



Roj: SAP GI 445/2014  
Id Cendoj: 17079370012014100142  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Girona  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 195/2014  
Nº de Resolución: 151/2014  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: FERNANDO FERRERO HIDALGO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION PRIMERA**

**GIRONA**

**APELACION CIVIL.**

**Rollo nº: 195/2014**

Autos: modif.medidas con relación hijos (contencioso) nº: 968/2012

Juzgado Primera Instancia 2 Santa Coloma de Farners

**SENTENCIA Nº 151/14**

Ilmos. Sres.:

**PRESIDENTE**

Don Fernando Ferrero Hidalgo

**MAGISTRADOS**

Don Carles Cruz Moratones

Doña Núria Lefort Ruiz de Aguiar

En Girona, diecinueve de mayo de dos mil catorce

**VISTO** , ante esta Sala el Rollo de apelación nº 195/2014, en el que ha sido parte apelante D. Luis Manuel , representada esta por el Procurador D. PERE FERRER FERRER, y dirigida por el Letrado D. JOSEP BASSOLS RISPANU; y como parte apelada Dña. Esmeralda , representada por el Procurador D. ANIOL PEYA DEL MORAL, y dirigida por el Letrado D. MARIAN RIBAS GIRONÈS; y siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Primera Instancia 2 Santa Coloma de Farners, en los autos nº 968/2012, seguidos a instancias de D. Luis Manuel , representado por la Procuradora Dña. EVA GARCÍA FERNÁNDEZ y bajo la dirección de la Letrada Dña. MARÍA PÉREZ VARÓN, contra Dña. Esmeralda , representada por la Procuradora Dña. CONCEPCIÓ BACHERO SERRADO, y bajo la dirección de la Letrada Dña. MARIAN RIBAS GIRONÈS; y siendo parte el MINISTERIO FISCAL; se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: " **FALLO: SE DESESTIMA INTEGRAMENTE la demanda de modificación de medidas interpuesta por la procuradora Doña Eva García Fernández en nombre y representación de DON Luis Manuel contra DOÑA Esmeralda , con expresa imposición de costas a la parte demandante.**

*SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda reconventional de modificación de medidas presentada por la procuradora Doña Concepción Bacheró Serrado, en nombre y representación de DOÑA Esmeralda contra DON Luis Manuel , habiendo lugar a la modificación de la guarda y custodia, acordándose en consecuencia las siguientes medidas y sin expresa imposición de costas:*

- a) Que la guarda y custodia de los menores, Federico y Marcos , se atribuya a la señora Esmeralda .

b) Que se establezca un régimen de visitas del señor Luis Manuel con su hijo Federico consistente en que el menor disfrute de una comida a la semana con el padre, en la extensión y el día que quieran las partes y en defecto de acuerdo los sábados desde las 14 horas hasta las 17 horas, debiendo ser recogido y devuelto en el domicilio materno.

c) Por su parte, el régimen de visitas del padre con su hijo menor Marcos será el consistente en disfrutar de su compañía los fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes cuando dejará de nuevo al menor en el instituto. A estos fines de semana alternos deberá añadirse un día más intersemanal, los jueves, con pernocta y todas las semanas, desde la salida del colegio, dónde recogerá al menor hasta el día siguiente a la entrada del mismo, dónde lo devolverá, permaneciendo el régimen de vacaciones inalterado con respecto a lo establecido en la sentencia de divorcio.

d) Que se establezca una pensión de alimentos a cargo del señor Luis Manuel y a favor del menor Federico de 250 # al mes, cantidad que será actualizable anualmente según el IPC o índice que lo sustituya, y que se ingresará en el plazo de 5 días en la cuenta que designe la actora, así como también al pago del 50% del importe de los gastos extraordinarios, previa comunicación por la actora de los mismos, entendiéndose por gastos extraordinarios los correspondientes a los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social y los gastos escolares previsibles al inicio del año escolar tales como libros o matriculas de colegio. Esta cantidad de 250 # se abonará desde el momento de la interposición de la demanda reconvenicional, esto es, abril de 2013.

e) Que se establezca una pensión de alimentos a cargo del señor Luis Manuel y a favor del menor Marcos de 100 # al mes, cantidad que será actualizable anualmente según el IPC o índice que lo sustituya, y que se ingresará en el plazo de 5 días en la cuenta que designe la actora, así como también al pago del 50% del importe de los gastos extraordinarios, previa comunicación por la actora de los mismos, entendiéndose por gastos extraordinarios los correspondientes a los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social y los gastos escolares previsibles al inicio del año escolar tales como libros o matriculas de colegio".

