

Fecha 24/06/2004, Audiencia Provincial de Sevilla, ,Sentencia, rec.
1483/2003. Procedimiento:Apelación, Modificación de medidas. Pte: Herrera Tagua, José

RESUMEN

La AP desestima el recurso interpuesto por la parte apelanté y confirma la sentencia de instancia que estimando la demanda, acuerda la modificación de medidas personales. Se solicita modificación del régimen de guarda y custodia, a raíz de reiterados y continuos incumplimientos del régimen de visitas establecido en la sentencia de separación. La Sala entiende que en los autos consta sobradamente los reiterados incumplimientos por parte de la madre que tenía la guarda y custodia, de llevar a los menores al punto de encuentro familiar para que pudieran los menores ver a su padre. Se observa en la madre que hace lo imposible para evitar las visitas, llegando a salir del domicilio para evitar las notificaciones, presenta una personalidad narcisista, e influye en los menores para que digan que reciben malos tratos de su padre. Este cúmulo de circunstancias adversas con patente perjuicio para los menores aconseja la modificación de la guarda y custodia de los mismos.

En Sevilla, a 24 de junio de dos mil cuatro.

Vistos por la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial los autos de modificación de medidas núm. 480/02-Bis, procedentes del Juzgado de Primera Instancia 2 de Alcalá de Guadaíra, promovidos por D. Octavio, representado por la Procuradora D^a Consuelo Cubero Huertas, contra D^a Silvia, representada por Da Eva Lama Falcón; siendo parte el Excmo. Sr. Fiscal; autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Da Eva Lama Falcón en nombre y representación de D^a Silvia, contra la sentencia en los mismos dictada con fecha 11 de diciembre de 2002.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: Fallo: Que estimando como estimo la demanda interpuesta por de Octavio, representado por D^a Consuelo Cuberos Huertas, contra Silvia, representada por Da M^a. José Muñoz Pérez, debo acordar y acuerdo la modificación las medidas personales acordadas en Sentencia con el contenido señalado en el Fundamento Tercero. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por la parte demandada, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, previo emplazamiento a las partes por treinta días, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO- Por resolución de 1 de junio de 2004, se señaló la Vista de este recurso para el día 23 de junio de 2004, a las 10.30 horas, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución,

TERCERO,- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Herrera Tagua.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora D~ Consuelo Cuberos Huertas, en nombre y representación de D. Octavio, a raíz de los reiterados y continuos incumplimientos del régimen de visitas establecido en la Sentencia de separación, respecto de sus hijos, por parte de la madre, Da Silvia, instó la modificación del régimen de guarda y custodia de conformidad con lo establecido en el artículo 776-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil **L2000177463** en ART 776 APA 3, a lo que se opuso la Sra. Silvia, dictándose Sentencia que acordó la modificación y atribuyó la guarda y custodia al padre, contra el que interpuso recurso de apelación por la Sra. Silvia.

SEGUNDO.- Como ya ha señalado esta Sala en anteriores resoluciones, en todas estas cuestiones caracterizada por la conflictividad en la que se encuentra afectados menores, el interés superior que necesariamente ha de ser objeto de protección preferente y singular, es el de menor, por encima de cualquier otro, es decir, "favor minoris", que puede calificarse como el principio de carácter general y superior que ha de regir en esta materia, así se recoge en los Tratados Internacionales, en concreto en la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20-11-80, ratificada por España el día 30-11-90 **L1990115270**; la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo L y en nuestra legislación, así lo establece como principio rector de la política social la Constitución en su artículo 39-2 **L197813879** en ART 39 APA 2, y la Ley Orgánica 1/96, que en su artículo 2 **L1996113744** en ART 2 dispone que: "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir", principio que se ha recogido ampliamente en la doctrina jurisprudencial, así la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987 **J1\$87/3100**, dice: es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española **L1978!3879** en ART 39 y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil **L188911**".

