



Roj: **SAP VI 1080/2023 - ECLI:ES:APVI:2023:1080**

Id Cendoj: **01059370012023101023**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2023**

Nº de Recurso: **692/2023**

Nº de Resolución: **1107/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PABLO TORRALBA LIZASOAIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA N.º 001107/2023**

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

Presidenta

D<sup>ª</sup>. Maria Mercedes Guerrero Romeo

Magistrados

D. Iñigo Madaria Azcoitia

D. Pablo Torralba Lizasoain

En Vitoria-Gasteiz, a 20 de septiembre del 2023.

La Sección 1<sup>ª</sup> de la Audiencia Provincial de Araba/Álava, constituida por los/as Ilmos/Ilmas. Sres./Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Familia. Modificación medidas supuesto contencioso 0001344/2021 - 0 del Juzgado de Primera Instancia N<sup>º</sup> 8 de Vitoria-Gasteiz, a instancia de D. Marco Antonio , apelante, representado por la procuradora D.<sup>ª</sup> CARMEN CARRASCO ARANA y defendido por la letrada D.<sup>ª</sup>MARIA ISABEL AÑON LESAGA, contra D.<sup>ª</sup> Melisa , apelada, representada por la procuradora D.<sup>ª</sup> ISABEL GOMEZ PEREZ DE MENDIOLA y defendida por la letrada D.<sup>ª</sup>ANA ARRAZOLA GOMEZ, con intervención del MINISTERIO FISCAL en la representación pública que ostenta; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia n<sup>º</sup> 44/23 dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 19/04/23, y siendo Ponente D. Pablo Torralba Lizasoain.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>º</sup> 8 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia n<sup>º</sup> 44/23 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

" Que **ESTIMANDO COMO ESTIMO ESENCIALMENTE** la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Gómez, en nombre y representación de D<sup>ña</sup>. Melisa , y **DESESTIMANDO COMO DESESTIMO** la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Carrasco, en nombre y representación de D. Marco Antonio , **DEBO ACORDAR Y ACUERDO** la modificación de la sentencia n<sup>º</sup> 536/2016, de 24 de octubre de 2016, dictada por este Juzgado y revocada parcialmente por la Sentencia n<sup>º</sup> 269/2017, de fecha 31 de mayo de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Álava , en los siguientes términos:

1.- Atribuir la guarda y custodia del hijo menor a favor de la madre.

2.- Régimen de visitas a favor del padre, progenitor no custodio. Previamente al establecimiento de un régimen de visitas normalizado entre padre e hijo, es preciso que la relación entre ambos se reconduzca y se reconstruya el vínculo paterno-filial de una manera positiva y sana, y dado que las partes por sí mismas no han sido capaces de



*llevar a cabo dicha labor, se estima que es necesario la intervención de profesionales en esta unidad familiar para que determinen cuál es la terapia más adecuada a la problemática existente y con ello solventar las dificultades detectadas y poder reestructurar las relaciones paterno-filiales. Por ello, se acuerda la derivación de la unidad familiar a los servicios sociales del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz a los efectos acordados y una vez que el programa evolucione positivamente, los contactos entre padre e hijo serán los que ellos libremente acuerden, y ello, en atención a la edad del menor.*

*Todo ello, sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar el menor y su padre.*

*3.- Pensión de alimentos: D. Marco Antonio abonará en beneficio de sus hijos, en concepto de pensión de alimentos, la cantidad de 800 euros mensuales (400 euros/mes por hijo). Dicha pensión de alimentos se abonará dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que la madre designe y se incrementará cada año conforme las variaciones que experimente el IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya, siendo la primera actualización en el mes de enero de 2024.*

