

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1
SANTA COLOMA DE FARNERS (GIRONA)
JV 441/2018**

SENTENCIA 24/2019

En Santa Coloma de Farners (Girona) a 12 de febrero de 2019.

Vistos por D. Antonio Maclino Navarro, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de este partido Judicial, los presentes autos de modificación de medidas definitivas: 441/2018, seguidos a instancia de DOÑA [REDACTED], representada por la Procuradora de los Tribunales Doña [REDACTED] y asistida de la Letrada Doña [REDACTED], contra D. [REDACTED], representado por el Procurador de los Tribunales D. [REDACTED] y asistido del Letrado D. José Enrique Pérez Palací. Interviene el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Doña [REDACTED] en la representación arriba indicada y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda sobre modificación de medidas definitivas, en la que aducía los fundamentos de hecho y derecho que estimaba de aplicación y terminaba solicitando que se dictara Sentencia por la que se decretara las medidas peticionadas en la forma obrante en el suplico de la referida demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado en legal forma de la misma al Ministerio Fiscal y a la parte demandada, al efecto de su contestación en el plazo de 20 días.

TERCERO.- Contestada la demanda, se convocó a las partes a la celebración de la Vista principal, que tuvo lugar con la asistencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

CUARTO.- En el acto de la vista, las partes se ratificaron en sus escritos de demanda y contestación, solicitando la prueba que tuvo por conveniente, admitiéndose la pertinente y útil y practicándose la misma en los términos obrantes en autos y en el correspondiente acta de Vista, quedando los Autos conclusos para dictar Sentencia.

QUINTO.- Que en la sustanciación del presente juicio, se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Establece el artículo 775 LEC *“1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, 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.*

2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.

3. Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773”.

Tal y como establece la jurisprudencia, los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90 y 91, *in fine*, 100 y 101 del Código Civil habilitan anómalos cauces de revisión, esto es al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos judiciales que hayan alcanzado definitiva firmeza, a especie de derogación, o atenuación, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, del principio de cosa juzgada en el que, conforme a lo prevenido en los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se asienta nuestro sistema procesal. El fundamento de la cosa juzgada radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, en cuanto en

un anterior proceso haya quedado satisfecha la misma pretensión que se propone en el siguiente, pues la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí, vulnera la legítima expectativa de los justiciables de obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, e implica, en consecuencia, una quiebra del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, 221/1984 y 242/1992, entre otras muchas).

Y es lo cierto que los referidos artículos 90 y 91 se muestran plenamente respetuosos con dicho precepto, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual, y conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.-Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2º.-Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º.-Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4º.-Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

TERCERO.- La parte actora argumenta, como fundamento de la modificación, lo siguiente: a). el demandado se encuentra actualmente residiendo en Mallorca y no ha cumplido con el régimen de visitas, llevando más de un año sin ver a la

menor; b). no está conforme en que se vaya la menor a Mallorca con su padre y pretende que las visitas se realicen en un sitio cercano al domicilio familiar, ubicado en Maçanet de la Selva; c). se pretende un régimen de visitas y comunicación para la madre cuando la menor esté con su padre en periodos vacacionales, sin que se permita que la menor se aleje a más de 20 Km del domicilio materno; d). se propone que para los viajes de la menor deberá existir consentimiento expreso de la madre y de la menor; e). en el acto de la vista, se solicitó subsidiariamente un régimen progresivo de adaptación de la menor.

La parte demandada se opone argumentando, en síntesis, lo siguiente: a). no se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias. La distancia tenida en cuenta en el convenio regulador (vivía el demandado en ██████████, Badajoz) se ha visto reducida ahora; b). sí vio a la hija el demandado el día 26 de octubre de 2017. Y las visitas era de carácter potestativo; c). no se justifica lo que se pretende por la actora; d). se pronunció oponiéndose sobre la petición subsidiaria manifestando que es imposible acudir una vez al mes por su trabajo (trabaja de camarero) y por su capacidad económica.

