

ROJ: SAP CO 629/2022 – ECLI: ES: APCPO: 2022:629.

SECCIÓN No. 1

Recurso de Apelación Civil 397/2022

Autos de: Familia Modificación de medidas 1386/2019.

ANTECEDENTES:

1.- Con fecha 23 de enero de 2018 recayó la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, en donde se estableció la guarda y custodia compartida respecto de las hijas menores del matrimonio; un régimen de visitas semanal a favor del progenitor no conviviente; un régimen de vacaciones por mitad entre ambos progenitores.

2.- DÑA Benita formuló demanda de modificación de las medidas acordadas, cuya pretensión era que, la guarda y custodia exclusiva de sus hijas sea en su favor; ningún régimen de visitas, vacaciones y estancia entre el padre y las hijas y subsidiariamente un régimen tutelado en el Punto de Encuentro Familiar y según indicaciones del servicio psicológico; una pensión alimenticia que debe ser cubierta por el padre; y, que los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad entre ambos progenitores.

3.- D. Calixto contesta la demanda y formula demanda reconvencional en los siguientes términos: Guardia y custodia a su favor; dos días de visita intersemanal en favor de la madre; un régimen de visitas de fin de semana alternos y vacaciones escolares por mitad a favor de la madre; una pensión alimenticia que debe ser cubierta por la madre; y, que los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad entre ambos progenitores.

4.- El Juzgado de Primera Instancia No. 5 de Córdoba, con fecha 22 de noviembre de 2021 emite la sentencia de modificación de medidas dentro de la causa 1386/2019, en la cual, modificando las medidas, “Se atribuye la guarda y custodia de las menores, al padre quedando compartido el ejercicio de la patria potestad”. Se establece también un régimen de visitas a fin de que la madre pueda compartir con sus hijos, condicionado a la evolución de la intervención terapéutica realizada con el grupo familiar, pudiendo ampliarse o restringirse en base a la evolución favorable o no de la intervención terapéutica del grupo familiar. En la misma sentencia se establece una pensión alimenticia a favor de las hijas, las cuales deben ser cubiertas por la madre.

5.- La madre DÑA Benita, al no estar conforme con la sentencia, ha interpuesto Recurso de Apelación, el cual ha sido admitido y luego del procedimiento de ley, han sido remitidas las actuaciones al Tribunal.

ANALISIS:

1.- El Tribunal, hace bien al desestimar el primer motivo de la apelación, esto es, el pedido de nulidad de actuaciones atendiendo a que la sentencia ha considerado especialmente el informe del equipo psicosocial, cuestionando la forma en que se ha realizado dicho informe, manifestando que, la nulidad planteada por el apelante, cuestiona la forma de realizarse el informe pericial, la dedicación y documentación utilizada así como el contenido del informe, todo lo

cual como dice el Tribunal, debe y puede ser analizado al examinar el fondo del asunto, tomando en cuenta además que, el pedido de nulidad, no se encasilla dentro de los presupuestos establecidos en el art. 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, no existe falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; no se ha realizado bajo violencia o intimidación; no se ha prescindido de normas esenciales del procedimiento, por lo tanto no ha podido producirse indefensión; se ha contado con la intervención de los abogados y del Letrado de la Administración de Justicia, esto entre otras cosas.

2.- El Tribunal motiva su decisión, indicando primeramente que, como bien lo manifiesta la jurisprudencia de forma reiterada, salvo que concurren circunstancias excepcionales el régimen normal y deseable es el de la custodia compartida, el cual debe ser objeto de interpretación y ponderación atendiendo al interés superior del menor.

3.- De las sentencias emitidas por el Juzgado de Primera Instancia No. 5 de Córdoba, así como por el Tribunal, se desprende que, el informe del equipo psicosocial, es indispensable para las decisiones que pueda tomar el juzgador, esto pese a que el mismo no es vinculante, sin embargo, ha sido ratificado a presencia judicial, sometido a contradicción por las partes, y elaborado por profesionales que ofrecen garantía de imparcialidad dada su integración en la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, han examinado a todos los afectados, en base a lo cual, en la especie, como bien lo manifiesta el Tribunal, se evidencia que existe una mala relación entre los progenitores que “afecta de forma directa a sus hijos”; que durante la tramitación del procedimiento, la madre ha trasladado su domicilio a un lugar distante de la ciudad donde han venido cursando sus estudios las hijas, lo cual hacen imposible que se establezca un régimen de visitas compartido. Todo lo cual va en contra de los requisitos que el Juez debe tener en cuenta para establecer la custodia compartida, esto es:

