



Roj: SAP M 11447/2015 - ECLI:ES:APM:2015:11447
Id Cendoj: 28079370222015100736
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 22
Nº de Recurso: 1558/2014
Nº de Resolución: 751/2015
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA DEL PILAR GONZALVEZ VICENTE
Tipo de Resolución: Sentencia

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0201438

Recurso de Apelación 1558/2014

Órgano Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid

Autos de Modificación Medidas Definitivas 760/2013

APELANTE: D. Estanislao

PROCURADOR: D. PEDRO MORENO RODRÍGUEZ

APELANTE: Dña. Gema

PROCURADORA: Dña. MARÍA IRENE ARNES BUENO

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente

SENTENCIA Nº 751/2015

Magistrados:

Ilmo. Sr. Don Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. Don Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente

En Madrid, a treinta y uno de julio de dos mil quince.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de Modificación de Medidas Definitivas, bajo el nº 760/13, ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid, teniendo como partes:

De una, como apelante, don Estanislao , representado por el Procurador don Pedro Moreno Rodríguez.

De otra, también como apelante, doña Gema , representada por la Procuradora doña María Irene Arnés Bueno.

Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Visto, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de julio de 2014, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Estanislao contra Dña. Gema , e igualmente las pretensiones sobre cambio de custodia y régimen de estancias deducidas por la demandada en el escrito de contestación a la demanda, debo declarar y declaro

no haber lugar a modificar las medidas definitivas contenidas en el convenio regulador de efectos del divorcio de 7 de julio de 2006 aprobado por la Sentencia de divorcio 19 de septiembre de 2006 , dictada por este Juzgado en los autos de divorcio de mutuo acuerdo núm. 686-2006, modificadas por la sentencia dictada por este juzgado con fecha 28 de julio de 2008 en los autos de modificación de medias núm. 1250/2007 y por las contenidas en la sentencia des este mismo juzgado de 20 de diciembre de 2011 , recaída en los autos de modificación de medias seguidos ante el mismo bajo el nº 1213/2010.

No procede imponer las costas de esta primera instancia a ninguna de las partes.

Al notificar esta sentencia a las partes hágaseles saber que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 455 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra la misma podrá interponer, ante este juzgado, en el plazo de veinte días, recurso de apelación, que no suspenderá la eficacia de las medidas acordadas, para cuya admisión será necesaria la previa constitución de depósito por la cantidad de 50 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este juzgado, a excepción del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos. Conocerá del recurso la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Así por esta mi sentencia, cuyo original se llevará al Libro de Sentencias dejando testimonio en autos, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronunció, mando y firmo."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Estanislao y de doña Gema , exponiéndose en sus escritos presentados las alegaciones en las que basaban su impugnación.

De dichos escritos se dio traslado a las contras partes, presentándose por ambos litigantes y por el Ministerio Fiscal, escritos de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para vista el día 16 de julio del presente año. En dicho acto se practicaron las pruebas admitidas, y los Letrados de las partes hicieron cuantos alegatos estimaron pertinentes en apoyo de sus respectivas pretensiones.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de doña Gema demandada-apelante, se presenta recurso de apelación contra la sentencia de modificación de medidas de divorcio de 4 de julio de 2014, que desestima íntegramente la demanda, y la petición de cambio de custodia y estancias de las menores, y declara no haber lugar a modificar las medidas contenidas en el convenio regulador de 7 de julio de 2006, aprobado en la sentencia de divorcio de 19 de septiembre de 2006 , en los autos nº 686/2006, modificada por la sentencia de fecha 28 de julio de 2008, en los autos de modificación de medidas nº 1250/2007, y por las medidas contenidas en la sentencia de 20 de diciembre de 2011, seguidas con el nº 1213/2010, ambas del mismo Juzgado, sin imponer las costas de la instancia a ninguna de las partes.

