



Roj: SAP GI 953/2014 - ECLI:ES:APGI:2014:953
Id Cendoj: 17079370012014100253
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Girona
Sección: 1
Nº de Recurso: 381/2014
Nº de Resolución: 264/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION PRIMERA

GIRONA

APELACION CIVIL

Rollo nº: 381/2014

Autos: modif.medidas con relación hijos (contencioso) nº: 612/2013

Juzgado Primera Instancia 5 Figueres

SENTENCIA Nº 264/14

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Don Carles Cruz Moratones

Doña Núria Lefort Ruiz de Aguiar

En Girona, tres de octubre de dos mil catorce

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 381/2014, en el que ha sido parte apelante D. Julián , representada esta por el Procurador D. NARCÍS JUCGLÀ SERRA, y dirigida por la Letrada D^a. MONTSERRAT VALLÈS FIOL; y como parte apelada D^a. Diana , representada por el Procurador D^a. ENRI RODRÍGUEZ DOMINGO, y dirigida por la Letrada D^a. CARMEN DUTÚ ELIZALDE; y siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 5 Figueres, en los autos nº 612/2013, seguidos a instancias de D. Julián , representado por el Procurador D. NARCÍS JUCGLÀ SERRA y bajo la dirección de la Letrada D^a. MONSERRAT VALLÈS FIOL, contra D^a. Diana , representada por la Procuradora D^a. ENRI RODRÍGUEZ DOMINGO, bajo la dirección de la Letrada D^a. CARMEN DUTÚ ELIZALDE; y siendo parte el MINISTERIO FISCAL se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO** : **ACUERDO**: Estimar parcialmente la demanda al estimar un cambio sustancial de las circunstancias, pero manteniendo aquellos puntos que no son objeto de discusión y que ya estaban vigentes hasta la fecha conforme a lo pactado de mutuo acuerdo entre las partes y aprobado por sentencia 116/2010 dictada por este juzgado, de 7 de septiembre de 2010 (pensión de alimentos y gastos extraordinarios) y acordar lo siguiente: (...)".

SEGUNDO.- La mencionada sentencia de fecha 15/4/14 , 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.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a. Núria Lefort Ruiz de Aguiar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Interpone recurso de apelación don Julián contra la sentencia dictada en los autos de Modificación de medidas definitivas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Figueres que, estimando parcialmente lo petitionado, establece las medidas respecto de la hija menor de los litigantes que se reproducen en los antecedentes fácticos de esta resolución.

El apelante no indica si funda el recurso en error en la valoración de la prueba o error de derecho, aunque del contenido del escrito de apelación parece deducirse que lo funda en error en la valoración de la prueba. Termina por petitionar que se acuerde un régimen coincidente con el solicitado en la demanda.

La apelada y el Ministerio Fiscal impugnan el recurso y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Alteración de circunstancias.

Las medidas establecidas en sentencia sólo pueden ser modificadas en atención a circunstancias sobrevenidas por resolución judicial posterior conforme al art. 233-7 del Codi Civil de Catalunya y art. 91 del Código Civil, correspondiendo a quien alega esa alteración de circunstancias la carga de demostrarlo.

En el presente supuesto, la sentencia cuya modificación se pretende es la de 22 de mayo de 2013 que homologó el acuerdo alcanzado por las partes en el marco del procedimiento de modificación de medidas.

La demanda rectora de este procedimiento tuvo entrada en el Juzgado el 18 de septiembre de 2013, es decir, cuando aún no habían transcurrido 4 meses desde que se dictó la sentencia cuya modificación se pretende. Lo anterior podría hacer pensar a priori que no procede la modificación que ahora se solicita, habida cuenta el escaso tiempo transcurrido desde que se dictó. Lo cierto es que, pese a ese dato objetivo e incontestable, es preciso modificar la sentencia de 22 de mayo de 2013 puesto que los términos del acuerdo alcanzado por las partes y homologado en sentencia resultan inejecutables, como lo demuestra el que en el primer periodo de vacaciones, el de verano de 2013, ya no pudieron cumplirse. Ello hace necesario la modificación de la sentencia a fin de establecer las medidas que deben regir las relaciones de los progenitores con la menor y la forma en que debe ejercerse la potestad parental.

