

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 75 DE MADRID

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 7 - 28020

Tfno: 914936228,AL 914936236

Fax: 914936257

42030800



(01) 30590289845

NIG: 28.079.00.2-2015/0289906

Procedimiento: Familia. Modificación de medidas supuesto contencioso ---/---

Materia: Derecho de familia

NEGOCIADO R

Demandante:: D./Dña. ---

PROCURADOR D./Dña. ---

Demandado:: D./Dña. ---

PROCURADOR D./Dña. ---

SENTENCIA Nº ---/2016

En Madrid, a trece de junio de dos mil dieciséis

VISTOS por mi, D^a. M^a Alicia Risueño Arcas, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 75 de Madrid y su partido, los presentes autos de juicio de modificación de medidas seguidos con el nº ---/---, a instancia de D^a. ---, representada por el Procurador de los Tribunales, D. --- y asistida por el letrado, D. Felipe Fernando Mateo Bueno contra D. ---, representado por el Procurador de los Tribunales, D^a. --- y asistido de letrado D. ---, sobre modificación de medidas, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, y;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales, D. ---, en la meritada representación, se interpuso demanda de modificación de medidas de divorcio contra D. ---, que fue turnada a este Juzgado, por la que en base a los hechos y fundamentos de derecho en la misma contenidos, y que se tienen por íntegramente reproducidos en esta resolución, se acababa suplicando se dicte

Sentencia por la que se modifique la patria potestad del menor al demandado, quede privado del régimen de visitas y se incremente el importe de la pensión de alimentos a 300 euros mensuales, al haber cambiado sustancialmente las circunstancias.

SEGUNDO.- Por decreto de 12-02-16, se admitió a trámite la demanda, declarándose este Juzgado competente para su conocimiento, acordando dar traslado de la misma a la parte demandada y emplazándola para que se persone y la conteste en el plazo de veinte días, así como al Ministerio Fiscal.

El MF, contestó a la demanda en los términos que constan, solicitando estar al resultado de la prueba.

Habiéndolo verificado la parte demandada en tiempo y forma, contestando a la demanda oponiéndose, en los términos que constan, y por diligencia de 06-05-16, se le tuvo por personada y por contestada la demanda, y se acordó convocar a las partes para la celebración de la vista, que tuvo lugar el día 07-06-16.

A dicho acto acudieron la parte actora, la demandada, debidamente asistidas y representadas. La actora se ratificó en los hechos y fundamentos de derecho contenidos en su demanda y solicitando se dicte Sentencia de conformidad al suplico de la misma, solicitando el recibimiento del pleito a prueba. El demandado se afirma y ratifica en su contestación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes y por el Ministerio Fiscal, fue declarada pertinente, según es de ver en el acta levantada al efecto, quedando los autos pendientes para resolver, previas conclusiones de partes e informe del Ministerio Fiscal .

CUARTO.- En la sustanciación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento solicita la parte actora la modificación de medidas adoptadas en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, seguido ante este Juzgado con nº ---/--- y dictada sentencia con fecha de xx-xx-xx, aprobando el convenio regulador suscrito entre las partes de fecha xx-xx-xx, y la sentencia dictada en auto de modificación de medias de divorcio, seguido ante este juzgado con nº ---/--- y dictada sentencia con fecha de xx-xx-xx, en la que se acordó que la patria potestad sobre el menor era compartida, un régimen de visitas a favor del padre y una pensión de alimentos a cargo del padre de 300 euros y que por sentencia de modificación se reduce a 125 euros mensuales.

La parte actora pide que, se modifique; la patria potestad del menor, privando al demandado de la misma, quede privado del régimen de visitas y se incremente el importe de la pensión de alimentos a 300 euros mensuales, al haber cambiado sustancialmente las circunstancias.

SEGUNDO.- Señala el art. 775 de la L.E.C. que se podrá solicitar la modificación de medidas, "... siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas".

Para que se pueda modificar una medida, es necesario que se haya producido una variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de adoptarlas (art. 775 de la L.E.C. y art. 90 del C.C. : " 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 ").

En efecto, las antedichas normas sustantivas tan sólo permiten la referida modificación en el supuesto de haberse alterado sustancialmente las circunstancias que condicionaron la inicial adopción de las medidas.