La parte recurrente solicita que se proceda a modificar la sentencia recurrida, en cuanto que se acuerde revocar la guarda y custodia compartida de las dos hijas menores, y se acuerde la guarda exclusiva para la madre, estableciéndose un régimen de visitas según la autonomía y deseo de Ángela y de Estibaliz , teniendo en cuenta su edad actual, alega como motivos del recurso, primero, infracción del art 92 CC y de los Principios defienden el interés del menor; segundo, haberse acreditado el deseo de las menores de no seguir el régimen de custodia compartida tercero, error en la valoración de la prueba; cuarto, vulneración de los artículos 91 92 , y 94 CC y del principio bonus filii; quinto, procedencia de la modificación de régimen de custodia compartida.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia, y se opone al recurso, considerando la sentencia conforme a Derecho, tanto desde la perspectiva de la valoración de la prueba como de la aplicación de la normativa legal y jurisprudencia aplicable, no apreciando razones de importancia que, en su interés justifiquen el cambio de sistema de guarda, ni circunstancias distintas de ls que ya existían cuando se adoptó la resolución que se pretende modificar y ello sin perjuicio de la flexibilidad que por parte de los padres debe haber en la relación con sus hijas por la edad de la mismas.

Conferido traslado a la contraparte, contesta al recurso en todos sus términos, interesa se conforme la resolución dictada, en todas sus partes, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de don Estanislao , demandante-apelante, se presenta recurso de apelación contra la sentencia de modificación de medidas de divorcio de 4 de julio de 2014, que como ya hemos puesto de manifiesto, desestima íntegramente la demanda, y la petición de cambio de custodia y estancias de las menores, y declara no haber lugar a modificar las medidas contenidas en el convenio regulador de 7 de julio de 2006, aprobado en la sentencia de divorcio de 19 de septiembre de 2006 , en los autos nº 686/2006, modificada por la sentencia de fecha 28 de julio de 2008, en los autos de modificación de medidas nº 1250/2007, y por las medidas contenidas en la sentencia de 20 de diciembre de 2011, seguidas con el nº 1213/2010, ambas del mismo Juzgado, sin imponer las costas de la instancia a ninguna de las partes.

La parte recurrente impugna los pronunciamientos, de falta de conceptualización del pago del alquiler de la vivienda; la cuantía de la pensión de alimentos por no haberse disminuido, alegando error en la valoración de la prueba; la no reducción de la pensión compensatoria, alegando que no existe cosa juzgada, además de error en la valoración de la prueba, la condena en costas. Solicita que se dicte sentencia que sustituya la dictada, por otra más acorde con lo solicitado en la demanda.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia, y se opone al recurso, considerando la sentencia conforme a Derecho, tanto desde la perspectiva de la valoración de la prueba como de la aplicación de la normativa legal y jurisprudencia aplicable.

Conferido traslado a la contraparte, contesta al recurso se opone en todos sus términos, interesa se conforme la resolución dictada, en los extremos recurridos, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

TERCERO.- Modificaciones de medidas.

El artículo 90 penúltimo párrafo del Código Civil , establece que las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El artículo 91 último párrafo que "Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias". Se completa la normativa de la modificación de las medidas acordadas en sentencia con el art. 775 de la Ley Procesal Civil , que dispone "los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas".

La STS de 27 de junio de 2011 , recoge la ya pacífica interpretación doctrinal y judicial, para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente, requiriendo la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.

Como se reitera por la jurisprudencia de esta Sala, solo se pueden dejar sin efecto o modificar, cualitativa o cuantitativamente, las medidas complementarias establecidas en una sentencia firme de separación, divorcio o nulidad, en aquellas hipótesis en que las circunstancias determinantes de la originaria adopción de los efectos complementarios hayan experimentado un cambio sustancial, y expresamente se prevé por el legislador, incluso en los supuestos en que las mismas se acordaron de mutuo acuerdo por las partes, mediante convenio regulador, como se prevé en el artículo 90 del Código Civil , que recoge en materia de familia y menores la libertad de acuerdos entre las partes (art. 1255 del CC), con un importante requisito, para que sean válidos han de ser aprobados judicialmente.