*En relación con los gastos extraordinarios, se establece que los mismos sean abonados al 50%. Se considera como gasto extraordinario, dicho sea con una enumeración indicativa pero no exhaustiva: Gastos médicos en la medida en que no sean cubiertos por el Sistema público de salud o, en su caso, el seguro privado concertado que tengan los progenitores, tales como gastos médico-farmacéuticos, psicólogo, logopeda, oculista, material óptico, ortodoncia, prótesis ortopédicas, etc. Gastos de matrícula universitaria o formación profesional en la parte no cubierta por el sistema de becas. Gastos de estancia y transporte de los hijos cuando cursen sus estudios fuera de su localidad. Actividades deportivas, académicas, extraescolares, campamentos, cursos de verano y viajes que realicen los hijos al extranjero, con la finalidad de aprender idiomas u otras materias que tengan relación con sus estudios, sin perjuicio de que éstos necesitarían acuerdo previos de ambos progenitores. Y cualesquiera otros que los progenitores estén de acuerdo y se comuniquen previamente.*

*4.- Decisiones relativas a la patria potestad:*

*a) Se acuerda atribuir a la madre el ejercicio de la patria potestad para que pueda empadronar en su domicilio a su hijo menor Ceferino .*

*b) Procede atribuir a la madre la faculta de decidir el centro educativo en el que curse el menor Ceferino el curso escolar 2023/2024.*

*Líbrense los correspondientes oficios a los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.*

*Todo ello sin hacer todo ello sin hacer especial pronunciamiento en relación a las costas procesales."*

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación de **D. Marco Antonio** recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 23/05/23 dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones presentado la representación de **D<sup>a</sup> Melisa** escrito de oposición al recurso planteado de contrario y por el **MINISTERIO FISCAL** escrito de fecha 26/05/23 interesando la desestimación el recurso de apelación , y elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 22/06/23 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia a la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Mónica Basurto Garrido y por resolución de fecha 26/07/23 se señaló para deliberación, votación y fallo el 19/09/23, asumiendo la ponencia del presente rollo el Ilmo. Sr. Magistrado D. Pablo Torralba Lizasoain.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.- Régimen de visitas del menor en favor del padre.**

El primer motivo del recurso de apelación formulado por la representación procesal del Sr. Marco Antonio ataca el fundamento de la sentencia en virtud del cual se decide no establecer un régimen de visitas entre el padre (ahora recurrente) y el hijo menor, acordándose la intervención de profesionales de la Unidad Familiar de los servicios sociales del Ayuntamiento de Vitoria con el fin de que lleven a cabo una terapia por la cual se reestablezca la relación paterno-filial, la cual se encuentra absolutamente rota en la actualidad. Sostiene la resolución recurrida que, teniendo en cuenta la avanzada edad del menor, cuando se observe el programa evolucione positivamente, padre e hijo reanudarán libremente los contactos-



Frente a la anterior decisión considera el recurrente que, habiéndose aquietado al pronunciamiento de la sentencia relativo a que la guarda y custodia sobre el menor se le atribuya en exclusiva a la madre, debe de establecerse un régimen de visitas del menor con el progenitor no custodio de fines de semana alternos y mitad de periodos vacacionales.

El motivo va a ser estimado.

La redacción del párrafo equivalente al actual *artículo 90.3 del CCiv, anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio*, expresaba lo siguiente: "Las medidas que el Juez adopta en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias"

Tras la citada reforma, el artículo 90.3. del CCiv dispone lo siguiente: "Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges".

Como puede observarse, el concepto de alteración sustancial de circunstancias ha dejado paso a la expresión: "cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges".

La transcrita redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero si cierto ( STS 346/2016, de 24 de mayo).

