

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, Sentencia de 20 May. 2008, rec. 94/2007

Ponente: Noblejas Negrillo, Margarita Blasa.
Nº de Sentencia: 338/2008
Nº de Recurso: 94/2007
Jurisdicción: CIVIL
Tipo de recurso de la resolución: APELACION

DIVORCIO. GUARDA Y CUSTODIA. Adecuación a derecho del auto acordando la ejecución de la sentencia, pendiente de apelación, con entrega de la menor a la madre, al ser las medidas relativas a los hijos directamente ejecutables. Atribución de su guarda y custodia a la madre, al no constar concurrencia de circunstancias personales y familiares que haga necesario un cambio en la guarda y custodia, atendiendo al interés prioritario de la hija común, sin bien con una ampliación del régimen de visitas y comunicación a favor del progenitor no custodio, que incluya un día intersemanal con pernocta.

Normativa aplicada

TEXTO

En la ciudad de Barcelona, a veinte de mayo de dos mil ocho

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓN Decimoctava

ROLLO Nº 94/2007

DIVORCIO CONTENCIOSO (ART.770-773 LEC NÚM. 276/2006

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 2 VIC

SENTENCIA Nº 338/08

Ilmos. Sres.

Dª. ANA Mª GARCIA ESQUIUS

Dª. MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLO

Dª. AURORA FIGUERAS IZQUIERDO

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoctava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso (art.770-773 Lec, número 276/2006 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 2 Vic, a instancia de D/Dª. Gustavo , contra D/Dª. Marta; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 12 de septiembre de 2006,

por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Acuerdo la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre Gustavo y Marta, la disolución del régimen matrimonial existente, y la adopción como medidas reguladoras del divorcio las siguientes:

1ª. Se atribuye la guarda y custodia de la hija común, Ylenia, nacida 31 15 de septiembre de 2002, a Marta.

2ª. Se mantiene el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre la menor por ambas partes y, por tanto, ambos adoptarán conjuntamente las decisiones que afecten a aquella y, en caso de discrepancia, deberán acudir al juzgado.

3ª. Se establece como régimen de visitas para Gustavo:

a. Fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes a las 20 horas del domingo que se extenderán a los días festivos que antecedan o sigan al fin de semana en cuestión de modo que, en tal caso, la recogida de la menor se realizará a las 20 horas del día laborable previo al festivo que preceda al fin de semana en cuestión.

b. Una tarde entre lunes y jueves que será elegida por aquel y en la que deberá recoger a la menor a la salida del colegio y devolverla a las 20.00 horas en el domicilio materno.

c. La mitad de los períodos vacacionales de Navidad fijándose las 19 horas del 30 de diciembre para la entrega o devolución, de Semana Santa con entrega o devolución a las 19 horas del miércoles de ceniza, y del verano con entrega o devolución a las 20 horas del 30 de agosto. El padre tendrá derecho a elegir el período vacacional en los años impares y la madre en los años pares, debiendo comunicarlo con un mes de antelación al otro progenitor.

La recogida y devolución de la menor se realizará en el domicilio de la madre en Barcelona. En caso de cambiar aquella su localidad de residencia podrá exigir modificar el régimen de visitas e incluso el régimen de custodia de la menor.

El incumplimiento del régimen de visitas podrá dar lugar a establecer que la entrega y devolución de la menor se realice en presencia de servicios sociales o de la policía.

Las partes podrán modificar de mutuo acuerdo el régimen establecido.

3ª. Se establece que Gustavo deberá pagar una pensión de alimentos para su hija Ylene de 322 euros mensuales que deberá ingresar dentro de los primeros cinco días del mes en la cuenta corriente que Marta indique y que incluirán todos los gastos de la menor excepto los de carácter médico no cubiertos por la Seguridad Social que serán pagados por mitades entre ambos progenitores.

4ª. No se hace pronunciamiento sobre la vivienda conyugal ni sobre el patrimonio familiar al no existir.