Con carácter general no podemos olvidar que como se reitera por la jurisprudencia de esta Sala, que solo se pueden dejar sin efecto o modificar, cualitativa o cuantitativamente, las medidas complementarias establecidas en una sentencia firme de separación, divorcio o nulidad, en aquellas hipótesis en que las circunstancias determinantes de la originaria adopción de los efectos complementarios hayan experimentado

un cambio o alteración sustancial, cuya prueba le corresponde al demandante de la modificación, a tenor de lo dispuesto en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

CUARTO.- El interés de las menores.

Con carácter general las medidas en relación con el cuidado, la modalidad de la custodia y de la corresponsabilidad parental, las estancias y relaciones de las hijas menores de edad, se han de adoptar siempre en beneficio e interés del menor, principio del *bonus filii*, o del interés del menor, que ha de prevalecer en las medidas que se acuerden ya sea por las partes, en los supuestos de un acuerdo, o por solución judicial, principio que al no estar definido en nuestra legislación, ha de ser valorado teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en cada familia y que resulten acreditadas, para acordar un régimen concreto. Principio que se pone de manifiesto la STS de 29 de junio de 2012 , en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor , en consonancia con el artículo 39.2 de la Constitución Española , el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 20 de noviembre de 1989, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en su resolución A3-0172792; en el Convenio de la Haya , relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE 2-12- 2010), entre otros instrumentos internacionales; y en materia sustantiva, entre otros, en los arts. 91 , 92 , 93 , 94 , 156 , 158 todos del CC .

En la Observación General nº 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3, párrafo 1, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62ª periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), entre los elementos que deben de tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño, destaca: a) la opinión del niño, b) la identidad del niño, c) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, en cuyo p. 67 establece << "El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso">>.

La jurisprudencia del TS, sentencia entre otras, de 19 de julio 2013 , manifiesta que ha de primar el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.

De manera reiterada la jurisprudencia del TS pone de manifiesto la necesidad de que las medidas de custodia se fundamenten en el interés de los menores, así entre otras, la STS 2 de julio de 2014 , que expresamente recoge: << "la interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se debe tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 : <<"debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"(STS 25 de abril de 2014)">>

Partiendo de la anterior doctrina y jurisprudencia procede examinar por esta Sala los hechos y circunstancias que concurren y las medidas que se han de adoptar, en base a lo dispuesto en los arts. 1 , 92 , 94 del CC en interés de las hijas menores Ángela y Estibaliz de 15 y 13 años en la actualidad, si bien este mismo año cumplirán los 16 y 14 años respectivamente.

Conviene poner de manifiesto que en primera instancia se ha practicado prueba pericial psicosocial y que en segunda instancia se ha procedido a la audiencia de las menores, por el Ministerio Fiscal, y la Magistrado ponente, en presencia de la Secretaria Judicial, y que respetando su derecho a la intimidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 de la LOPM 1/96, dada la situación de conflictividad existente entre las partes, no se han recogido todas sus manifestaciones, sin perjuicio de dar una información breve y real de lo transmitido por cada una de ellas en la vista de segunda instancia; los progenitores, en esta situación de conflicto, deben procurar el interés de las menores y el respeto a su personalidad, sin utilizarlas ni ponerlas en una situación electiva, con el consiguiente conflicto de lealtades que a las mismas le produce la situación actual, y ello pese a la edad de las mismas.

QUINTO.- Motivos del recurso. Infracción legal del art. 92 y concordantes del CC y del principio de bunos filii, deseo de las menores, y error en la valoración de la prueba.

Se insiste por la recurrente, en que las menores de manera firme, manifiestan a su madre en el cambio de custodia compartida; en que la medida pactada de custodia compartida adoptada por acuerdo de 20-12-11, y aprobado en la sentencia de modificación de medidas del procedimiento nº 1213/2010, no ha supuesto un beneficio para las menores; y que la actitud del padre ha sido perjudicial para las hijas, porque las está afectando de manera negativa en el ámbito psicológico; por todo ello las menores se lo han solicitado a su madre. S alega también una falta de coherencia en el Informe pericial, un alejamiento de las menores con el padre, una presión psicológica del padre con sus hijas, y una mejor relación con su madre

Para resolver sobre las medidas de custodia, se ha de estar siempre a buscar la modalidad que se estime más beneficiosa para los menores. En relación con la guarda y custodia compartida, se ha de estar para su valoración, aplicación, y mantenimiento a los valores puestos de manifiesto por la Jurisprudencia del TS, entre otras en la sentencia de 3 de abril de 2014 , y la de 25 de abril de 2014 , con referencia a la de 29 de abril de 2013 , como doctrina jurisprudencial: <<"debe de estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven">>. Concretando además la Sentencia de 29 de abril de 2013 , <<"el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea">>.