Teniendo en cuenta este principio, por lo que se refiere a la atribución de la custodia de los hijos menores de edad, es objeto de regulación en el artículo 159 del Código Civil **L188911** en ART 159, que en su anterior regulación atribuía siempre la custodia a la madre, en el supuesto de menores de siete años, salvo que hubiese motivos especiales que aconsejasen otorgarla al padre, dicha regulación fue reformada por la Ley 11/90 de 15 de octubre **L199W14773**, por aplicación del Derecho a la igualdad reconocido en nuestra Constitución **L197813879**, que nos dice: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años", como vemos no establece un criterio previo, sino que se tenga en cuenta el acuerdo de los padres y en defecto de esto, el Juez decida, teniendo en cuenta siempre el beneficio de los hijos, que es el único requisito, pero esencial, que ha de tenerse en la resolución de dicha cuestión. Ha de valorarse el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, volitivas y afectivas del menor, la convivencia con personas unidas con vínculos afectivos, la atención que pueden prestar al menor tanto en el orden material, como afectivo, las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor, teniendo en cuentas las que sean perjudiciales, la estabilidad en el empleo, el ambiente, etc., en definitivas exige tener en cuenta las mejores condiciones para el pleno desarrollo del hijo, desde luego teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción, en tal sentido el artículo 92 del Código

Civil Liasen en ART 92, establece que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos será adoptadas en beneficios de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre que fueran mayores de doce años.

Pero en todo caso, la citada regulación parte de una premisa esencial y consustancial y es que, con independencia de que a patria potestad sea compartida, ante la imposibilidad de que la guarda y custodia sea conjunta de ambos progenitores, al cesar la convivencia en común de ambos, necesariamente ha de atribuirse a uno de ellos, es decir, que no es posible, o al menos aconsejable, teniendo en cuenta que el interés supremo digno de proteger sea el del menor que repartan entre los padres su custodia.

Esa participación en el desarrollo integral de los hijos, con la correspondiente convivencia con los mismos, especialmente no constituye un conjunto de derechos prioritarios para estos, sino más bien de deberes, respecto de los hijos. Entre estos deberes, cuando se ha producido la ruptura matrimonial, el progenitor que queda con la custodia de los hijos, salvo circunstancias concretas perjudiciales para el desarrollo de los menores, ni debe, ni puede realizar actos tendentes a enfrentar los hijos con el otro progenitor, o a provocar cierta predisposición negativa, salvo causa plenamente justificada, de ahí que deba especialmente esforzarse para que la comunicación de los hijos con el otro progenitor sea constante, fluida y pacífica, por el enriquecimiento e influencia positiva que supone para el desarrollo integral de los menores, ese contacto con ambos progenitores, especialmente con aquel que no tiene la guarda y custodia. Si se producen esos actos tendentes a entorpecer, perjudicar o enturbiar esa relación, es evidente que la influencia de esa progenitora que la realiza, es negativa para los menores, se está incumpliendo los deberes inherentes a la patria potestad, que como reiterada jurisprudencia ha señalado, es una institución establecida en beneficio de los hijos, y debe conllevar, bien la atribución de la guarda y custodia al otro progenitor, si los ejecuta quien la tiene, o la suspensión de las visitas, si los ejecuta quien no tiene la guarda y custodia.

TERCERO.- En los presentes autos se ha acreditado que D. Octavio y D^a Silvia contrajeron matrimonio el día 4 de enero de 1992, fruto del cual nacieron Evaristo el día 18 de septiembre de 1993, y Rocío el día 18 de marzo de 1996. Por Sentencia dictada el día 17 de noviembre de 1999 en los autos 237/98, se acordó la separación matrimonial, se atribuyó la guarda y custodia de los hijos a la madre, manteniéndose el régimen de visitas establecido en las medidas provisionales. Con fecha 20 de mayo de 2002 se dictó Auto, en el que se señala que, ante la situación de conflictividad de los progenitores, se entendía necesario modificar el régimen de visitas y establecer otro controlado por especialista, de modo que el padre visitaría a los hijos desde las 10 horas hasta las 20 horas del sábado en el Punto de Encuentro Familiar de esta ciudad. Posteriormente se dictó providencia con fecha 28 de mayo de 2002, modificando las horas a 10,45 y 20,30, respectivamente.

