

Id Cendoj: 28079370222006100589
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 22
Nº de Recurso: 472/2006
Nº de Resolución: 597/2006
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: EDUARDO HIJAS FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 22

MADRID

SENTENCIA: 00597/2006

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 22

C/ FRANCISCO GERVAS N: 10 (PLANTA 12*)

Tfno.: 914936204-05-06-07- Fax: 914936210

N.I.G. 28000 1 7018761 /2006

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN 472 /2006

Proc. Origen: MODIFICACIÓN MEDIDAS DEFINITIVAS 1231 /2004

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 29 de MADRID

De: Marí Juana

Procurador: MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

Contra: Rogelio

Procurador: OLGA MARTIN MARQUEZ

SENTENCIA

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. D^a Carmen Neira Vázquez

/

En Madrid a 29 de septiembre de 2006

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de modificación de medidas complementarias de divorcio seguidos, bajo el nº 1231/2004, ante el Juzgado

de Primera Instancia nº 29 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante, doña Marí Juana , representada por la Procurador doña Carmen Ortiz Cornago y defendida por la Letrado doña Trinidad García del Nero .

De la otra, como apelado, don Rogelio , representado por la Procurador doña Olga Martín Márquez y asistido por el Letrado don Francisco José Pereña Mudarra.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Eduardo Hijas Fernández.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha 22 de julio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de los de Madrid se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que, estimando en parte la demanda formulada por la representación de D. Rogelio contra Dª Marí Juana de modificación de medidas formulada por Dª Marí Juana representada por el Procurador Dª ELENA PUIG TUREGANO que debiera quedar del siguiente modo a partir de la presente resolución:

1.- Guarda y custodia de las menores compartida alternando anualmente la estancia y el cuidado de las menores.

Se comenzará con el padre el mismo día que termine las vacaciones de verano de 2005 y para próximos años una vez finalice las vacaciones de verano.

2.- Ningún progenitor abonará pensión de alimentos para las menores haciendo frente a los gastos que generen durante el año que las tenga consigo.

Los gastos extraordinarios se satisfarán por mitad debiendo de estar de acuerdo los padres en dichos gastos excepto los ocasionados por razón de urgencia que no puedan retrasarse.

3.- El régimen de visitar de las menores con el progenitor no custodio cada año se realizara:

- El fin de semana más largo de cada mes o puente escolar (fiesta local, autonómica o nacional) en caso de no existir, será el tercer fin de semana de cada mes desde la salida del colegio a las 20:00 horas del último día, trasladándose las menores debidamente acompañadas a donde resida el progenitor no custodio.

- Otro fin de semana alternativo con el anterior podrán los progenitores no custodios desplazarse a estar con sus hijas a la localidad donde residan con igual horario

- Mitad de vacaciones escolares con cada progenitor y en caso de descuerdo en los años impares le corresponderá a la madre la primera mitad y el padre la segunda y a la inversa los años pares.

4.- En ejecución de sentencia practíquese un seguimiento trimestral por el equipo psicosocial. La entrega y recogida en caso de conflicto se realizará en un punto de encuentro

5.- No se hace expreso pronunciamiento en costas.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de doña Marí Juana , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de don Rogelio escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para vista el día 28 de los corrientes. En dicho acto se oyó por el Tribunal a ambos litigantes y sus Letrados realizaron 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. Contra la sentencia de instancia, que sanciona, en orden a la custodia de las comunes descendientes, un sistema de alternancia, por cursos escolares, entre ambos progenitores, con el correspondiente régimen visitas y regulación de la aportación alimenticia a cargo de cada uno de aquéllos, se alza doña Marí Juana , suplicando de la Sala que, con revocación de dicho criterio decisorio, se acuerde que las menores permanezcan bajo su cuidado cotidiano, con un régimen normalizado de visitas en favor del padre, quien deberá contribuir a la cobertura de las necesidades de las alimentistas con la suma de 750 € al mes.