La guarda y custodia compartida, como se deduce de la reiterada jurisprudencia de la Sala Primera, se concibe además de cómo una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS 496/2011, de 7 julio ; 84/2011, de 21 febrero y 94/2010, de 11 marzo), y añade la STS de 19 de julio de 2013 , <<"Se prime al interés del menor y este interés, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, como de estos con aquel">>.

La STS de 25 de noviembre de 2011 , Señala que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

Respecto de las relaciones entre los progenitores, la STS de 22 de julio de 2011 , y sucesivas, ponen de manifiesto como <<"las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor">>.

De conformidad con en los artículos 92 y concordantes CC y la jurisprudencia del TS sobre la custodia compartida, valorada toda la prueba obrante, en especial interrogatorios de las partes, documental, pericial

psicosocial, y audiencia de las menores, no se aprecian que los motivos alegados por la recurrente, infrinjan el interés de las menores en la modalidad de custodia existente, en el grupo familiar; ni tampoco que exista una decisión clara y rotunda de cambio de modalidad de custodia, sin perjuicio de que las menores tengan mejor relación y mayor intimidad con su madre, lo que no es óbice para una custodia compartida, sin que se aprecie en absoluto, una opción psicológica del padre que perjudique a las menores.

No deben de olvidar los progenitores, que frente a las dificultades de ejercer la custodia compartida, como son los cambios de domicilio, o las dificultades para unificar criterios en cuestiones cotidianas, esta modalidad de custodia tiene indudablemente numerosas ventajas para las menores, y para los mismo padres, así pueden disfrutar de la presencia de ambos progenitores en su vida con normalidad, no siente que existan vencedores ni vencidos, sino que los dos padre les quieren, y les cuidan, ambas figuras parentales tienen presencia en la vida de las menores, por lo que pese a la ruptura de sus padres, le resulta al menor lo menor traumático y lo más cercano a su organización de vida anterior, ayudándole aceptar mejor la nueva situación y a evitar situaciones de pérdida de alguno de los dos progenitores. Los padres podrán seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la responsabilidad parental, participando en igualdad de condiciones en el desarrollo, la educación y la formación personal de sus hijas; equiparándose en mayor medida el tiempo libre disponible de los dos padres con las menores; ayuda a evitar situaciones de dependencia de los progenitores en relación con las hijas y de exceso de influencia en las mismas por parte de uno de los progenitores.

En el presente grupo familiar, ninguno de los progenitores ha sabido mantener al margen de su conflictiva situación personal y judicial, a sus hijas, proporcionándoles más información de la que deberían de tener, y fomentando como diferencias importantes situaciones o hechos, que carecen de la importancia o trascendencia, que se les quiere dar por la parte recurrente.

Las menores necesitan su espacio personal, que se respeten sus personalidades, y que no se les agobie ni con la situación en que se encuentran los procedimientos, ni con posibles cambios de modalidad de custodia, ni radicalizando posturas, porque aunque no se duda de la buena disposición de los padres, las hace sufrir, y con ello, se magnifican situaciones irrelevantes. Por todo ello no apreciándose ninguna de las causas alegadas, ni que la modalidad de custodia pactada sea perjudicial para los menores, ni que el padre tenga pésimas relaciones con sus hijas, ni que las perjudique psicológicamente, ni que exista un distanciamiento entre ellos, ni falta de coherencia en el Informe pericial psicosocial, que debe de ser valorado en su integridad, no puede estimarse el motivo del recurso; hay que tener en cuenta que esta Sala ha tenido oportunidad de valorar toda la prueba, practicar la que ha considerado necesaria y visionar el CD, por lo que aunque sin solución, de continuidad, considera la resolución adoptada en primera instancia lógica y acertada con la prueba obrante. Sin que se aprecie ninguna razón para la modificación de la medida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 775 LEC ni 90 y 91 CC ; si perjuicio de todo lo anterior, teniendo en cuenta que las hijas tienen 15 y 13 años en la actualidad, (este mismo año cumplirán los 16 y 14 años), los padres deberán de tener flexibilidad en sus relaciones con sus hijas.