TERCERO. Hechos no controvertidos.

La presente resolución ha de partir de los siguientes hechos probados o no controvertidos:

1.- Los litigantes constituyeron una pareja de hecho de la que nació una hija Tania que actualmente tiene 5 años.

2.- Cuando Tania contaba con 6 meses de edad los litigantes cesaron en la convivencia, quedando la menor en compañía de su madre y estableciéndose en sentencia del año 2010 a favor del padre y apelante un régimen de visitas.

3.- La menor asiste al colegio en la localidad de Roses en la que reside.

4.- El padre vive en Figueres y trabaja en Olot, tiene libre los martes por la tarde y los domingos.

5.- Los abuelos paternos de Tania viven en Castelló d'Empuries.

CUARTO.- Ejercicio de la potestad parental. Estancias de Tania con sus progenitores.

Este Tribunal en múltiples sentencias (por todas la de 17/09/2010 Roj: SAP GI 912/2010) ha venido manteniendo que *"Cuando a un progenitor se le atribuye la guarda y custodia de un hijo, se le da a entender que en la práctica dicho progenitor está ejerciendo las funciones habituales de la patria potestad y el otro progenitor queda relegado a un simple padre que en determinadas ocasiones puede visitar a sus hijos y si acaso a decidir sobre cuestiones más trascendentes para el hijo, cuando ello en absoluto es así, pues cuando este padre tiene a su hijo lo que hace es ejercer la guarda y custodia del mismo, es decir, es el momento en el que lo tiene en su compañía, le indica las pautas educativa, lo alimenta de forma efectiva y le ayuda en todas sus actividades y necesidades, en definitiva, está ejerciendo plenamente la patria potestad. Ante ello, se aboga por la superación de tales conceptos y su sustitución por el término de guarda y custodia compartida, o incluso podría sin más suprimirse toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de los periodos de permanencia o de guarda que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro. Pero, aunque la sustitución de la terminología es*

conveniente y necesaria, y debe utilizarse de una forma generalizada, pues salvo situaciones de estancias muy restringidas con un progenitor, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre podrá hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente al otro en las decisiones que afectan a los hijos. Y con ello también se evitarían las disputas durante el proceso sobre la atribución de la guarda y custodia.

El cambio de terminología no necesariamente debe conllevar un cambio radical en la determinación de las estancias de los hijos con sus padres, según la práctica judicial actual. Hablar de guarda y custodia compartida no quiere decir que una semana el hijo esté con un padre y la otra semana con la madre, haciéndose cargo cada progenitor de sus necesidades durante el periodo de estancia. Pues tal solución, además de simplista, no soluciona adecuadamente la situación provocada por la ruptura de la convivencia de los progenitores, pues ni tiene porque ser la solución correcta en cuanto a las estancias de los hijos, piénsese en niños de corta edad que necesitan prácticamente un contacto diario con sus progenitores (por ejemplo, sería totalmente negativo para un niño de menos de un año, que estuviera sin su madre una semana), ni resuelve adecuadamente todas las necesidades económicas que puedan precisar los hijos, siendo necesario determinar la conveniencia o no de establecer una pensión a cargo de uno en favor del otro, siendo éste el que se encargue de las compras necesarias y habituales del hijo (vestido, medicación, etc.), o la forma de contribuir por ejemplo a gastos del colegio, de actividades extraescolares, etc., cuya solución podría pasar por la apertura de una cuenta bancaria conjunta, a la cual aportarían ambos progenitores una cantidad mensual en proporción a sus recursos y con la cual se irían pagando todas las referidas necesidades de los hijos, cuya administración podría ser conjunta o atribuida a uno con rendimiento de cuentas al otro. O también podría consistir en la contribución de uno respecto de determinados gastos y el otro respecto del resto. Por ello, es perfectamente posible una guarda y custodia compartida, consistente en fines de semanas alternos y distribución del resto de días de la semana entre ambos padres, en atención, bien a las circunstancias de trabajo de los progenitores, las actividades que desarrolle el menor, la distancia entre domicilio, y cualquier otra circunstancia que se estime relevante para la fijación del régimen de estancias más beneficioso para el hijo."

Tal doctrina es aplicable a este caso, si bien, al establecer el régimen de estancias de la menor con uno y otro progenitor habrá que tener en cuenta la distancia entre los domicilios de ambos, así como la edad y necesidades de la menor Tania , lo que por fuerza limitará los periodos que la niña podrá compartir con el progenitor con quien no conviva habitualmente. Sin perjuicio de cuanto se acaba de exponer, cada progenitor, cuando tenga a su hija en su compañía ejercer plenamente -como se ha señalado ya- la guarda y custodia de la misma, indicándole las pautas educativas, ocupándose de forma efectiva de su alimentación y cuidado y le ayude en todas sus actividades y necesidades.

De lo actuado resulta acreditado que la menor Tania ha convivido desde su nacimiento con su madre, la Sra. Diana , quien incluso llegó a instar la ejecución de la sentencia del año 2010 ante los reiterados incumplimientos del régimen de visitas establecido en la misma por el Sr. Julián . Por otra parte resulta también acreditado que el horario laboral del apelante (que tiene libre los martes por la tarde y los domingos) así como la distancia entre su domicilio y el de la menor (Figueres-Roses) hacen difícil que el Sr. Julián pueda ocuparse de su hija de lunes a domingo como pretende sin que ello altere en exceso la rutina de la menor al obligarla diariamente a largos desplazamientos entre Roses y Figueres. Es cierto que el Sr. Julián afirma que podría cumplir con el régimen establecido instalándose en Castelló d'Empúries, localidad próxima a Roses en la que residen los abuelos paternos de la menor. Pero no lo es menos que esa solución, siendo más favorable al interés de la menor, no permite salvaguardarlo plenamente, en tanto no garantiza suficiente estabilidad, pues es de suponer que cuando entre semana la menor estuviera en Castelló d'Empúries, estaría al cuidado de sus abuelos paternos, más que de su padre a quien el extenso horario de trabajo y la distancia entre Olot y el domicilio de estos últimos apenas le permitiría ver a su hija. Por otra parte el fin de semana la menor debería trasladarse al domicilio de su padre en Figueres.

Las anteriores objeciones pueden extenderse también al régimen propuesto como alternativo y adoptado en la sentencia del año 2010 que contemplaba dos días de estancia intersemanal de la menor con su padre. También en ese caso la tarde que el Sr. Julián no tuviera libre en el trabajo la pasaría la menor en compañía de los abuelos paternos y a su cuidado, debiendo desplazarse -según la previsión del recurrente a preguntas de la juez- una vez cenada y bañada, a casa de su padre en Figueres únicamente a dormir.

Por todo ello este Tribunal entiende más adecuado mantener el régimen establecido en la sentencia de primer grado.

QUINTO.- Contribución a los alimentos de los hijos menores.

El apelante se alza también contra el pronunciamiento que decide mantener el importe con el que debe contribuir a los alimentos de su hija. Funda la modificación que solicita en una única circunstancia: la guarda y custodia compartida que solicita y ha sido rechazada en el fundamento anterior.

No expone el actor y apelante ni en la demanda ni en el recurso cuál sería la alteración sustancial de circunstancias en que debe fundamentarse la rebaja de la pensión que solicita. no menciona cuáles eran sus ingresos en el año 2009 cuando se pactó lo que ahora se pretenden modificar, ni en qué modo se han alterado las circunstancias que en su momento se tuvieron en cuenta para fijar la pensión actualmente vigente.

Es por ello que, teniendo en cuenta que estamos en un procedimiento de modificación de medidas, debe rechazarse el recurso.

SEXTO.- Costas.

La íntegra desestimación del recurso ha de comportar la imposición al recurrente de las costas causadas en esta alzada.

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

FALLAMOS:

Que **debemos desestimar** el recurso presentado por don Julián contra la sentencia dictada en los autos de Modificación de medidas núm. 612/2013 el 15 de abril de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Figueras y **CONFIRMAR íntegramente** la misma, con imposición al recurrente de las costas de esta alzada.

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 la Il.ª Sra. Magistrada - Ponente D.ª. Núria Lefort Ruiz de Aguiar, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.