En este motivo, el recurrente considera cierto el dato contenido en la Sentencia relativo a que desde septiembre de 2021 (es decir, desde hace dos años) la relación es prácticamente inexistente. Pues bien, teniendo en cuenta que el menor tiene en la actualidad dieciséis años de edad considera la Sala que supeditar la fijación de un régimen de visitas con su progenitor paterno a las resultas de un programa ejercido por profesionales del Ayuntamiento puede llevar a la indeseable consecuencia de que el menor alcance la mayoría de edad sin haber tenido contacto alguno con su padre durante años. Además, a la vista de que se venía desarrollando una custodia compartida, consideramos drástica la decisión de no atribuir ningún tipo de visitas a un progenitor que, insistimos, hasta el dictado de la Sentencia recurrida, disfrutaba de una custodia compartida, máxime cuando no se observa ningún motivo grave y de peso (puesto que las discusiones de convivencia y el enfriamiento de la relación no merecen estos calificativos) para suprimir todo tipo de visitas. Y sin que la fijación de un régimen de visitas de mínimos sea incompatible con la decisión del Juzgado de que padre e hijo acudan a una terapia con profesionales.

Por lo expuesto, se estima el motivo de apelación, acordándose atribuirle al Sr. Marco Antonio el derecho a estar con su hijo menor Ceferino, fines de semana alternos desde la tarde del viernes hasta la tarde del domingo, así como la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, y dada la avanzada edad del menor consideramos que deberá ser él junto con su padre quienes organicen los periodos vacacionales para dar cumplimiento a esta resolución.

#### **SEGUNDO.- Sobre la solicitud de extinción de la pensión de alimentos en favor del hijo mayor de edad.**

El segundo motivo del recurso combate la decisión de la Sentencia de instancia consistente en no declarar extinguida la pensión de alimentos en favor del hijo mayor de edad, Humberto. Mantiene la parte recurrente que, desde el pasado mes de septiembre de 2021, por decisión unilateral de Humberto, este ha dejado de tener contacto con su padre, lo que además ha arrastrado a que la relación entre el hijo menor de edad, Ceferino, y su progenitor paterno también sea prácticamente inexistente. Por este motivo, la decisión de la juzgadora de instancia consistente en mantener la pensión de alimentos en favor del hijo mayor de edad, infringe la doctrina establecida por la STS de 19 de febrero de 2019, en la que, aplicando de manera flexible la causa de desheredación prevista en el artículo 853.1ª CC, en relación con el artículo 152.4º del mismo cuerpo normativo, se declara la extinción que debe del derecho de alimentos de aquel hijo mayor que por causa imputable exclusivamente a este no mantenga relación alguna con el progenitor alimentante.

La Sentencia de instancia sostiene en este punto: "En el que caso que nos ocupa es indiscutida la ausencia de relación entre padre e hijo desde el mes de septiembre de 2021; sin embargo, no podemos afirmar de forma taxativa que esa falta sea imputable de forma principal y relevante al hijo. Efectivamente, el hijo Humberto manifestó que durante el tiempo que estuvo conviviendo con su padre, la relación entre ellos era escasa, no empatizaba emocionalmente con él y no le prestaba la ayuda que demandaba, y que una vez que adquirió la mayoría de edad, comentó a su padre su voluntad de irse a vivir con su madre y pasar temporadas con él, como era el hecho de ir a comer todos los días y pasar los fines de semana alternos, a lo que su padre le contestó



que no era una niñera y que no fueran los fines de semana a estar con él, puesto que no era lo acordado en la Sentencia. Así pues, el hijo alegó que, ante dicha contestación de su padre, interpretaba que les estaba como repeliendo.

Por otra parte, el hijo Humberto manifestó que nunca se había sentido apoyado por parte de su padre en el tema referentes a los estudios, así como en la enfermedad que padecía, y que cuando había solicitado su ayuda o comprensión, no se la dio. Así mismo, alegó que estaba enfadado con su padre por no respetar sus decisiones y no empatizar emocionalmente con él, pero que sí quería mantener el contacto con él, pero previamente era preciso un perdón por parte de su padre. Además de ello, señaló que sí que mantenía contacto telefónico con su padre, pero que, el interés mostrado por su padre no era tal, puesto que tampoco actuaba para reconducir la relación.