El motivo debe decaer.

SEXTO.- Sobre la conceptualización del pago del alquiler de la vivienda como parte de la pensión alimenticia.

Alega la parte recurrente en su recurso, que no se ha abordado en la sentencia la solicitud hecha en la demanda de que fueran reconducidas todas las obligaciones de pago dinerario a cargo del demandante a consecuencia del divorcio a los conceptos civiles y consiguientemente fiscales de Pensión alimenticia y pensión compensatoria, sin tercer genero alguno, para poder beneficiarse sin coste alguno para la contraparte de las correspondientes deducciones o reducciones fiscales, hoy de imposible aplicación por el cambio legislativo habido.

Para dar respuesta a la petición formulada, se han de tener en cuenta los siguientes antecedentes:

Con fecha 19 de septiembre de 2006, se dictó sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, aprobando el convenio regulador de fecha 7 de julio de 2006, en los autos nº 686/2006, establece entre otros acuerdos, en la estipulación tercera el uso del domicilio familiar, propiedad privativa del esposo a las menores y a la madre, añadiendo: "en cualquier momento la esposa podrá sin necesidad del consentimiento del esposo, trasladar el domicilio familiar a otra vivienda dentro de la Comunidad de Madrid, de similares características a la que se le adjudica en el párrafo anterior, quedando obligado el marido abonar el importe correspondiente al alquiler de la vivienda elegida por la esposa....". En la estipulación cuarta se fija la pensión de alimentos de las hijas. Esta medida no ha sido objeto de modificación en las sucesivas resoluciones judiciales.

La pretensión de la parte no puede prosperar, porque nos encontramos en un procedimiento de modificación de las medidas civiles derivadas del divorcio del art. 775 LEC , 90 y 91 CC , que no tiene por objeto como se pretende por la parte, ninguna resolución sobre el carácter o naturaleza del abono del alquiler al que se obligó el padre en el citado convenio regulador, de pagar un alquiler si la madre dejaba la vivienda que había sido familiar de carácter privativo del padre; sin que puedan apreciarse las razones alegadas, relativas al deterioro de la situación económica del padre, mejora de la situación de la madre, disponibilidad de otras viviendas por parte de la madre integrantes de su situación patrimonial, o el agravamiento del régimen fiscal del pago del alquiler, guarden relación con el suplico del pronunciamiento interesado.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que el uso de la vivienda continua asignado en beneficio de las menores, sin perjuicio de la modalidad de custodia compartida, posteriormente pactada por los progenitores, es indudable que este pago tiene un componente de alimentos, ya que como se recoge en el art. 142 CC dentro del concepto de alimentos se ha de incluir entre otros gastos los de habitación, pero sin que proceda manifestarse por esta Sala sobre la condición de pensión alimenticia del alquiler a efectos civiles y fiscales.

El motivo del recurso debe desestimarse sin perjuicio de la aclaración realizada, por entender que la renta del alquiler tiene un componente de pensión de alimentos en el ámbito civil y fiscal, sin dar lugar al pronunciamiento solicitado

SEPTIMO.- Sobre la reducción de la pensión alimenticia.

Es motivo del recurso la desestimación en la sentencia de la reducción de la pensión alimenticia, llama la atención, que en el presente grupo familiar nos encontramos en la cuarta modificación de las medidas que fueron pactadas por las partes en el convenio regulador de fecha 7 de julio de 2006, sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 19 de septiembre de 2006, autos nº 686/2006, insistiendo nuevamente en temas que ya han sido objeto de debate, por esta Sala, como la excepción de cosa juzgada.