**SEGUNDO.-** La relacionada sentencia de fecha 6/8/13 , se recurrió en apelación por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

**TERCERO.-** Se aceptan los que constan en la sentencia recurrida.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

**VISTO** siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, D. Luis Manuel contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Santa Coloma de Farners de 6 de agosto del 2014 , en la que se desestimó la demanda interpuesta por dicha parte contra DÑA. Esmeralda y en la que se pretendía la modificación de las medidas definitivas del divorcio, en concreto, la relativa al uso del domicilio familiar.

Asimismo, fue estimada la reconvencción formulada por DÑA. Esmeralda , en la que se solicitaba la modificación de las medidas relativas a la guarda de los hijos, solicitando su atribución en exclusiva.

**SEGUNDO.-** En el primer motivo del recurso se impugna la sentencia por error en la valoración de la prueba, que ha conllevado la inaplicación del artículo 233-7.1 y 233-20.3 y 4 del Código Civil de Cataluña en cuanto a la atribución del uso del domicilio familiar.

Independientemente de la discutible argumentación de la sentencia sobre el carácter permanente o no de la situación económica y laboral del Sr. Luis Manuel , pues debe estarse a su situación actual, sin que existan elementos para poder afirmar que pueda acceder en breve a un trabajo remunerado, la decisión del Juzgador debe confirmarse, pues no se estima suficiente el hecho de que haya empeorado su situación laboral como para atribuirle el uso del domicilio familiar.

A parte de que en la sentencia se modifica el régimen de guarda de los hijos, atribuyendo esta a la Sra. Esmeralda , lo cual ya justificaría el mantenimiento del uso a su favor, pues aunque se revoque, como así se hará respecto del hijo menor, estaríamos ante una guarda exclusiva de uno a favor del madre y **compartida** respecto del otro, lo cual sería un elemento a tener en cuenta para mantener el uso del domicilio a favor. Pero, en todo caso, el criterio de necesidad que utiliza el legislador, bien para apartarse del criterio de atribuir el uso al que ejerce la guarda, bien para cuando ésta es **compartida** o no existen hijos menores, no debe establecerse en atención a la menor capacidad económica de uno de los cónyuges respecto del otro, sino

a una real necesidad de ocupar la vivienda familiar. Y el recurrente y demandante no ha demostrado que necesite la misma y ello porque posee una vivienda en la cual puede satisfacer sus necesidades relacionadas con la misma.

Podrá plantearse que no es justo que siendo ambos propietarios de la vivienda, la disfrute uno de ellos, el cual además tiene mejor situación económica. Pero, debemos tener en cuenta que lo pretendido es una modificación de medidas, en cuya adopción, y a pesar de que se estableció una guarda **compartida** y el Sr. Luis Manuel ya había perdido uno de sus empleos, aceptó que su uso se atribuyera a la Sra. Esmeralda y sin limitación temporal, por lo que al pretender su uso, no basta con alegar que se encuentra en una mala situación económica, sino que es imprescindible demostrar que necesita del uso del domicilio familiar para satisfacer su necesidad de vivienda por no poder costearse una. Pero esto no se ha demostrado, pues puede disfrutar de la vivienda cedida por sus padres, como así ocurrió, incluso de la vivienda de su compañera actual, no debiendo olvidarse que ante situaciones de necesidad de alimentos, aunque se sea mayor de edad, los padres están obligados a prestar alimentos, por lo que no puede más que ponerse en duda que si la situación económica del Sr. Luis Manuel es como la que se sostiene, sus padres le estén cobrando una renta por el uso de la vivienda, cuando lo habitual y normal -en incluso legal- es la cesión gratuita de la misma, por lo menos, mientras dure la difícil situación económica del hijo.

**TERCERO.-** En el segundo motivo del recurso se impugna la decisión de modificar las medidas relativas a la guarda de los hijos, en el sentido de atribuir la guarda exclusiva.