En apoyo de dicho petitum revocatorio, la dirección Letrada de la recurrente alega, en el trámite del *artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , que la resolución impugnada entra en contradicción con las previsiones del *artículo 92 del Código Civil* . Añade que no se ha explorado a las menores y que lo que recomiendan las Peritos, que no concretan las causas por las que las niñas no quieren relacionarse con el padre, no es un sistema de guarda compartida, sino unas estancias más prolongadas en el entorno paterno, no existiendo, al respecto, síntomas de **alienación parental** , y sí tan sólo de ansiedad producida por la intervención del Punto de Encuentro. Los cambios residenciales, inherentes a la alternancia acordada, pueden generar en las menores cierto desarraigo e inestabilidad, no habiéndose tenido en cuenta las circunstancias personales, familiares y laborales de don Fernando, pues no se conoce si el mismo se dedica directamente el cuidado diario de sus hijas o delega en una tercera persona.

Y así definido el debate litigioso en el presente momento y trámite procesales, pues el apelado solicita la íntegra confirmación de la resolución dictada por el Órgano a quo, procede analizar la problemática suscitada a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, según pone de manifiesto el contexto alegatorio y probatorio sometido a nuestra consideración.

SEGUNDO. La controversia planteada debe encontrar respuesta del Tribunal bajo la inspiración del principio del favor filii que, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico por el *artículo 39 de la Constitución* , es desarrollado, de modo genérico, por los *artículos 2 y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996* , a cuyo tenor el interés del menor ha de primar sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir.

Ello es reiterado, en la específica regulación de cuestiones como la que hoy nos ocupa, por los *artículos 92 y 159 del Código Civil* , al disponer que si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, el Juez decidirá, en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los menores de edad.

Tales previsiones no excluyen, sin embargo, un sistema de custodia compartida, o con mayor precisión alternativa, que, admitida anteriormente en la praxis judicial, eso sí de modo excepcional, ha sido expresamente regulado por la *Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica, entre otros, el citado artículo 92* . No puede dejar de precisarse que dicha vigente normativa no contempla tal posible solución bajo el prisma de la igualdad de los progenitores ante la ley que consagra el *artículo 14 de la Constitución* , sino sobre la base, ya expuesta, del prioritario interés del sujeto infantil.

Así, como regla general, se requiere que la asunción por ambos progenitores, en periodos alternativos, de la referida función sea postulada de común acuerdo por los mismos, lo que, sin embargo, no vincula por sí solo la decisión judicial, dado que dicho precepto exige además que, a tenor del contexto de las pruebas obrantes en autos, tal sistema se revele idóneo para la atención de las diversas necesidades de la prole.

De otro lado, la inexistencia del consenso, al respecto, de los padres no impide, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, la posible sanción judicial del sistema analizado. En efecto, el apartado nº 8 del precepto que examinamos establece que "excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta

forma se protege adecuadamente el interés superior del menor".

Han de tenerse en cuenta igualmente los impedimentos que, cualquiera que sea la postura, coincidente o no, de las partes recoge el apartado número 7 del repetido artículo, al excluir el sistema de custodia conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, o en aquellos otros supuestos en que se advierta, a través de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

En definitiva, y aunque resulta aconsejable el acuerdo de las partes a tal fin, como básica garantía de un correcto funcionamiento del analizado régimen, puede prescindirse del consenso bajo condicionantes excepcionales, siempre que tal solución se revele como la única que puede amparar el prioritario interés de la prole.

TERCERO. En el supuesto que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración consta que, tras la ruptura convivencial de los hoy litigantes, las comunes descendientes quedaron integradas en el entorno materno, con un régimen normalizado de visitas en favor del padre. Así se estableció en la sentencia que, en 27 de mayo de 1999, puso fin al procedimiento de separación matrimonial de aquéllos, y se reiteró en el convenio regulador aprobado por la sentencia que, en 15 de febrero de 2001, declaró disuelto, por divorcio, el vínculo en su momento contraído por los mismos.

Las comunicaciones paterno-filiales se desarrollan desde entonces con relativa normalidad, la que, sin embargo, resulta quebrada a partir del mes de mayo de 2002, mediante una interrupción de las mismas decidida unilateralmente por la madre. Ello provocó un procedimiento de modificación de medidas entablado por el Sr. Rogelio en el que, en fecha 2 de noviembre de 2002, se emitió informe por el Equipo Psico-social adscrito al Juzgado. Dicho dictamen destacaba que las comunes descendientes, si bien mostraban su deseo de continuar bajo el cuidado habitual de su madre, mantenían una buena relación con el otro progenitor y el entorno familiar del mismo, deseando verle con más frecuencia.