La pensión alimenticia a las menores se fijó en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 19 de septiembre de 2006, aprobando el convenio regulador de fecha 7 de julio de 2006, en la cantidad de 1.500# por cada menor, en total 3.000 #, por meses anticipados, haciendo constar que el esposo sufragara la totalidad de las necesidades económicas de las hijas, sin perjuicio de los gastos derivados de la propiedad de la vivienda, y actualizándose anualmente conforme al IPC.

Posteriormente el 20 de diciembre de 2011, las partes llegan a un acuerdo, aceptado por ambos, asistidos de asistencia técnica letrada, ene. Procedimiento de modificación de medidas 1213/2010, en el que se modifica la modalidad de custodia, pero se mantienen las demás medidas acordadas en el convenio regulador, entre ellas las económicas relativas a la pensión de alimentos de las hijas menores.

Con fecha 5 de junio de 2012, se dictó sentencia por el Juzgado nº 24 de Madrid, autos nº 195/2012, desestimando la demanda de modificación de medidas pretendidas por el actor en la demanda, en concreto en referencia a la pensión de alimentos, estimando la excepción de cosa juzgada; que fue confirmada por sentencia de 19 de julio de 2013, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª en el rollo nº 1396/2012 .

En la demanda que da lugar al presente procedimiento se interesa entre otras medidas, que quede reducida la pensión de alimentos para las menores en la suma global de 2.600 por todos los conceptos, a razón de 1.300 # por hija, a satisfacer por el padre, sin modificaciones en cuanto a periodicidad, fechas, modo de pago, y actualizaciones, alegando disminución de los ingresos del Sr. Estanislao y empeoramiento de su situación económica, y agravamiento del régimen fiscal que se le aplica, intransigencia de la madre adaptar las necesidades de las menores a la situación económica de la familia, y reducción de los gastos de las menores. La sentencia tras realizar un análisis de las circunstancias posteriores que se acreditan, analizando los ingresos del Sr. Estanislao en los años 2012 en relación con los obtenidos en el año 2011, desestima la demanda. Contra este pronunciamiento se alza la parte recurrente, insistiendo en que no se pretende que la madre abone gastos de las menores, siendo el padre quien hará frente a los mismos, pero ajustados al deterioro económico del padre y a las necesidades reales de las hijas; alega en el presente recurso, que se ha de partir de la sentencia de 20 de diciembre de 2011 , en lo que atañe a la pensión alimenticia, por ser la última que entró al fondo del asunto; insiste en la disminución de ingresos del obligado al pago, negada en la sentencia, y la existencia de un desfase entre la pensión alimenticia y el importe de las necesidades de las menores.

Necesariamente la valoración de los hechos nuevos ha de estar limitada por la sentencia de 5 de junio de 2012 , (confirmada en apelación), y para ello, se ha de partir de los ingresos conocidos por las declaraciones

de la renta y patrimonio realizadas en el año 2012, pero cuyos datos se corresponden con el año 2011, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones citadas.

Se alega que el importe pagado por alimentos excede las necesidades reales de las hijas, pero olvida la parte que los gastos de las menores, fueron pactados de mutuo acuerdo, sin duda, teniendo en cuenta además de los gastos existentes, el nivel económico y las posibilidades reales y recursos del progenitor que se comprometía abonar los gastos de las menores, de conformidad con lo dispuesto en el art. 142 CC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que en la actualidad no nos encontramos en un momento inicial de fijación de la pensión de alimentos en un procedimiento contencioso. Por esto no estamos en el límite de las necesidades reales de las menores, sino en el fijado por las propias partes de común acuerdo. Sino que nos encontramos en un procedimiento de modificación de medidas y hemos de estar a lo dispuesto en los arts. 90 , 91 CC y 775 LEC , requisitos exigido por la legislación y la jurisprudencia, valorando únicamente si se han producido una alteración sustancial de las circunstancias, que además también sea permanente en el tiempo, relevantes, no buscada de propósito, etc.