Dividiremos la resolución del supuesto en los siguientes fundamentos de derecho:
1. Existencia de nuevas circunstancias. 2. Visitas. Empezaremos con la primera de ellas.

CUARTO.- Existencia de nuevas circunstancias. No es un hecho controvertido que el 22 de junio de 2017 se dictó Sentencia por el que se aprobaba el convenio regulador de 29 de marzo de 2017, firmado por ambas partes. En dicho convenio regulador se estipulaba que el progenitor no custodio podría tener a la menor en su compañía en los periodos estipulados de vacaciones, potestativamente, previo aviso a la actora. Se tuvo en cuenta el domicilio del demandado, situado entonces en Badajoz. Actualmente, es reconocido por las partes y no se discute que el demandado vive en Mallorca.

La distancia en sí no es causa de la modificación de medidas de la resolución, pues el convenio regulador tuvo en cuenta la distancia entre los domicilios de la actora y del demandado. Ahora bien, con independencia de la causa que motiva el

distanciamiento, no se discute que la menor no tiene un contacto presencial con su padre desde hace un año.

DOÑA [REDACTED] manifestó en la vista que su hija no vio a su padre desde octubre de 2017, estando disconforme su hija con irse con su padre, queriendo permanecer cerca de su domicilio actual sito en Maçanet de la Selva.

D. [REDACTED] manifestó en la vista que la actora no le deja ver a su hija, tampoco le ayuda a comunicarse con ella. Trabaja de camarero 8 horas al día, teniendo turnos variables; desde las 6:00 horas hasta las 10:00 horas, otro de 16:00 horas a 20:00 horas o de 18:00 horas hasta las 22:00 horas. Si la menor viajara para estar con él, su madre le podría ayudar y su actual pareja. Tiene la casa adaptada para la menor, teniendo su propia habitación. No puede pedir muchos días por el trabajo; en Semana Santa podría llevarse a la menor con él. Gana unos 1.500 euros mensuales.

La actual pareja del demandado, Doña [REDACTED] manifestó que la niña es muy cariñosa a pesar de tener 6 años. La menor se encuentra cómoda con ella. Estuvieron juntos el día anterior al juicio.

El perito, D. [REDACTED] manifestó que la menor tiene madurez y desea tener relación su padre. Desconoce el ámbito paterno y le genera inquietud, prefiriendo su vida estable.

Del resultado de la prueba, podemos establecer que existe un cambio sustancial, cual es el poco contacto que tiene la menor de edad con su padre. No duda este Juzgador del cariño que le tiene y puede dar el demandado a la menor como padre. Se preocupa de ella y su deseo es tenerla en su compañía. Tampoco puede desmerecerse el interés expresado por la actual pareja del demandado, quien manifestó que la niña es cariñosa y que desearía tener una buena relación con ella.

No puede pretenderse con la demanda un régimen de visitas dentro de otro régimen de visitas, teniendo el progenitor no custodio el legítimo derecho de tener a la menor en su compañía y dentro del círculo paterno, con sus amigos, su familia y su nueva pareja. No puede pretender la madre de la menor tener la opción de controlar y condicionar a su voluntad el régimen de estancia o las visitas que tenga otorgada el progenitor no custodio. Ello no sería justo para el demandado y lo que es más importante, máxime en este procedimiento, no es beneficioso para la menor. Los

lazos afectivos de la menor con sus padres se deben potenciar y si existe un distanciamiento, por las causas que sean, la solución no es obstaculizar aún más esa relación, sino buscar una alternativa para reforzar y potenciar aún más si cabe el vínculo paterno-filial. No se justifica en la demanda el por qué es beneficioso para la menor establecer un límite de 20 km de distancia del domicilio familiar, sin que el progenitor no pueda desplazarse con ella. Tampoco entiende este Juzgador que el progenitor no custodio no pueda llevarse a la menor sin consentimiento expreso de la madre o de la propia menor (recordando que tiene actualmente 6 años). La menor debe ser ajena a ese tipo de cuestiones y no se le debería poner en la tesitura de tener que decidir si quiere permanecer con su madre o, por el contrario, si quiere pasar unos días con su padre.