Doña Marí Juana contrae nuevo matrimonio en el mes de marzo de 2003, según se expone en el informe pericial emitido en 27 de mayo de 2005, a pesar de lo cual mantiene su residencia habitual, junto con las menores, en Madrid, situación que queda alterada a partir de septiembre 2004 en que aquélla, de modo unilateral y sin acuerdo ni comunicación previa a su ex esposo, traslada su domicilio, con las menores, a la ciudad de Barcelona. No se ha ofrecido, en todo el curso del procedimiento, explicación alguna de la conveniencia o necesidad de tal cambio residencial, máxime cuando, no obstante las nuevas nupcias de dicha litigante, mantuvo su domicilio en Madrid durante cerca de año y medio.

En tal coyuntura surgen nuevos incidentes, cada vez más graves, en el desarrollo del régimen visitas, lo que determina que el Juzgado acuerde que la entrega y devolución de las menores se lleve a efecto a través del correspondiente Punto de Encuentro. Resultan significativos, en orden al esclarecimiento de las causas determinantes de tales incidencias, los informes emitidos por el Punt de Trobada de Barcelona, a través del que se debían realizar los intercambios. Así, se refleja en el emitido en 25 de febrero de 2005, que las niñas se niegan a salir con el padre, "con un discurso estereotipado, con alusiones a temas irrelevantes, porque las lleva en autobús en lugar de en taxi, porque fuma..."; cuando intentan marcharse con el padre, al cabo de una o dos horas en las que los técnicos del centro intentan facilitar la relación, "cada día ha estado la madre y su pareja esperándolas abajo, por lo que las niñas acaban yéndose con la madre, sin realizar la visita con el padre", situación que se repite en casi todas las ocasiones. Se refiere en el informe que se ha hablado con la madre en repetidas veces a fin de que no espere en la calle a que bajen las niñas con el padre, sin resultado positivo, pues la madre argumenta que "los encuentros son coincidencias", a pesar de que el padre y las niñas salen pasadas dos o más horas. En el dictamen emitido por el Equipo Psico-social adscrito al Juzgado, doña Marí Juana varía su versión, al exponer que permanecen en las inmediaciones del Punto de Encuentro para conocer cómo se ha producido la entrega de las menores. No observan los técnicos del Punt de Trobada ansiedad en las referidas menores, ni otros indicadores que pudieran corroborar la negativa de las mismas a ir con el padre, contribuyendo a reforzar su postura el hecho de saber que la madre las espera fuera del servicio. El informe de fecha 13 de mayo de 2005 (folios 277 y 278) refleja los impedimentos puestos por doña Marí Juana, que o bien no deja ir a las niñas con el padre, o directamente no se presenta en las dependencias del centro.

Los informes médico-psiquiátricos aportados por la demandada en el acto de la vista celebrado en la instancia ponen de manifiesto una progresiva sustitución de la figura paterna por la del actual esposo de aquélla, al que las menores otorgan tal papel paternal, "existiendo un pensamiento dicotómico entre la figura

de Ramón y la de Fernando", siendo más bien rígidas en sus valoraciones.