Tras el examen de todo lo actuado, no pueden compartirse los argumentos de que el régimen de guarda adoptado en su momento por esta Sala no fuera el adecuado, y si este ha fracasado, por lo que respecta a Federico, no ha sido debido a dicho régimen, sino a la falta de capacidad de los padres de actuar en interés de los hijos, evidenciándose que al contrario de ello, han actuado en atención a sus propios intereses, con lo cual, a lo mejor sí nos equivocamos al considerar a ambos con capacidades parentales para el ejercicio de sus responsabilidades con sus hijos, cuando realmente ninguno de los dos está adecuadamente capacitado para ello. Pero la atribución de la guarda a un tercero es una medida excepcional y muchas veces compleja, por lo que debemos ratificar que en el aquel momento parecía claro que el ejercicio de la guarda y la responsabilidades parentales debía ser compartido, con la esperanza de que ambos progenitores fueran capaces de actuar en interés de los hijos. Pero si no son capaces, bien por falta de aptitud o por falta de voluntad, cualquier régimen que se establezca está abocado al fracaso, y no sólo un régimen de guarda y responsabilidad **compartida**, pues desde luego, no es el primer caso en el que el hijo se niega a estar con uno de sus progenitores, resultando muy habitual que en regimenes de guarda monoparental y sobre todo en la época de la adolescencia, o bien, el hijo decide sin más pasar a residir con el progenitor al cual no se le atribuyó la guarda, o bien, no querer relacionarse que el progenitor que no la ejerce. Por lo tanto, la decisión de Federico de no querer residir con su padre no tiene como causa el régimen de guarda establecido, sino la aptitud de los padres. Y es que la mala relación entre ellos seguirá dificultando el ejercicio de las funciones parentales, que siguen siendo compartidas pues ello no ha sido modificado, y que por el hecho de atribuirse la guarda exclusiva a favor de la madre no quiere decir que pueda ejercer unilateralmente tales funciones, pues las funciones que puede ejercer en este sentido sólo son las inherentes al régimen de guarda, pero no el resto. Una de las funciones que se detecta que ha provocado mas conflictividad es la relativo al colegio, pues bien, dicha función no es inherente a la guarda, por lo que la madre no puede decidir unilateralmente a que colegio acuden los hijos, sino que debe ser una decisión de ambos y a falta de acuerdo, debe decidirlo el Juez a través del procedimiento correspondiente.

Dicho lo anterior, el hijo Federico ha decidido residir permanentemente con su madre, manifestando en la exploración judicial realizada su deseo de no tener relación con su padre. En agosto cumplirá los 16 años, por lo que, y a pesar de estar en la adolescencia, sus deseos los ha manifestado de forma clara y contundente. Independientemente de las causas de dicha decisión, que de forma genérica se han apuntado con anterioridad, resulta difícil o incluso imposible que acate una resolución judicial que le imponga residir con uno de los progenitores, cuando claramente ha dicho no querer hacerlo y cuando se aprecia una rebeldía superior a la normal de una adolescente. Por lo tanto, la decisión de la sentencia se estima correcta, sin perjuicio de que el menor decida libre y voluntariamente reanudar el régimen establecido en su momento, u otro, que posiblemente dependerá de si los padres son capaces de superar sus diferencias y actuar en beneficio de los hijos.

Por lo que se refiere a la guarda del Marcos no puede aceptarse la decisión del Juzgador de Instancia de vincular el régimen de guarda del mismo al de su hermano, pues como se desprende de la exploración de ambos, no se considera que exista una relación tal intensa entre los mismos, como para que el criterio

legal de no separar a los hermanos prime sobre cualquier otro, incluso el deseo del menor, que manifestó querer estar con su padre. La voluntad del un menor de 12 años, aunque importante, no tiene la relevancia que pueda tener la de uno de 16 años, pero ir en contra de su voluntad no puede ser aceptada, pues podríamos encontrarnos con la misma situación de Federico , que dentro de uno o dos años decidiera de forma unilateral irse con su padre. Por ello, y aunque no seguimos plenamente los deseos del menor, si consideramos que debe mantenerse el mismo régimen que el establecido en la sentencia, pues, por un lado, aceptamos los deseos del menor de estar con su padre, aunque no sea de forma permanente y, por otro lado, debe seguir teniendo el referente materno en su evolución. Y con tal sistema en absoluto se separa a los hermanos, pues estarán juntos una semana si y otra no, pero en ésta, al vivir ambos en la misma localidad, ser esta pequeña y teniendo una edad que les permite una importante autonomía, pueden verse cuando ambos lo decidan. Evidentemente que tal régimen puede fracasar, pero no será por culpa del mismo o del menor, sino por culpa de ambos padres al no ser capaces de superar sus diferencias en beneficio del mismo.

**CUARTO.-** Por último se impugna el pronunciamiento relativo a las costas, motivo que no puede prosperar, pues las connotaciones personales y familiares a la que se refiere el recurrente nada tienen que ver con su pretensión de modificación de una medida concreta y determinada, como es el uso del domicilio familiar, que ha sido desestimado y confirmada su desestimación y que no se aprecia razón alguna para apartarse del criterio general del vencimiento objetivo establecido en el artículo 394 de la L.E.C .

**QUINTO.-** Por todo lo dicho, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS:**

Que debemos **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de apelación formulado por D. Luis Manuel contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 2 Santa Coloma de Farners, en los autos de Modificación de medidas en relación con hijos núm. 968/12, con fecha 6/8/13.

Debemos **REVOCAR PARCIALMENTE** la misma en el sentido de desestimar la modificación de las medidas solicitada por DÑA. Esmeralda respecto al hijo Marcos , manteniéndose el régimen de guarda establecido en la sentencia de divorcio, pero adaptándolo a que dicho régimen se refiere sólo a uno de los hijos, y no a los dos, por lo que la contribución a los alimentos en los términos establecidos se reducirá a la mitad.

No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000 , contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado - Ponente D. Fernando Ferrero Hidalgo, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.