Considera este Juzgador que se debe establecer un régimen de visitas ordinario sin tener cabida las expresas imposiciones pedidas en la demanda (véase las visitas de la madre dentro del periodo de visitas del padre, la prohibición de alejarse más de 20 km o el consentimiento necesario de la madre y de la hija para el demandado se la lleve de vacaciones a su domicilio).

En el informe pericial se refiere que la menor no puede ir a Mallorca porque echaría de menos a su madre y le da pena de marchar, refiriendo la menor que conoce menos a su padre. También se hace expone el miedo de la menor a ir sola a casa de su padre (se expresa literalmente que la menor lo reitera "de forma recurrente"). Esta situación reflejada en el informe pericial debe corregirse. No es extraño que un menor de edad exprese pena de dejar a la madre con la que convive, aunque sea por irse con su padre unos días. Pero debe priorizarse su estabilidad y necesario desarrollo afectivo paterno. O no se le ha explicado claramente o no lo ha entendido bien que ella, por su edad, nunca viajaría sola, su padre sería el encargado de acompañarla y recogerla de su domicilio. Sí que existe un temor a irse con su padre que lo conoce poco. Ello puede corregirse al considerar este Juzgador conveniente, para reforzar la estabilidad de la menor, fijar un régimen progresivo, teniendo en cuenta lo que se razonara en el siguiente fundamento.

QUINTO.- Visitas.

Aunque el demandado tenga un horario laboral extenso, al ser camarero en una isla de gran tradición turística, nada impide que no la pueda tener en su compañía

y en su círculo personal. No existe inconveniente alguno que la niña pueda pasar tiempo con su abuela paterna o con la pareja del demandado mientras éste se encuentre trabajando. Es algo cotidiano que los progenitores trabajen y no vean a los menores durante 8 horas diarias, o incluso más. Si se acogiera lo que plantea la actora, se eliminaría por completo el vínculo afectivo de la menor con su padre, siendo del todo perjudicial para ella.

Entiende este Juzgador que, siendo camarero el demandado, no pueda pedir permisos mensuales de forma cotidiana, pues con ello se correría el riesgo de perder su puesto de trabajo. Ahora bien, sí se considera beneficioso para la menor establecer un régimen progresivo para que, una vez realizado, pueda seguirse el régimen ordinario de visitas de vacaciones por mitad.

Hay que recordar a la madre de la menor que en los casos en que se impidiera de forma continuada el régimen de visitas al progenitor no custodio, podría dar lugar a un cambio de custodia, tal como lo establece el art. 776. 3º LEC.

En defecto de acuerdo entre los cónyuges, se modifica el convenio regulador que aprobaba la Sentencia de 22 de junio de 2017 en lo relativo al régimen de visitas de vacaciones:

Se establece un régimen de visitas progresivo para conseguir la adaptación de la menor y conseguir reforzar el vínculo paterno-filial. D. [REDACTED] podrá visitar a la menor en sus días de descanso (se establece con carácter flexible, dada la distancia del domicilio actual de él y de la disponibilidad laboral del demandado) una vez al mes, con carácter potestativo. Siempre vendrá obligado a ver a la menor al menos una vez cada dos meses. En Semana Santa de este año, podrá tener a la menor en su compañía los días que tenga por oportuno, previo aviso a la progenitora custodia, debiendo ésta facilitar la comunicación y la visita que realizará el progenitor. Estas visitas se realizarán en la localidad donde reside la menor para así reforzar los vínculos afectivos.