Por ello, teniendo en cuenta toda la prueba obrante, que el padre estima que las menores gastan realmente 1.996 #, y que la madre los califica en la cantidad de 2.751 #; las menores continúan escolarizados en el colegio Mater Salvatoris, acudiendo a comedor y ruta, además de hacer frente a los gastos de vestido, zapatos y otros varios de las menores de esa edad, uniformes, libros y material escolar, teléfono etc. Y teniendo en cuenta los gastos acreditados a los folios 92 a102, no se aprecia ninguna disminución sustancial. La parte se equivoca al realizar las operaciones en las Tablas, alimenticias, del CGPJ, por no partir del cuerdo de las partes, mantenido aun después de acordarse la custodia compartida, y ello sin perjuicio del valor orientativo de las mismas, y de que excluyen los gastos de vivienda y educación. Resultando intrascendentes las referencia existentes en la demanda, a la intransigencia de la Sra. Gema a adaptar las necesidades de las menores a la situación económica familiar.

Esta Sala Valorada toda la prueba obrante, en especial, documental, interrogatorios, debe destacar los siguientes hechos:

En el impuesto de la renta de las personas físicas, del año 2011 del Sr. Estanislao constan unos rendimientos de capital mobiliario a integrar en la base imponible de ahorro de unos ingresos íntegros de 11.146,28y netos de 18.987,47#; unas rentas totales de bienes inmuebles, no afectos a actividades económicas de 21.927,74 # unos rendimientos de actividades económicas en estimación directa íntegros de 397.471,48 #y netos de 100.817,91#. (f. 545a 557)

En el impuesto de la renta de las personas físicas, del año 2012, del Sr. Estanislao constan unos rendimientos de capital mobiliario a integrar en la base imponible de ahorro de unos ingresos íntegros de 6.207,74 # y netos de 6.059,35 #; un rendimiento neto de capital inmobiliario de 23.233,15 # y unos rendimientos de actividades económicas en estimación directa íntegros de 382.229,86 #y netos de 69.917,98. (f. 58 a 72).

Las copias de los impuestos sobre el Valor añadido, de los años 2011, 2012, obrantes a los folios 594, 608), y 2013 (f. 821 a 825)

La información recibida del Punto Neutro Judicial, obrante a los folios 767 a 789 de las actuaciones, debiendo destacar la existencia de unas 36 cuentas, con participación del 100% o del 50%, y saldos diversos, constando su actividad como notario y empresarial por el alquiler de locales industriales; unos 13 Fondo e Inversión; los diversos inmuebles, que figuran a su nombre, residenciales, comerciales, almacén estacionamiento; y un BMW; y a nombre de la Sra. Gema tres cuentas, un vehículo Toyota,

Los gastos de la menor Ángela en el curso 2012/2013, en el colegio Mater Salvatoris, ascendieron a la cantidad de 3.905,50 # de enseñanza (f. 95); y de Estibaliz en el mismo curso de 3.770, 68 # (f. 97). De comedor en el curso siguiente 2013/2014, el colegio informa que serán de 158,36 # por cada menor y de transporte escolar 115,74 por cada niña (f. 100 y 101, y 286 a 288. Los datos aportados sobre suministros y gastos de la vivienda (f. 292 a 438, y 525 a 541)

Las Notas simples informativas se los Registros de la Propiedad, obrantes a los folios 253 a 268,

Valorada toda la prueba obrante se ha de concluir que no se han acreditado un empeoramiento en la situación económica del padre, ni en sus ingresos ni en sus medios económicos, significativa y sustancial que justifiquen la reducción de la pensión alimenticia libremente pactada por las partes, ni tampoco una reducción de las necesidades de las menores, que justificaran tal decisión, debiéndose de confirmar la sentencia recurrida, que no ha incurrido en ningún error en la valoración de la prueba obrante, que esta Sala ha podido

valorar, incluido el CD aunque sin solución de continuidad, por lo que estimándose que no concurren los requisitos del art. 775 de la LEC , procede desestimar el motivo del recurso.

OCTAVO.- Reducción de la pensión compensatoria.

Se solicita por el recurrente, en su demanda que se reduzca la pensión compensatoria de la esposa a la cantidad de 800 # mensuales y durante el plazo de una año, alega n el recurso Error en la sentencia al hacer constar que la pensión compensatoria se ratificó en el procedimiento nº 1213/2010; debiéndose de comparar la situación económica del Sr. Estanislao existente en el año 2005 con la que se pone de manifiesto en el año 2012; alega también incongruencia por no entrar a valorar la actitud de la Sra. Gema y errónea valoración de la prueba.