En consecuencia, el posible acogimiento judicial de la pretensión a tal fin articulada exige la acreditación de un cambio notable de la situación fáctica sobre la que se asentó la antecedente resolución, siempre que el mismo sea imprevisto, o imprevisible, y no haya sido propiciado voluntariamente por quien insta el nuevo procedimiento.

Como señala reiterada jurisprudencia es preciso que el cambio: 1º.- Sea real, 2º.- Sea sustancial o de cierta importancia, 3º.- Sea permanente, y 4º.- Que fuera imprevisible. Por ello no pueden encuadrarse aquellas mutaciones que ya fueron contempladas, o fácilmente pudieron serlo, en elemental previsión de futuro, al momento de dictarse la resolución que se intenta modificar.

Por su parte, el demandado se opone a las peticiones de la actora, solicitando se mantengan las medidas acordadas, por no haberse modificado dichas circunstancias.

En primer lugar, pide la actora que se acuerde privar al demandado de la patria potestad del hijo menor, dado que el demandado, ha incumplido durante muchos meses, la obligación de pago de los alimentos del hijo, no tiene noticias del mismo durante largos periodos, no ha cumplido el régimen de visitas, no ha mostrado interés en estar con el menor, ni un día en Navidad, habiendo pasado periodos de hasta 6 y 7 meses, en los que el padre no ha visto al menor, no ha acudido a tutorías y el padre ha excluido al menor de su vida. En sentencia de divorcio se acuerda que, la patria potestad sobre el menor, será compartida.

El art. 170 del C.C. señala que : “ el padre o la madre podrán ser privados de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma dictada en causa criminal o matrimonial “.

A su vez el art. 154.1 del mismo texto legal señala que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades: 1º.- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral ”.

Como ha señalado reiterada jurisprudencia, se ha de partir de que la patria potestad, como dice la sentencia de 24 de abril de 2000: " es en el derecho moderno, y concretamente en nuestro derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución ; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 , incorporada a nuestro derecho".

Tal y como señala la sentencia de 11 de octubre de 1991 , " el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular -como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos- sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales -en este caso de interés familiar- que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico".

Así concebida, como un derecho-deber o como un "derecho-función" (SSTS de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996 , entre otras), puede, en determinados casos, y por causa de esta moderna concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil , que a diferencia de la redacción originaria contemplada en dicho Texto sustantivo, no requiere sustentar la indignidad del progenitor, ni localizar a toda costa, una culpabilidad en el incumplimiento de los deberes, y que, según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección del niño, que debe ser adoptada, por ende, en beneficio del mismo, en tanto que la conducta de aquél, que ha de calificarse como gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del mismo.

Por último, la reciente STS de 10 noviembre de 2005, considera restrictiva la interpretación del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996 , entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, añadiendo que la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo.

A partir de estos criterios, nada impediría la atribución de la patria potestad en exclusiva al progenitor custodio, sobre la base de que se declare la privación de la patria potestad, respecto al otro progenitor, siempre que se acreditasen sus presupuestos y la gravedad de los mismos.

Para establecerla no basta por tanto la sola constatación de un incumplimiento, aún grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es de todo punto necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte actualmente convergente a los intereses del menor.

En suma, la suspensión o privación judicial de la patria potestad exige: a) La existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla.

b) La razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor.

Y en este caso no queda acreditado de forma clara y suficiente que el padre incumpla de forma grave y reiterada sus los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad, y de forma voluntaria.

En este caso, y tal como reconocen las partes, no se ha cumplido el régimen de visitas, pero si ha cumplido el padre con su obligación de abono de la pensión de alimentos, sin perjuicio de que se haya presentado demanda de ejecución para reclamar alimentos, de forma puntual y siendo por tanto que la privación de la patria potestad es una media restrictiva, no procede estimar la demanda en dicha petición, siendo de tener en cuenta además que no bastan las meras desatenciones temporales, pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que no es suficiente el incumplimiento del régimen de visitas o el impago de las prestaciones alimenticias temporal en los casos de separación o de divorcio para la privación de la patria potestad, ya que es preciso que se detecte una conducta claramente perjudicial y que sea constante, grave y peligrosa para los hijos (STS 24 de abril de 2000).