El dictamen pericial realizado, en 27 de mayo de 2005, por la Psicólogo y la Trabajadora social adscritas al Juzgado, expone que, no obstante realizarse de forma separada la sesión con cada una de las menores, ambas expresan la misma argumentación y el mismo vocabulario y frases textuales para comentar las dificultades que tienen en el cumplimiento del régimen visitas. Las dos concretan el inicio del rechazo a ver a su padre en el mismo momento, esto es un poco antes de que su madre contrajera matrimonio, cuando ésta les explicó que el Obispo había dicho que "Fernando era malo porque mentía a mi madre y que nunca se había casado con él". Las menores, en referencia al actual marido de su madre, afirman que "Ramón es mi padre, el bueno...". A pesar de tales manifestaciones, las Peritos no aprecian vivencias negativas de las menores con su padre biológico, siendo el rechazo a nivel verbal con claros signos de mediatización por el entorno con el que viven habitualmente, llegando a afirmar que, en psicología clínica, algunos autores calificarían estos síntomas dentro del trastorno denominado Síndrome de **Alienación Parental** . Añaden las informantes que el régimen de visitas se incumple en múltiples ocasiones, dado que el progenitor femenino no lleva a las menores al Punto de Encuentro ni realiza la colaboración que se le requiere por los profesionales del mismo, afirmando que la argumentación que dan las niñas para rechazar la relación con el padre no se ha producido por una maduración de su edad cronológica, sino a raíz de la explicación facilitada por su madre para que comprendieran su matrimonio católico con su actual esposo. Concluyen las informantes exponiendo que "acentuar el protagonismo del cónyuge de la madre incitando a las menores que le consideren su papá ha llevado a las niñas a un pensamiento dicotómico respecto a la figura paterna y a un conflicto de lealtades que produce en ellas una ansiedad manifestada en múltiples síntomas psicósomáticos. Entendemos que el progenitor femenino no está cumpliendo con la corresponsabilidad parental que junto al progenitor masculino ha de tener para un desarrollo madurativo en el mejor interés de sus hijas comunes y que si continúa ejerciendo la guarda y custodia de este modo las menores perderán los vínculos necesarios de la figura del padre que es real y que puede ser complementaria y positiva para ellas ya que las menores no deben analizar las situaciones bajo la perspectiva de no haber sido una figura marital adecuada para su madre". Y se termina afirmando que "es absolutamente necesario reforzar los vínculos que aún hoy existen con la figura paterna mediante una relación serena, relajada, estable y continuada que les permita conocer a esta figura por sí misma y obtener sus propios juicios de valor sobre ella ha aunque para ello fuese necesario estancias más prolongadas con su padre en Madrid".

Tales conclusiones, expuestas desde una posición imparcial y estrictamente profesional, desvirtúan la mayor parte de los motivos en los que, conforme a lo expuesto en el primer fundamento jurídico de esta resolución, la dirección Letrada de doña Marí Juana apoya su recurso, máxime cuando, al contrario de lo que acaece con los informes aportados por dicha litigante, el emitido por el Equipo adscrito al Juzgado se asienta en el examen de todos y cada uno de los integrantes del grupo familiar, lo que ha permitido una visión global, que no parcial y a expensas de la información facilitada por una sola de las partes, de la realidad que ahora se somete a la decisión judicial.

Las referidas recomendaciones de las Peritos forenses ya apuntan claramente, en cuanto solución o, al menos, ineludible paliativo al problema suscitado, a un reparto, más o menos igualitario, entre ambos progenitores de las funciones de cuidado cotidiano de la prole, lo que se expone abiertamente en la clarificadora ratificación del dictamen, en cuyo acto las Peritos, tras afirmar que no hay ningún motivo fundado para que las menores pierdan al padre, consideran que la situación no puede ser mantenida tal como se viene desarrollando, ya que las niñas necesitan de una comunicación estable, serena y duradera con dicho progenitor, por lo que se recomienda la alternancia en la función debatida, proponiendo que la misma se desarrolle en coincidencia con los sucesivos cursos escolares.

Lo contundente del citado dictamen, en cuya elaboración han sido oídas en profundidad las hijas, hacía innecesaria su exploración por el Tribunal, máxime teniendo en cuenta que, por su edad, no resultaba inexcusable tal diligencia, conforme a lo prevenido en los *artículos 92 y 159 del Código Civil* .

CUARTO. El expuesto resultado probatorio pone de relieve, de modo indubitado, la grave manipulación a que se ven sometidas las menores, en un intento injustificado de sustituir la figura paterna, a la que se trata de borrar de sus vidas, sin que para ello se ofrezcan razones que legal y éticamente lo puedan amparar, pues no ha sido acreditado que la figura paterna, por sus condiciones, creencias o conducta, represente, en sus relaciones con las hijas, un riesgo cierto para su desarrollo y formación, en sus diversos aspectos. Por el contrario, y a través de lo actuado, se llega a la conclusión de que dicho progenitor se encuentra perfectamente capacitado para asumir, de modo responsable, la función debatida, sin interferir, al contrario que doña Marí Juana , en una relación normalizada de las niñas con el otro progenitor, como así ha venido acaeciendo durante el pasado curso escolar, según reconocen ambos

litigantes en el acto de la vista del recurso.