En los presentes autos consta, sobradamente, los reiterados incumplimientos por parte de la Sra. Silvia de su obligación de llevar a los menores al Punto de Encuentro Familiar, como resulta de los folios 1 a 16, ambos inclusive, no llevó a los hijos los días 14-9-02, 21-9-02, 28-9-02, 5-10-02, 12-10-02, 19-10-02, 26-10-02, 2-10-02 y 10-11-02. En la Sentencia recurrida en los presentes autos, y no ha sido desvirtuado por la parte apelante, se recoge en sus Fundamentos de Derecho, que el incumplimiento del régimen de visitas por parte de la Sra. Silvia se venía realizando, al menos, desde el día 8 de junio de 2002, en todos se expresa motivos económicos, es decir, que no podía traer a los hijos a Sevilla, desde Alcalá de Guadaíra, pese a la cercanía, por tanto el gasto sería insignificante, sin embargo sus posibilidades económica si le permitieron irse durante el mes de agosto de 2002 de vacaciones, cuando la razón de establecer la visita en el citado Punto de Encuentro fue debido a sus reiterados incumplimientos. Además debe señalarse que fueron múltiples los requerimientos anteriores, a esta modificación, a la Sra. Silvia para que cumpliera el régimen de visitas, llegando en ocasiones, como se señala en el fundamento segundo, a

abandonar su domicilio para evitar que se le notificasen los oportunos requerimientos. Esta actitud rebelde, reiterativa y obstruccionista no se apoyan en razones lógicas ni adecuadas, en ese sentido no se realiza el menor esfuerzo probatorio para acreditar la influencia negativa de ese contacto de los menores con el padre, que en la practica ha conllevado a que se le formule calificación provisional por el Ministerio Fiscal en el Procedimiento Abreviado 103/03 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcalá de Guadaíra, por delitos de desobediencia y contra los derechos y deberes familiares.

Se ha practicado informe psicológico en esta alzada, a instancia de esta Sala, con las dificultades e inconvenientes que ha supuesto tener que realizarlo a bastante distancia, y que ha conllevado que el padre se tuviese que desplazar a Toledo, con el consiguiente coste económico, al corresponder a dicha provincia la población de residencia actual de la Sra. Silvia, Ocaña. En el mismo no se realiza ninguna referencia negativa a la Sra. Octavio, después de determinar que tiene un estilo de vida adaptado y actitudes parentales adecuadas, observa cierta desorientación y confusión ante la actitud negativa de los menores, con dificultades para favorecer dicha relación, ciertamente comprensible ante tantas dificultades para poder comunicarse con los hijos. Con respecto a la Sra. Silvia señala que tiene una personalidad compulsiva con rasgos narcisistas que favorecen el menosprecio de la figura paterna, de ahí que durante la entrevista se observa una conducta sesgada, tendente a falsear la realidad en un sentido socialmente deseable, esos rasgos narcisistas se observan, al tratar de ocultar sus limitaciones personales, se muestra defensiva, no reconoce sus fallos, pretendiendo dar una imagen de seguridad. Con respecto a los menores, en el citado informe, se señala que los episodios de malos tratos que estos relatan son genéricos, sin concretarlos, se llega a afirmar por el perito que no son creíbles y frutos de la manipulación materna, Esta situación de conflictividad provoca que el menor tenga un deficiente desarrollo escolar y escasa integración en su lugar de residencia. Ambos menores son manipulados por la madre, como se señala en las conclusiones.

CUARTO.- Este cúmulo de circunstancias adversas, con patente y notorio perjuicio para los menores, hacen aconsejable modificar la guarda y custodia de los mismos, al estimarse que la madre no cumple con los deberes inherentes a dicha guarda y custodia, y en definitiva a la patria potestad, por ello ha de desestimarse el recurso de apelación, confirmando la Sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 en relación el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Da Eva Lama Falcón, en nombre y representación de Da Silvia, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de la. Instancia 2 de Alcalá de Guadaíra, en el Juicio de modificación de medidas núm. 480/02 Bis, con fecha 11 de diciembre de 2002, la debemos confirmar y confirmamos en todos sus términos, con imposición a la apelante de las costas del recurso.

Y en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos. Juan Márquez Romero.- José Herrera Tagua.- Conrado Gallardo Correa.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, D. José Herrera Tagua, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.