

EDJ 2008/46786

Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 1ª, S 8-2-2008, nº 75/2008, rec. 577/2007
Pte: Nasarre Aznar, Sergio

Resumen

Contra la sentencia de instancia, que estimó en parte la demanda de divorcio, la AP estima el recurso de apelación interpuesto por la esposa actora, estima en parte el del demandado, revoca en parte la misma, en el sentido de atribuir la guarda y custodia del menor a la madre, dado que ha superado la crisis tras la ruptura con el padre. En cuanto al régimen de visitas, cuando el régimen penitenciario se lo permita, el padre puede visitar a su hijo unas horas un día a la semana. No procede la reducción de pensión de alimentos, ni la suspensión mientras el padre esté en prisión, pues debe prevalecer el principio "favor filii".

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley Cataluña 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña
art.76 , art.82 , art.135 , art.143 , art.267

Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.
art.7 , art.9

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.10 , art.39 , art.96

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Obligación de ambos cónyuges

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

Favor "filii"

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.76, art.82, art.135, art.143, art.267 de Ley Cataluña 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Aplica art.7, art.9 de Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.

Aplica art.10, art.39, art.96 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.217, art.394, art.398, art.776 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" SAP Córdoba de 12 marzo 2007 (J2007/72176)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" SAP Barcelona de 2 junio 2000 (J2000/48603)

ROLLO núm. 577/2007

DIVORCIO núm. 454/2006

TARRAGONA núm. CINCO

SENTENCIA núm.

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D^a M^a Pilar Aguilar Vallino

MAGISTRADOS

D. Manuel Díaz Muyor

D. Sergio Nasarre Aznar

En la ciudad de Tarragona, a 8-2-2008.

Visto ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial el Recurso de Apelación interpuesto por una parte por D^a Carla, representada en la instancia por el Procurador D. José María Escoda Pastor y, por otra, por D. Ramón representado en la instancia por el Procurador D^a Merce Pallach Olivé contra la sentencia dictada por el Juzgado de Familia de Tarragona, en fecha de 12-2-2007, en autos de juicio de DIVORCIO CONTENCIOSO número 454/2006 en los que figura como demandante D^a Carla y como demandado D. Ramón.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los de la Sentencia recurrida, y

PRIMERO.- Que la sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: Que estimando la demanda formulada por D^a Carla debo declarar y declaro disuelto, por divorcio, el matrimonio de ésta con D. Ramón, celebrado en El Morell (Tarragona), el 21 de julio de 2000, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, manteniendo las medidas aprobadas en la separación anterior consistentes en que: 1.-La guarda y custodia sobre el hijo pequeño Manuel la ostentan los abuelos maternos, D. Pedro Enrique y D^a Almudena, atribuyéndose el ejercicio en exclusivo de la patria potestad a la madre, suspendiéndose dicha facultad para el padre. 2.-No se le reconoce al padre derecho de visitas. 3.-No se modifica la atribución del domicilio conyugal, que fue atribuido al padre. 4.-Se mantiene la pensión de alimentos a la que deberán contribuir los progenitores por mitad, fijada en el año 2002 en la suma de 17.000 pesetas para cada uno de los padres, si bien con las debidas actualizaciones que se han debido hacer conforme a la variación del IPC desde entonces".

SEGUNDO.- Que contra la mencionada sentencia se solicitó la preparación de la apelación y, evacuado ese trámite, se interpuso recurso de apelación tanto por la parte ACTORA como por la parte DEMANDADA sobre la base de las alegaciones que son de ver en sendos escritos de alegaciones presentados.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formulen oposición al recurso o impugnación de la sentencia apelada, por la parte ACTORA y por la parte DEMANDADA se oponen a los recursos de contrario. Del mismo modo el MINISTERIO FISCAL se opone a ambos recursos.