En consecuencia, en el caso de autos no ha resultado acreditado de forma indubitada que la falta de relación entre el padre y el hijo sea imputable de forma principal y relevante al hijo, que sería la razón justificativa para la extinción de la pensión de alimentos tal y como apuntaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes señalada. Por lo tanto, procede desestimar las pretensiones del Sr. Marco Antonio a este respecto".

Frente a la anterior argumentación critica el apelante el que la sentencia le haya otorgado plena credibilidad a la testifical prestada por el hijo Humberto , cuando existen pantallazos de DIRECCION000 y de llamadas perdidas que acreditan que es Humberto quien no quiere hablar con su padre.

Esta Sala, después de haber visto la declaración testifical prestada por Humberto , así como los pantallazos de DIRECCION000 y llamadas perdidas que acompañan a la demanda acumulada del ahora apelante, así como las aportadas junto al escrito de contestación a la demanda presentado por la ahora apelada y el informe psicosocial elaborado por los técnicos profesionales del Juzgado, considera correcta la decisión de la juzgadora a quo. En este sentido, en el recurso de apelación se alude interesadamente a unos mensajes de DIRECCION000 referidos a un periodo de tiempo muy concreto (septiembre a noviembre de 2021). Sin embargo, como señala la parte apelada,(y aporta capturas de pantalla al documento 8 de la contestación, folio 410 del tomo II), existe un mensaje por el que el 18 de diciembre de 2021 Humberto le reprocha a su padre las mismas cuestiones a las que hizo referencia en su testifical prestada en el Juzgado, cuales son principalmente la falta de apoyo paterno en sus decisiones, así como que el recurrente no aceptase la propuesta de que Humberto y su hermano estuviesen con su padre todos los días a la hora de comer. También el informe psicosocial (folios 541 y ss. del tomo III) pone de relieve que Humberto y Ceferino han intentado consensuar un régimen de visitas con el apelante y que este se ha negado a alcanzar algún tipo de acuerdo en este punto.

Todo lo expuesto sirve para concluir que el distanciamiento y enfriamiento en la relación habida entre el recurrente y su hijo Humberto no ha imputable en exclusiva a la conducta de este último, sino que, como mínimo, tiene su causa en decisiones achacables a ambos. La STS de 19 de febrero de 2019, a la que se hace referencia tanto la Sentencia recurrida como en el recurso de apelación, señala que es "de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo". Por lo expuesto, este motivo de apelación también va a ser desestimado.

### **TERCERO.- Importe de las pensiones de alimentos.**

En cuanto a la pensión de alimentos, la Sentencia recurrida establece el importe de 800 euros mensuales (a razón de 400 euros mensuales por cada hijo). Se alza el recurrente contra este pronunciamiento al entender que se ha valorado erróneamente la prueba sobre sus ingresos, ya que en el año 2021 sus ingresos netos ascendieron a 44.404,50 euros, ya que a los ingresos brutos se les deben de restar las retenciones y gastos de autónomo. La juzgadora de instancia entendió que los ingresos percibidos por el recurrente en ese año fueron de 59.337,68 euros (4.944,81 euros mensuales). A la vista de la información fiscal remitida por la Hacienda alavesa (folio 599) consideramos que le asiste razón, en parte, al recurrente, en tanto en cuanto, si al importe de ingresos brutos de 2021 se le restan la retención y los gastos nos arroja una cuantía de 44.404,50 euros; si bien a este importe se le debe sumar el ingreso íntegro exento (con estos términos consta en la declaración) de 3.664,08 euros, lo que arroja un total de 48.068,58 euros. Si este importe se divide en 12 mensualidades obtenemos unos ingresos mensuales de 4.005,72 euros. También debemos considerar acreditado, a la vista de este documento de declaración de la renta, la titularidad del Sr. Marco Antonio de un préstamo por el bien inmueble que asciende a 169.573 euros, el cual no consta que haya sido totalmente amortizado, y por el que, según señala el recurrente mantiene que abona una cuota mensual de 856 euros; no consideramos ilógico el que la cuota ascienda a este importe a la vista de la información que sobre este préstamo consta en la declaración de la renta del recurrente (folio 601).