Por ello, lo único que se acredita en los autos es una evidente falta de relación en el momento presente del menor con el padre

Ahora bien, dada la situación especial que concurre, cual es la mala relación habida entre las partes, que el padre no ha estado presente en el desarrollo escolar, y personal del menor, que no hay comunicación entre los progenitores, y que en la vida diaria del menor es preciso adoptar decisiones esenciales, en lo relativo al colegio, excursiones, campamentos, temas de salud, elección de profesionales, etc, que en caso de no hacerlo le perjudicarían, y ante la ausencia del padre en la vida del menor desde octubre de 2014, procede atribuir a la madre, el ejercicio exclusivo de la patria potestad conforme a lo dispuesto en el art. 156 del C.C. (En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. **Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva.** Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio ”), al vivir los padres separados y tener la madre la guarda y custodia, si procede otorgar a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, para que pueda unilateralmente adoptar decisiones relacionadas con sus hijos, relativas a salud, educación y todos los ámbitos de la patria potestad.

TERCERO.- La madre pide que se prive al padre del régimen de visitas fijado en sentencia, dado que el mismo no se cumple por el padre y desde octubre de 2014, no ha tenido al menor.

En sentencia se acuerda que el padre podrá tener a su hijo, los fines de semana alternos, puentes unidos a su fin de semana y mitad de vacaciones escolares, entre otros.

El padre manifiesta y reconoce que, efectivamente, no ha tenido al menor desde octubre de 2014, habiendo estado periodos de 6 y 7 meses sin verlo. Y manifiesta que no lo ha ido a ver por no tener voluntad.

El padre reconoce que no ha visto al hijo porque la madre ha obstaculizado su cumplimiento., pero que es su voluntad, seguir teniendo relación con el hijo, siendo su deseo que se dé cumplimiento al régimen de visitas.

De la prueba practicada no se desprende de forma clara cuales hayan sido las causas de incumplimiento del régimen de visitas, pues ninguna de las dos partes consta que hayan presentado demanda de ejecución para exigir el cumplimiento del mismo, siendo que tanto la madre para exigir al padre el cumplimiento, si el padre no cumple, como el padre exigir que la madre de cumplimiento, si es que está obstaculizando el mismo, podrían haber ejercido las acciones judiciales oportunas.

La madre ha señalado en interrogatorio que, no tiene inconveniente en que el al padre cumpla el régimen de visitas, que el hijo pregunta mucho por el padre y quiere verlo. Que el hijo tiene deseo de ver a su padre, y las veces que ha estado con él, iba y veía contento.

Es por ello que, teniendo el padre voluntad de cumplir el régimen de visitas, y no habiendo impedimento alguno por parte de la madre, y siendo deseo del hijo, no procede suprimir el régimen de visitas, sino que ha de mantenerse y cumplirse, en interés y beneficio del menor. Si bien ambas partes deben hacer el esfuerzo porque el régimen de visitas se cumpla debidamente

CUARTO.- Finalmente pide la madre que se incremente el importe de la pensión de alimentos, al haberse producido un cambio sustancial de circunstancias.

En sentencia de divorcio, se aprobó que el padre abonaría la cantidad de 300 euros de pensión de alimentos para el hijo. Posteriormente por sentencia de modificación de medidas, seguido ante este juzgado con nº ---/--- y dictada sentencia con fecha de xx-xx-xx, se redujo el importe a 125 euros mensuales, debidamente actualizados anualmente conforme al IPC.

La madre pide que se incremente nuevamente a 300 euros mensuales, dado que el padre ha incrementado sus ingresos al tener un puesto de trabajo estable y las necesidades del hijo han aumentado..

Para determinar si se ha producido un cambio sustancial es preciso conocer cuál era la situación habida en el momento de dictar sentencia de modificación por la que se reduce el importe y el momento actual.

En cuanto a la causa alegada de que el demandado ha pasado a tener un empleo estable, cuando en sentencia de modificación constaba que estaba desempleado y percibía un subsidio por desempleo, hay que señalar que, de la prueba practicada en autos, ha quedado probado que, efectivamente, y según consta en la sentencia, dictada en autos de modificación nº ---/---, que, desde --- de 2.--- se encontraba desempleado, habiendo causado baja en la empresa referida. En aquel momento tenía reconocido el derecho de subsidio por desempleo por la cantidad de 426 euros mensuales,

Había percibido, cuando fue despedido, una indemnización de 72.000 euros, con a que hizo frente a pago de las pensiones de alimentos.