No se hace imposición de costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 6 de mayo de 2008.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/Dª. MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dos son las resoluciones objeto de impugnación, a saber, el auto de 20-11-2006 por el que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 12-9-2006 , y la sentencia de divorcio de 12-9-2006 . La primera acordaba como medida cautelar y en previsión de que la segunda sería apelada, la inmediata entrega de la menor a la madre , ello al amparo de los arts. 134 CF y 168 Cc. La sentencia de divorcio acuerda otorgar la guarda y custodia a la demandada, y contra dicho pronunciamiento se alza el apelante insistiendo en que debe serle otorgada a él, después de interesar la nulidad de actuaciones desde el momento anterior al acto de la vista a fin de que el mismo pudiera contestar a la , que él entiende, demanda reconvenional. El Ministerio Fiscal se opuso a sendos recursos.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al primero de dichos recursos, alega el apelante fundamentalmente, que se dictó con infracción del principio de audiencia , lo que la hace nula de pleno derecho. Pues bien, no podemos aceptar tal argumentación toda vez que el juez de instancia adoptó tal medida al amparo de lo dispuesto en el art. 134 CF . Es más, como ya se decía en el Auto de esta Sala de 21-6-2005 , así como la resolución recaída en el rollo 173-2005, se plantea en este recurso la problemática sobre la ejecución de las medidas derivadas de una separación matrimonial , de divorcio, o de menores que no es firme, --la sentencia de divorcio dictada en mismo día de la resolución que se examina fue recurrida -- problemática que la Ley 1/2000 de 7 de enero no ha resuelto de una forma clara. Para determinar si son ejecutables las medidas adoptadas en una sentencia de nulidad, separación o divorcio, o de menores, que han sido objeto de recurso de apelación, hay que tener en cuenta el art. 525 LEC y el art. 774,5 LEC invocados respectivamente por el recurrente y el juez de instancia.

El art. 525 establece que no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: "las sentencias dictadas en procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regule las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas son lo que sea el objeto principal del proceso".

El art. 744,5 LEC, ubicado dentro del Capítulo IV del Título I del Libro IV:"De los procesos matrimoniales y de menores" establece que:"Los recursos que conforme a la Ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en esta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio". Dicho precepto, si nos atenemos a su tenor literal, impone la eficacia directa de las medidas acordadas en la sentencia, de manera que son ejecutables directamente, aunque se haya interpuesto contra la sentencia recurso de apelación y entra en clara contradicción con el tenor literal del art. 525 LEC que deniega a estas sentencias la ejecución provisional salvo en los pronunciamiento que regulan las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.

La necesaria conciliación entre ambos preceptos impone una interpretación sistemática de los mismos. El art. 774,5 cuyo apartado quinto , como hemos visto, excluye del efecto suspensivo del recurso a las medidas adoptadas en la sentencia, relaciona en su apartado cuarto las medidas que debe contener la misma, que son: "las que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna".

Estas medidas -las relativas a los hijos, vivienda, cargas y disoluciónson directamente ejecutables desde el momento en que se dicta la sentencia, resultado de aplicación, no las previsiones de los arts. 524 y ss LEC , sino las de los arts. 538 y ss. Las demás medidas, como las relativas a la pensión compensatoria, indemnización por nulidad del matrimonio o compensación por desequilibrio patrimonial regulado en el CF, se encuadran dentro de los pronunciamientos que regulan las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea el objeto principal del proceso, a que se refiere el art. 525 LEC que es susceptible de ejecución provisional, debiendo seguirse los trámites establecidos en dicho precepto y en los siguientes para su ejecución, con la consecuencia prevista en la LEC, arts. 532 y 533 , en caso de confirmación o revocación de la sentencia, en

cuyo supuesto la ley procesal prevé la devolución de las cantidades abonadas, devolución que es perfectamente coherente en el caso de pensiones o indemnizaciones compensatorias, pero no lo es sin embargo, en el caso de pensiones alimenticias, por el propio carácter y naturaleza esencialmente consumible de las mismas y la imposibilidad de su devolución, resultando también por este motivo más lógico, que las medidas relativas a los hijos sean ejecutables de forma definitiva y no provisional.