En las vacaciones de verano del año en curso, D. [REDACTED] podrá tener a su hija en su compañía diez días del mes de septiembre de 2019,

debiendo dejar a la menor en el domicilio familiar dos días antes del inicio del curso escolar. Con esta medida se intenta potenciar la relación paterna, teniendo en cuenta que en Septiembre existe menos trabajo que en los meses de julio y agosto en la isla de Mallorca y que la menor se adapte poco a poco a la nueva situación.

Una vez realizadas las vacaciones de verano y permaneciendo la facultad para el demandado de visitar a la menor, una vez al mes, con carácter potestativo, y la obligación de ver a la menor al menos una vez cada dos meses, dado que ya se habrá reforzado el vínculo paterno-filial, se aplicará el régimen ordinario establecido en Sentencia de 22 de junio de 2017.

No ha lugar a establecer un régimen de visitas para la progenitora custodia, dentro de las visitas paternas; tampoco deberá mediar consentimiento de la progenitora custodia ni de la menor para que pueda viajar con su padre y estar en su compañía.

SEXTO.- No procede hacer expreso pronunciamiento en costas, dada la especial naturaleza del presente procedimiento.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Se **estima parcialmente** la demanda de modificación de medidas seguidos en este Juzgado, a instancia de DOÑA [REDACTED], representada por la Procuradora de los Tribunales Doña [REDACTED], contra D. [REDACTED], representado por el Procurador de los Tribunales D. [REDACTED] y, en su consecuencia, **se acuerda exclusivamente la modificación del convenio homologado por la resolución judicial** dictada el 22 de junio de 2017, en los siguientes puntos:

Se establece un régimen de visitas progresivo. D. [REDACTED] podrá visitar a la menor en sus días de descanso (se establece con carácter flexible) una vez al mes, con carácter potestativo. Siempre vendrá obligado a ver a la menor, al menos, una vez cada dos meses.

En Semana Santa de este año, podrá tener a la menor en su compañía los días que tenga por oportuno, previo aviso a la progenitora custodia, debiendo ésta facilitar la comunicación y la visita que realizará D. [REDACTED]. Estas visitas se realizarán en la localidad donde reside la menor.

En las vacaciones de verano del año en curso, D. [REDACTED] podrá tener a su hija en su compañía diez días del mes de septiembre de 2019, debiendo dejar a la menor en el domicilio familiar dos días antes del inicio del curso escolar.

Una vez realizadas las vacaciones de verano y permaneciendo la facultad para el demandado de visitar a la menor, una vez al mes, con carácter potestativo, y la obligación de ver a la menor, al menos, una vez cada dos meses, se aplicará el régimen ordinario establecido en Sentencia de 22 de junio de 2017.

No ha lugar a establecer un régimen de visitas para la progenitora custodia, dentro de las visitas paternas; tampoco deberá mediar consentimiento de la progenitora custodia ni de la menor para que pueda viajar con su padre y estar en su compañía.

No se hace especial pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberán interponer ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Girona.

Llévese el original al libro de Sentencias.

Así lo acuerda, manda y firma D. Antonio Maclino Navarro, Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de este partido Judicial; Doy fe.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que ha sido la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.

**Mensaje LexNET - Notificación****Mensaje**

IdLexNet	201910256017266	
Asunto	NOJ SENTÈNCIA GENÈRICA Modificació mesures supòsit contenciós	
Remitente	Órgano	JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA N. 1 de Santa Coloma de Farners, Girona [1718042001]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
Destinatarios	Procurador	[REDACTED] [48] (Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Girona)
Fecha-hora envío	18/02/2019 10:25	
Documentos	01871_20190214_1038_0017712002_01.rtf(Principal) Hash del Documento: 677ddaacea6a348f792460798ff719dbf555843b	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO[MMC] Nº 0000441/2018
	Detalle de acontecimiento	NOJ SENTÈNCIA GENÈRICA

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
18/02/2019 11:52	[REDACTED] [48]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Girona	LO RECOGE	
18/02/2019 10:25	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Girona (Santa Coloma de Farners) (Santa Coloma de Farners)	LO REPARTE A	[REDACTED] [48]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Girona

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.