Hay que tener en cuenta que la pensión compensatoria a la Sra. Gema se fija en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 19 de septiembre de 2006, aprobando el convenio regulador de fecha 7 de julio de 2006, en los autos nº 686/200, acordando las partes la cantidad de 1.300 # mensuales, por un plazo de 10 años, por reconocer que el divorcio le produce a la esposa un desequilibrio respecto de su situación anterior en el matrimonio.

Con posterioridad, se dictó sentencia el 21 de julio de 2008 , en los autos nº 1250/2007, de modificación de medidas, no dando lugar a las medidas interesadas por el Sr. Estanislao , entre las que no se incluía la pensión compensatoria, que fue revocada por sentencia de 29 de mayo de 2009, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª en el rollo nº 165/2009 , en el único sentido de no imponer las costas de la instancia a ninguna de las partes.

Con fecha 20 de diciembre de 2011, se dictó sentencia Aprobando el acuerdo alcanzado en la Comparecencia del Procedimiento de modificación de medidas nº 1213/2010, fijando la custodia compartida de las menores, con el mantenimiento de las demás medidas acordadas en la sentencia de divorcio que aprobaba el Convenio regulador,

Se hace constar que se mantienen las medidas contenidas en el convenio regulador de 7-7-2006, en los términos que fueron modificados por la sentencia de fecha 21-7-2008 , en todos los extremos no cambiados o alterados por las medidas establecidas en esta resolución.

En el procedimiento de modificación de medidas nº 195/2012, se dictó sentencia el 5 de junio de 2012 , que estimando la excepción de cosa juzgada declara no haber lugar a la modificación de medidas interesada. Confirmada por sentencia de 19 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª en el rollo nº 1396/2012 .

Ahora se pretende una reducción de la pensión compensatoria y del plazo concedido para la misma, alegando la actitud de la demandante, que no trabaja fuera de casa, que solo realiza compras de ropa o complementos, su edad, que lleva cobrando más de ocho años, que antes de contraer matrimonio si trabajaba, que no ha realizado ninguna actividad encaminada a incrementar su formación, en resumen su negligencia a procurarse un medio de vida, considerando que por el patrimonio de su familia no tendrá problemas económicos, ni los años de duración del matrimonio

Las razones alegadas en la demanda como en el recurso, no pueden prosperar , para poder modificar la pensión compensatoria establecida de mutuo acuerdo y aprobada en la sentencia de divorcio, y que no ha sido objeto de debate en ninguna de los procedimientos de modificación de medidas posteriores, manteniéndose tanto en su cuantía como en el plazo pactado de los diez años, tendría que darse alguna de las causas previstas en el art. 100 del CC , a la que le resta menos de un año para su extinción, conforme a lo pactado, sin que sea relevante ni las actividades de la Sra. Gema , ni en que emplea su tiempo, ni sus planes de futuro, por lo que debe de mantener se la sentencia dictada en sus propios términos.

El motivo del recurso debe decaer.

NOVENO.- Costas.

Aun desestimándose el recurso de apelación de doña Gema , no procede la imposición de las costas por la especial naturaleza del presente procedimiento y las medidas que se deben de resolver, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Desestimándose el recurso de don Estanislao , no procede la imposición de las costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Visto los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,



III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso formulado por la representación procesal de doña Gema , y de don Estanislao , contra la Sentencia dictada en fecha 4 de julio 2014, por el Juzgado de Primera Instancia, Familia nº 24 de Madrid, en autos de Modificaciones de medidas de divorcio, seguidos bajo el nº 760/2013, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, con las aclaraciones realizadas en el Fundamento de Derecho Sexto.

No procede imponer las costas procesales causadas en segunda instancia en el presente recurso de apelación.

Una vez firme esta resolución, por Órgano a quo, dese destino legal a los depósitos constituidos para recurrir en esta alzada.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844 0000 00 1558 14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe