



Roj: SAP SE 3990/2011
Id Cendoj: 41091370022011100498
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Sevilla
Sección: 2
Nº de Recurso: 1829/2011
Nº de Resolución: 501/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: CARLOS MARIA PIÑOL RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

S E N T E N C I A Nº 501/11

AUDIENCIA PROVINCIAL SEVILLA

Sección Segunda

PRESIDENTE ILMO. SR.

DON MANUEL DAMIÁN ÁLVAREZ GARCÍA.

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

DON RAFAEL MÁRQUEZ ROMERO.

DON CARLOS PIÑOL RODRÍGUEZ.

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: 1ª Inst. Sev. 6 (Familia)

ROLLO DE APELACIÓN Nº 1829/11-F

JUICIO Nº 1024/09

En la Ciudad de Sevilla a 30 de noviembre de dos mil once.

Visto, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de SEVILLA, JUICIO sobre MODIFICACIÓN DE MEDIDAS procedente del Juzgado de Primera Instancia referenciado, donde se ha tramitado a instancia de Gervasio , representado por la Procuradora Dª Fantina Carrasco Martín, que en el recurso es parte apelante, contra Serafina , representada por el Procurador D. Luis Garrido Franco, que en el recurso es parte apelante. Siendo parte el Ministerio Fiscal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 24 de Junio de 2010, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: *"Que estimando la demanda interpuesta por D. Gervasio contra Dª Serafina debo declarar y declaro haber lugar a la misma, procediendo a la modificación de lo dispuesto en sentencia de divorcio dictada el día 11 de octubre de 2.005 en autos 774/05, en los siguientes términos://1. Se atribuye la custodia del menor Millán , nacido el día 2 de julio de 1.996, a su padre D. Gervasio , manteniéndose compartida la patria potestad y disponiéndose el siguiente régimen de visitas en favor de Dª Serafina .//a. Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o en su defecto a las 17:00 horas hasta el domingo a las 20:30 horas. Si hubiere un festivo formando puente escolar con el fin de semana, las estancias se prolongarán durante todo el puente escolar.//b. Todos los miercoles desde la salida del colegio o en su defecto a las 17:00 horas hasta las 20:30 horas.//c. Mitades vacacionales de Navidad, Semana Santa y Feria, correspondiendo la primera mitad al padre en los años pares y la segunda mitad en los años impares y viceversa para la madre.//Los períodos vacacionales serán los siguientes://-Semana Santa: Se establecen dos periodos, siendo://1) desde el Viernes de Dolores, a la salida del colegio, hasta el Miércoles Santo, a las 17:00 horas.//2) Desde el Miércoles Santo, a las 17:00 horas, hasta el Domingo de Resurrección a las 20:30 horas.//-Feria de Abril: Se establecen dos periodos, siendo://3) desde el primer día de vacaciones, a las 17:00 horas, hasta el jueves, a las 17:00 horas.//4) Desde el jueves, a las 17:00 horas, hasta el domingo*

a las 20:30 horas.- Navidad: Se establecen dos períodos, siendo://5) desde el 22 de diciembre, a las 17:00 horas, hasta el 30 de diciembre, a las 17:00 horas.//6) Desde el 30 de diciembre, a las 17:00 horas, hasta el 6 de enero a las 17:00 horas.//Y un mes en verano, repartido en quincenas, correspondiendo las primeras quincenas de julio y agosto al padre en los años pares y las segundas en los años impares, y viceversa para la madre.//El régimen de visitas dispuesto es el mínimo, sin que haya inconveniente alguno en que se amplíe o altere de consenso.//El régimen de visitas ha de entenderse en términos de flexibilidad, primando el acuerdo madre e hijo, **siendo muy importante la comunicación fluida entre los progenitores y entre éstos y el hijo y considerándose conveniente que las partes, de forma voluntaria, acudan a mediación o terapia familiar.**//2. En concepto de pensión de alimentos, D^a Serafina abonará la cantidad de 230 euros mensuales, en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que D. Gervasio designe. La pensión se abonará con fecha de efecto desde la interposición de la demanda (desde el 1 de octubre de 2.009 inclusive) y se revisará anualmente, en el mes de octubre de 2.010 y sucesivamente en octubre de cada año, conforme a la variación del IPC habido en los doce meses anteriores (de septiembre a septiembre).//3. Los gastos extraordinarios de Millán se abonarán al 50% entre las partes y deben siempre ser consensuados antes de hacerse el desembolso, y caso de discrepancia, deben ser autorizados por el Juzgado, salvo razones objetivas de urgencia. Los gastos extraordinarios de educación son las clases de apoyo escolar. Los gastos extraordinarios médicos son los de dentistas, prótesis, óptica, gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, y en general los no cubiertos por la sanidad pública.//Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia los de vestido, los de colegio (recibos, seguros, APA), ocio, las excursiones escolares, material escolar, uniformes, libros, aula matinal, comedor. Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, campamento de verano, cumpleaños y otras celebraciones, que deben ser siempre consensuados para poderse compartir el gasto, sin que proceda la autorización judicial subsidiaria.//4. El uso de la vivienda **familiar** sita en C/ DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 , de Sevilla, se mantiene a favor de D^a Serafina , si bien ello será así hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales.//No cabe especial imposición de costas procesales."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. Tras la votación y fallo quedó visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. CARLOS PIÑOL RODRÍGUEZ** .

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- .Se interpuso demanda de modificación de las medidas que se recogieron en la sentencia de 11 de Octubre de 2005 , la cual acoge la sentencia atribuyendo la guarda y custodia del menor Millán al padre, modificando la que se había acordado al haberse atribuido la guarda y custodia a la madre en la sentencia de 11 de Octubre de 2005 ; la cuestión fundamental que se debate en esta alzada es respecto de la medida por la cual se le otorga la guarda y custodia de Millán a D. Gervasio ; en la sentencia se analiza con rigor y lógica las pruebas practicadas así como los motivos por lo que en este momento resulta razonable la adopción de esa medida; de forma muy pormenorizada al ser esa medida de gran trascendencia para el menor, y buscando con ella una mejora para aquel, que es lo que debe tenerse presente para justificarse la modificación de la guarda y custodia y así correctamente lo recoge la sentencia, escuchando a todos a los que puede afectar la modificación, pero teniendo como finalidad a conseguir que se pueda beneficiar al menor, y acordar aquella situación que le pueda ser mas idónea, atendiendo a las concretas circunstancias y a las dificultades y problemas que se hayan podido constatar a fin de intentar conseguir con la nueva medida ayudar al menor a superar los problemas que se estan constatando y que no resultan en absoluto beneficiosos para su formación y educación integral. Los criterios con los que la sentencia aborda esta delicada situación son correctos, de un lado que lo mas importante al interes del menor, lo mas beneficioso para aquel, y ello justifica cualquier cambio de lo que anteriormente se hubiera establecido y por ello lo importante y lo determinante no es el interes subjetivo de los progenitores del menor, que puede ser legitimo, sino que lo decisivo es que con las pruebas practicadas se adopte una solución que en principio resulte lo mas conveniente y beneficioso para aquel; la justificación de la modificación está perfectamente motivada en el fundamento jurídico cuarto, con una detallada relación de hechos y fechas que no son desvirtuados por datos o pruebas objetivas, y de esos hechos decidir y concluir que para el menor la modificación de la guarda y custodia es lo mas beneficioso para él, es una conclusión lógica, razonable y conforme a las reglas de la sana crítica; no se basa para la adopción de esa medida en el informe emitido por la Dra. Catalina , sino que tiene en cuenta todo lo aportado a las actuaciones, las calificaciones escolares, que se constata la conducta rebelde del menor y la gran dificultad de

su madre para mantener una relación tranquila y dentro de unos parámetros normales, pues como recoge la sentencia del Juzgado nº6 de Sevilla, incluso la madre tuvo que pedir ayuda al padre ante la actitud rebelde del hijo; hay también en esa resolución un dato que es que hasta la fecha de la denuncia es 14 de agosto de 2009, el hijo estuvo con el padre, con aquiescencia de la madre, pues el motivo de aquella no fue la convivencia del hijo con el padre sino un problema con el régimen de visitas; junto a todos estos datos, y aunque no sea decisivo, como la sentencia recoge el menor ha manifestado de forma clara y precisa su deseo de convivir con el padre, por lo que se debe mantener la modificación que la sentencia ha decidido; al otorgar la guarda y custodia al padre en la sentencia se fija en favor de la madre un régimen de visitas, que se considera adecuado, pues permite la correcta y permanente relación paterno filial de aquella con su hijo, por lo que no hay motivo para su modificación; se cuestiona por los litigantes el importe de la pensión de alimentos en favor del hijo menor, y que la sentencia establece en 230 # mensuales; D. Gervasio solicita que se aumente y D^a Serafina, que se le rebaje y en atención a los ingresos de ésta a que se le atribuya o mejor se le mantiene en el uso del domicilio **familiar** y a que las pensiones tienen que estar establecidas en función de los ingresos del obligado a su abono se entiende excesiva la cantidad establecida y se fija una pensión de 180 # mensuales. No se hace pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a Serafina y desestimando el interpuesto por D. Gervasio revocamos la sentencia en el sentido de fijar como pensión de alimentos que deberá abonar D^a Serafina la cantidad de 180 # mensuales. No hacemos pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación fundado en el Art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y/o Extraordinario por Infracción Procesal.

El recurso deberá INTERPONERSE por escrito ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DIAS hábiles contados desde el siguiente a la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente y al que se acompañara copia del resguardo del DEPOSITO de 50 euros efectuado en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Segunda (4046 de Banesto- Sucursal Jardines de Murillo) en concepto de Recurso de Casación y, en su caso, por Infracción Procesal, sin cuyo requisito no se admitirá.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha. Doy Fe.