Actualmente, queda probado que, el Sr. ---, tiene trabajo estable, en la empresa ---, en la que trabaja desde el xx-xx-xx y percibe unos ingresos mensuales de 895 euros. Que en el año 2015, y según declaración de IRPF correspondiente a dicho ejercicio, tuvo unos rendimientos netos de 10.821 euros, que suponen unos rendimientos netos mensuales de 901'75 euros.

De ello se desprende claramente que, los ingresos del demandado han variado.

Por otro lado, la actora afirma que los gastos ordinarios del menor, se han incrementado (alimentación, ropa, actividades extraescolares, material escolar, etc)

Al respecto cabe señalar que, según ha mantenido reiterada jurisprudencia, los gastos ordinarios de los menores, no son superiores ni inferiores, en términos generales, sino que con el paso del tiempo, dichos gastos se transforman, pero no puede considerarse una circunstancia que determine por si sola un cambio sustancial de los gastos ordinarios de los hijos (alimentación, vestido etc,). Por tanto dicha circunstancia no puede considerarse como cambio sustancial. Sin perjuicio de que las actividades extraescolares, se consideran gastos extraordinarios y han de ser abonados al 50% y ser adoptados de común acuerdo, según lo establecido en sentencia. Por lo que dichos gastos no pueden entenderse incluidos en la pensión de alimentos.

Valorando conjuntamente la prueba cabe estimar en parte la petición de modificación de medida de alimentos e incrementar la misma a 200 euros mensuales, por entender que las circunstancias han variado desde que se dictase sentencia de modificación de medidas de divorcio.

Dicha cantidad se abonará del mismo modo y en el mismo tiempo que el fijado en sentencia.

TERCERO.- Dada la especial naturaleza del procedimiento, no procede hacer expresa condena en las mismas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey, y en virtud de la autoridad que me confiere la Constitución;

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda presentada por D^a. ---, representada por el Procurador de los Tribunales, D. --- contra D. ---, representado por el Procurador de los Tribunales, D^a. ---; debo modificar las medidas adoptadas en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, seguido ante este Juzgado con nº ---/--- y dictada sentencia con fecha de xx-xx-xx, aprobando el convenio regulador suscrito entre las partes de fecha xx-xx-xx, y la sentencia dictada en auto de modificación de medias de divorcio, seguido ante este juzgado con nº ---/--- y dictada sentencia con fecha de xx-xx-xx, y acordar en su lugar que:

1º.- Patria potestad.- Se atribuye a la madre, Sra. ---, el ejercicio exclusivo de la patria potestad, siendo la titularidad compartida.

2º.- Se mantiene el régimen de visitas.

3º.- **Pensión de alimentos:** El padre, Sr. ---, abonará mensualmente a la Sra. ---, la cantidad de 200 euros, (DOSCIENTOS EUROS) que ingresará en la cuenta corriente designada por la madre en sentencia de divorcio, o en la que al efecto señale la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme al I.P.C. fijado por el I.N.E. u organismo que le sustituya.

Las medidas no modificadas por esta sentencia se mantienen.

No procede hacer expresa condena en costas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN en los VEINTE días siguientes a la notificación de la presente resolución ante este juzgado, para ante la Audiencia Provincial de Madrid, debiendo acreditar el recurrente la constitución del depósito de 50 euros necesario para recurrir en apelación en el número de cuenta, 2102-0000-02-0023-16 que este Juzgado tiene abierta en BANESTO, mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso.

Si el ingreso se efectuare por transferencia deberá además hacer constar el siguiente IBAN: ES55-0049-3569-9200-0500-1274, haciendo constar en el campo “ conceptos y observaciones ” los siguientes dígitos: 2102-0000-02-0023-16.

La interposición de recurso no suspende la eficacia de las medias acordadas en la presente resolución (art. 774.5 de la LEC)

Líbrese y únase certificación de la sentencia para su unión a los autos, con inclusión del original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia, ha sido dada, leída y publicada por el Juez que la suscribe hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.