TERCERO.- En cuanto al recurso formulado contra la sentencia de divorcio, el primer motivo debe ser desestimado dado que la providencia por la que se tuvo por contestada la demanda y se señalaba día para el acto de la vista de fecha 9-6-2006 no fue recurrida y ninguna mención a la cuestión planteada se formuló en el acto de la vista, deviniendo extemporánea la pretensión que se resuelve.

Entrando en el fondo, la cuestión de la guarda y custodia, ciertamente puede calificarse de kafkiana la situación creada desde el auto de medidas provisionales. Dicha resolución otorga a la madre la guarda y custodia, la sentencia de separación al padre, la sentencia de esta Sala de 9-6-2006 confirma dicha resolución, y la sentencia de divorcio de la vuelve a otorgar a la madre. Pues bien, manifiesta el apelante que interesó la ejecución provisional de la sentencia de separación, y así consta al folio 128; ahora bien, al haberse dictado la misma por el Juzgado de Primera instancia 4 de los de Vic, y tramitándose el divorcio en el número 2, desconocemos cual fuera la causa de la supuesta denegación, por lo que poco más podemos decir sobre el particular. Lo cierto es que por lo que fuere las resoluciones acordando la guarda y custodia al padre no fueron ejecutadas, habiendo estado desde siempre la menor bajo la guarda de la madre. Así las cosas, la sentencia recurrida la otorga a ésta, decisión que debemos mantener a la vista del informe del SATAV de 31-1-2008 que esta Sala solicitó sobre el particular. Del mismo se desprende: en cuanto al apelante, que en su proyecto no valora la necesidad de la hija respecto a la relación con la madre, alegando que cuando está con él no la pide; dificultad de aplicación de límites a determinadas conductas de la menor; puede describir de forma general las necesidades de la misma, pero no puede concretar aspectos específicos, y aunque conoce sus necesidades y gustos, no puede definir sus necesidades emocionales; como padre, actualmente, sus capacidades de educación están más concentradas en el ámbito lúdico. En lo que respecta a la madre, que ha tenido otro hijo, sí conoce las necesidades de su hija, tiene capacidad para cubrirla emocionalmente, para educarla y garantizar su proceso de socialización; escucha sus opiniones, potencia la creación de espacios de autonomía tendiendo a ejercer un estilo educativo permisivo y flexible basado en potenciar las capacidades de la menor; emocionalmente estable, adaptada y madura. La hija tiene un fuerte vínculo afectivo con ella, en tanto escasa presencia vincular afectiva de la figura paterna. En el colegio tiene buen rendimiento en todas las áreas, y los servicios externos del mismo expresan que las funciones maternas de cuidado siempre han sido adecuadas, no constando ningún indicador de riesgo por negligencia por parte de la atención de la madre ni de su nueva relación. Valora en definitiva que la madre destaca en el conocimiento de las necesidades afectivas de la hija y en priorizar las necesidades de la misma frente a las propias, y aunque no se prevén modificaciones significativas en la situación de la niña con un cambio en la figura guardadora, concluye que no consta ningún indicador de las circunstancias personales y familiares de la misma que haga necesario un cambio en la guarda y custodia, aunque podría valorarse la posibilidad de ampliar las visitas con el objetivo de intensificar la relación padre-hija. En estas circunstancias entendemos que no es procedente el cambio que se solicita, por lo que debemos confirmar el pronunciamiento impugnado, si bien, ampliando las visitas en la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.

CUARTO.- Dada la resolución que se adopta no procede hacer especial declaración sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Gustavo, contra el auto de 20-11-2006 y la sentencia de fecha 12-9-2006, dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia 2 de los de Vic,

debemos revocar y revocamos la expresada resolución únicamente en el sentido de que el régimen de visitas del día intersemanal se extenderá hasta la entrada al colegio el día siguiente, confirmando los demás extremos de la misma, ello sin que proceda hacer especial declaración sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-

Barcelona, en la misma fecha. En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.