VISTO, siendo ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Sergio Nasarre Aznar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sra. Carla, en tanto que recurrente, alega como motivos del recurso los siguientes: 1) que no pertoca continuar atribuyéndoles la guarda y custodia del hijo a los abuelos maternos, dado que la Sra. Carla ha superado ya la crisis tras la ruptura con el padre del niño y tiene un nuevo compañero sentimental, naciendo de esta nueva relación una niña, lo que lo corrobora el informe del equipo psico-social y estando de acuerdo los abuelos; 2) que se ha denegado por el juzgador porque éste señaló que no podía hacerse en el presente procedimiento de divorcio, dado que debía hacerse en el contexto de un procedimiento de modificación de medidas en el que fueron parte los abuelos, con lo que la recurrente no está de acuerdo. Por el resto, solicita la confirmación de la sentencia de instancia. A este recurso se opone el Ministerio Fiscal, señalando que como en la vista no se pudo determinar en base a qué resolución judicial tienen atribuida la guarda y custodia los abuelos maternos, debe ser frente al mismo órgano que la dictó quien la modifique.

Por su parte, el Sr. Ramón, basa su apelación en: 1) infracción del art. 267.3 CF, ya que en el centro penitenciario donde está interno tiene unos ingresos mensuales de 90 euros y no puede hacer frente a los alimentos que se le obligan a pagar 102,17 euros; 2) que no está conforme a que se le deniegue el derecho de visitas a su hijo, más cuando hasta el momento era la madre quien las obstaculizaba de facto. A este recurso se opone la contraparte apelada, en tanto que dice no haber pruebas de la percepción de sólo esos 90 euros/mes y, sobre el régimen de visitas, se basa en el informe del equipo psico-social que las desaconseja y añade que el apelante no ha satisfecho las obligaciones pecuniarias desde la separación, en base al art. 135 CF y 776 LEC. EDL 2000/77463 También se opone el Ministerio Fiscal, quien señala que los motivos de imposibilidad de impago deberían centrarse en el período a partir de que el apelante saliera de prisión, lo que conllevaría la necesidad del cambio de cuantía, en su caso y, subsidiariamente, el Fiscal solicita que se suspenda la obligación de alimentos mientras el apelante esté en la cárcel; y añade que nada aconseja otorgarle al apelante el derecho de visitas.

SEGUNDO.- Comenzando por el recurso planteado por la Sra. Carla. En relación sobre la posibilidad de que en el procedimiento de divorcio que ahora se apela se puedan alterar las disposiciones que se acordaron en la sentencia de separación de 22-1-2002, el art.

76 CF señala que en el procedimiento de divorcio debe establecerse, entre otros, "aquél con quien deben convivir los hijos". La cuestión estriba en si es posible alterar el régimen de guarda y atribuírsele a la madre, que efectivamente es recomendado por el informe del equipo psicosocial (folios 145 y 164) y todas las circunstancias (nueva convivencia de la madre, con un hijo en común) así parecen apuntarlo, cuando en la sentencia de separación ésta fue atribuida a los abuelos maternos, los cuales, naturalmente, no son parte en el presente procedimiento. Así como la SAP Barcelona 2-6-2000 EDJ 2000/48603 no admite que en un procedimiento de divorcio pueda atribuirse la guarda a persona distinta de los padres, aquí nos encontramos en un caso diferente en el cual tenemos que evaluar si, como dice la juzgadora de instancia, los abuelos son "titulares de este derecho/deber" de guarda y custodia. Este Tribunal no lo entiende así, en tanto que los abuelos sólo tienen por ley reconocido el derecho a comunicación con el menor, tal y como los señala la SAP Girona 11-3-2005 y el art. 135.2 CF. Que en la sentencia de separación se les atribuyese la guarda no debe impedir que en el procedimiento de divorcio ésta se pueda atribuir a los padres por sentencia (art. 76 CF), a quienes sí les corresponde por ley asumirla, a no ser que, como sucede en el presente asunto, uno de los dos no se le atribuyese por algún motivo fundado (art. 82.1, 135.1, 139.3 CF). Ello concuerda con el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño (Asamblea General de la ONU, 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959) que reza: "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre". Del mismo modo, el art. 7.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; en vigor desde el 2-9-1990; ratificada por España el 6-12-1990) señala que "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Y el art. 9.1 de la misma Convención señala que "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño". En consecuencia, y atendiendo tanto a los derechos de los progenitores como, y especialmente, al derecho al del niño (arts. 10.2, 39.4 y 96 CE EDL 1978/3879), y de acuerdo con las pruebas obrantes en autos, este Tribunal considera que la guarda y custodia debe quedar atribuida a la madre (ver, también en este sentido, la SAP Málaga 18-3-2005).

TERCERO.- Atendiendo ahora al recurso planteado por el Sr. Ramón, y en relación a la pensión de alimentos a la que se le condena en primera instancia. En primer lugar, debe señalarse que la estancia en prisión no supone un impedimento absoluto para acceder a un trabajo remunerado en los términos señalados en la legislación penitenciaria; además, mientras que en el escrito de apelación pone que cobra 90 euros al mes, en el de contestación de la demanda ponía que eran 100 euros al mes, contradicción que viene complementada con una falta absoluta de prueba sobre los ingresos reales del Sr. Ramón (art. 217 LEC EDL 2000/77463); por último, el principio favor filii debe prevalecer, siendo ésta una obligación para ambos progenitores (arts. 76.1 c), 82.1 y 143 CF). En consecuencia no procede ni la reducción de la cuantía fijada ya en 2002 ni su suspensión mientras el padre esté en prisión (SAP Córdoba 12-3-2007 EDJ 2007/72176 y SAP Alicante 12-4-2001). Y en relación a la denegación de un régimen de visitas, ese Tribunal entiende que el padre al que no se le ha atribuido la guarda y custodia tenga interés en un régimen de visitas del hijo, pero un interés superior es el del menor, atendiendo a las normas que hemos citado en el Fundamento Jurídico anterior y al principio general del favor filii. Y en este caso en concreto, siendo la edad del menor tan corta (hoy 8 años) y dado que los informes del equipo psicosocial del juzgado desaconsejaron ("la actual situación personal del Sr. Ramón (ingresado en prisión), el tiempo transcurrido sin contacto con el menor y la falta de un vínculo afectivo paterno-filial, hacen totalmente desaconsejable el establecimiento de un régimen de visitas"; folios 145 y 164 autos) la concesión de un régimen de visitas, éste tampoco puede apreciarse en esta instancia, mientras el régimen penitenciario del padre no permita que las visitas de su hijo puedan ser fuera de la cárcel. Pero en cuanto el régimen penitenciario del padre así lo permita, éste tendrá derecho de visitas a su hijo unas horas un día a la semana, lo que será fijado por el Juzgador de instancia, a conveniencia de padre e hijo.

CUARTO.- Atendiendo al fallo y a los arts. 394 y 398 LEC EDL 2000/77463, respecto a ambos recursos, no se condena a las costas de esta instancia de éstos a ninguno de los litigantes, sin que proceda alterar el pronunciamiento en costas de la instancia.

Vistos los artículos citados, concordantes, demás normas de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por D^a Carla contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Familia de Tarragona, en fecha de 12-2-2007, cuya resolución REVOCAMOS PARCIALMENTE, en el sentido de conceder la guarda y custodia del menor Cesar a Doña. Carla.

Por otra parte, declaramos ESTIMAR parcialmente el recurso planteado a su vez por D. Ramón contra la misma resolución, en el sentido que en cuanto el régimen penitenciario del Sr. Ramón se lo permita (cuando sea posible que las visitas tengan lugar fuera del establecimiento penitenciario), éste tendrá derecho a visitas de su hijo unas horas un día a la semana, lo que será determinado por el Juez de instancia, según convenga a padre e hijo.

La sentencia recurrida queda confirmada en el resto de pronunciamientos.

No se condena a las costas de ninguno de los recursos a ninguno de los litigantes, sin que proceda alterar el pronunciamiento en costas de la instancia.

Así por nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 43148370012008100056