Cierto es que el sistema propuesto por las Peritos, y sancionado por el Juzgador a quo, no deja de tener algunos inconvenientes, en especial los derivados de la residencia de las hijas en distintas ciudades, con el correspondiente cambio de colegio. Pero no puede olvidarse que tal situación ha sido provocada de modo unilateral por doña Marí Juana quien, tras más de un año de haber contraído nuevo matrimonio, traslada su domicilio con las hijas a la ciudad de Barcelona, sin previa consulta al otro progenitor ni autorización del Juzgado, no ofreciendo explicación alguna acerca de la hipotética necesidad de tal cambio residencial.

Bien podrían paliarse dichas dificultades con la residencia de ambos progenitores en la misma ciudad, o entornos próximos, para lo cual, y a la vista de lo anteriormente expuesto, tampoco la Sra. Marí Juana expuso, en el acto de la vista ante la Sala, razones absolutamente impeditivas de un posible retorno a Madrid, lo que sí se adujo de contrario, ante la hipótesis de su traslado Barcelona, por justificados motivos laborales.

En cualquier caso, los expuestos inconvenientes quedan superados por las ventajas que ofrece la alternancia acordada por el Juzgado, en cuanto único medio, a la vista de los antecedentes expuestos y las circunstancias concurrentes, de preservar, en la vida de las menores, la insustituible figura paterna, pues la hoy apelante no ofrece, frente a tal solución, otra alternativa que mantener en su favor la función debatida, con un régimen normalizado de visitas en pro del padre que, como se ha expuesto, ha sido injustificadamente entorpecido, cuando no ha impedido absolutamente, en el pasado reciente por el entorno materno, sin exponerse a nuestra consideración razones que hagan pensar que aquellas trabas van a desaparecer de modo automático, y en su totalidad, de acogerse la pretensión revocatoria formulada.

Tampoco se ha demostrado que don Rogelio , en su estructura de vida y organización familiar, carezca de las condiciones y aptitudes necesarias para asumir el cuidado cotidiano de la prole, dado que la apelante ninguna prueba intentó al respecto, por lo que los alegatos al respecto vertidos en el trámite del *artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* resultan inocuos, atrayendo al caso las consecuencias procesales contempladas en el *artículo 217-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de la evolución y resultados del régimen que ahora se sanciona, que vendrá condicionado, de modo principal, por la conducta y actitud de uno y otro litigante, a valorar por el Equipo Psico-social adscrito al Juzgado, según lo acordado en la sentencia recurrida, y que podría determinar, en el futuro próximo, soluciones distintas a la problemática suscitada, debemos concluir que la que ahora se sanciona por el Órgano a quo es la única, a falta de otras realmente viables, que protege adecuadamente el interés prioritario de las hijas comunes, como medio de mantener viva en las mismas una figura, cual la paterna, injusta y gravemente desvalorizada ante ellas desde el entorno de la madre.

En tal modo, el pronunciamiento impugnado, avalado por el preceptivo informe favorable del Ministerio Fiscal, se revela acorde a la coyuntura expuesta a nuestra consideración, cumpliendo además todos y cada uno de los requisitos al efecto exigidos por el *artículo 92-8ª del Código Civil* , lo que determina que hayamos de corroborar íntegramente el criterio decisorio plasmado en la sentencia de instancia.

QUINTO. No obstante la desestimación del recurso, en consideración a la naturaleza de la cuestión suscitada, singulares circunstancias concurrentes en el caso y flexibilidad permitida en este tipo de procedimientos, en el contexto de la crisis matrimonial, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, conforme facultan los *artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

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

III.- F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación formulado por doña Marí Juana contra la Sentencia dictada, en fecha 22 de julio de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de los de Madrid , en autos de modificación de medidas complementarias de divorcio seguidos, bajo el nº 1231/2004, entre dicha litigante y don Rogelio , debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

No se hace especial condena en las costas procesales devengadas en la presente alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificada a

las partes en legal forma, con sujeción a lo prevenido en el *artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Hijas Fernández; doy fe.