núm. 312/06 entre ambos litigantes entre debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la citada sentencia en los siguientes sentidos:

1.- El régimen de visitas a favor del padre en el período vacacional de verano comprende un mes y medio.

2.- Para el supuesto de que las menores se trasladen fuera del territorio nacional para disfrutar de la compañía de su padre y éste no puede recogerlas en España y reintegrarlas en el domicilio materno, los progenitores designarán de mutuo acuerdo varias personas para esta función y cualquiera de estas podrá acompañar a las menores y en defecto de acuerdo decide el Juez, sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al Rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, con sujeción a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Que en el día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilmo. Magistrado Ponente D. José Angel Chamorro Valdés.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222007100668