En cuanto a los ingresos percibidos por la apelada, se acepta la valoración que ha llevado a cabo la Sentencia recurrida (que viene a decir que percibe ingresos mensuales por importe de 2.728 euros); en cuanto a las



cargas, debemos de matizar que, tal y como señala la parte recurrente, si la cuota mensual que la Sra. Melisa abona por un préstamo destinado a la adquisición de vivienda junto con su actual pareja y el importe total de dicha cuota asciende a 638,32 euros al mes, entendemos que la carga real que este préstamo supone a la apelada es de 319,16 euros mensuales.

Sentado lo anterior, la Sentencia dictada por esta Audiencia el 31 de mayo de 2017, conociendo en grado de apelación el divorcio contencioso de las partes, estableció la obligación de que el padre y la madre aportasen a una cuenta común la suma de 200 euros mensuales cada uno para atender a los gastos de colegio, comedor, ropa y otros necesarios. En aquel entonces los ingresos mensuales del ahora recurrente eran algo superiores a 2.200 euros mensuales, mientras que los de la apelada era superiores a 3.000 euros mensuales. Por lo demás, aunque el recurrente discuta algunos gastos de los menores, podemos señalar que las necesidades de estos no han sufrido modificaciones relevantes (pues ambos continúan cursando estudios, careciendo de ingresos económicos), mientras que sus sí se han visto ostensiblemente incrementados (son superiores a los que percibía en 2017, a pesar del préstamo al que debe de hacer frente) y no pudiendo tampoco obviarse que el cambio en el régimen de guarda y la ausencia de visitas con sus hijos determina necesariamente el que vaya a ser la madre la que asuma todos los gastos de manutención de los hijos (al convivir siempre con ella). Por ello, consideramos que, pese a que los ingresos del Sr. Marco Antonio sean algo inferiores a los que determinó la Sentencia apelada, la fijación de la pensión de alimentos en el importe total de 800 euros mensuales (a razón de 400 euros por cada uno de los hijos) resulta proporcional y ajustada a los ingresos y cargas de ambas partes.

Por todo lo expuesto, se desestima este motivo de apelación.

#### **CUARTO.- Costas.**

La estimación parcial del recurso de apelación comporta el que no se haga expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a ninguna de las partes ( art. 398 LEC), manteniendo igualmente el pronunciamiento que sobre las costas de la primera instancia lleva a cabo la resolución recurrida.

Vistos los artículo citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

#### **FALLAMOS**

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales Sra. Carrasco Arana en representación de DON Marco Antonio , contra la Sentencia 44/2023 de 19 de abril dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Vitoria, de la cual **REVOCAMOS** el pronunciamiento relativo a no fijar régimen de visitas alguno en favor del Sr. Marco Antonio para con su hijo menor de edad, Ceferino , y en consecuencia, **SE ACUERDA:** atribuir al Sr. Marco Antonio el derecho a estar con su hijo menor Ceferino , fines de semana alternos desde la tarde del viernes hasta la tarde del domingo, así como la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, debiendo organizarse entre ambos para fijar los concretos periodos en los que dentro del periodo vacacional darán cumplimiento a las visitas establecidas en la presente resolución. **Se mantienen el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida** (incluida la decisión de que el Sr. Marco Antonio y el menor Ceferino acudan a una terapia con profesionales).

Sin hacer pronunciamiento expreso sobre las costas causadas en esta segunda instancia.

Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LEC).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del TS por alguno de los motivos previstos en la LEC. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Si el recurso de casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma y el estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución, corresponderá conocer a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ( art.478.1. 2º LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que



este tribunal tiene abierta en el BANCO SANTANDER con el número **0008-0000-01-0692-23**. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos ( DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.**

**Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.**

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.