a) Que los domicilios sean próximos, pues no puede establecerse una custodia semanal con una madre que como en este caso, de manera premeditada traslada su domicilio desde la ciudad de Córdoba donde han venido cursando sus estudios sus hijas a otra dirección a 55 km de distancia, lo cual no permite que sea compatible con los horarios de las menores, el colegio, las actividades que realizan, produciendo un excesivo traslado de los menores en grandes distancias (Sentencia SAPV 21/01/2015).

b) Disponibilidad de ambos progenitores para el cuidado de los hijos, es verdad que, puede solicitarse ayuda de terceras personas de confianza ([abuelos](#), tíos, nueva pareja) para el cuidado de los hijos en momentos puntuales, sin embargo, es necesaria cierta disposición horaria para que los menores estén en compañía de sus progenitores (Sentencia SAPV 04/05/2015), lo cual no se ha permitido en la presente causa, pues la madre ha buscado alejar a sus hijas del padre, no solo con la distancia, sino influenciándolas en su contra.

4.- Al respecto de la custodia compartida, la Jurisprudencia del Tribunal en la Sentencia del TS de 8 de octubre de 2009 declara que *"del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando **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.*
- *El respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar.*
- *Los acuerdos adoptados por los progenitores.*
- *La ubicación de sus respectivos domicilios.*
- *Horarios y actividades de unos y otros.*
- *El resultado de los informes exigidos legalmente.*
- *Y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"*
- *"Criterios que son los que deben tenerse en cuenta para **decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo** en la medida a adoptar", como señala después la misma Sala en Sentencia de 11 de marzo de 2010.*

5.- Además del informe del equipo psicosocial, se destaca que "las menores exhiben un discurso aprendido e importado, crítico y repleto de elementos de rechazo hacia la figura paterna", evidenciándose que el progenitor, en este caso la madre, ejerce una influencia negativa en contra del padre de las menores, lo cual desestabiliza su normal desarrollo, resultando sumamente perjudicial para el desarrollo de las menores si persiste ese sentimiento de rechazo injustificado, hacia la figura paterna, pues en la pericia se indica que "existe evidencia clínica que crecer rechazando a uno de los progenitores, más sin base objetiva para ello, es un factor de riesgo para la conformación de la personalidad adulta". Razón por la cual consideran que la decisión judicial de otorgar la guarda y custodia al padre, es pertinente pese al posible peligro que conlleve, además se debe tomar en cuenta que, los posteriores informes de la USMI con relación a Esperanza que era quien presentaba mayores problemas, permite justificar y ratificar la inicial decisión judicial.

6.- CONCLUSIÓN.- De la revisión de la sentencia que nos ocupa, se evidencia que, la motivación primordial del fallo tiene su sustento mayormente en el informe del equipo psicosocial Judicial, tomando en cuenta que el informe es emitido por un equipo de profesionales capacitados, siendo que dicho informe ha sido sometido a contradicción por las partes e incluso por el propio órgano judicial, considerando que el equipo psicosocial, ha evaluado las circunstancias personales, sociales, familiares y educativas de las menores de edad en este caso, orientando respecto a las necesidades educativas y medidas indicadas para atender las mismas, informe que ha sido atacado por la recurrente, por supuestas falencias cometidas, las cuales han sido muy bien analizadas por el Tribunal, quienes al parecer consideran que el informe del equipo psicosocial, pese a no ser vinculante, resulta de gran ayuda para la toma de decisiones en estos casos, lo cual lo comparto, pues al ser un equipo de profesionales (peritos) se convierten en los ojos y oídos del juzgador, quien conoce y debe centrarse en el tema legal, necesitando del equipo técnico para que le inteligencie sobre el aspecto psicológico y hasta social de las partes intervinientes y sobre todo de las menores de edad, las cuales son sujetos de derechos y merecen una protección

especializada. Considero acertada la decisión tomada, toda vez que, al existir una influencia negativa de un progenitor sobre los hijos, en contra del otro, se estaría produciendo una alienación y por ende una falsa percepción de los hechos, lo cual tendrá repercusiones nocivas en la psiquis de los menores, quienes crecerán con sentimientos de odio y frustración.

Dr. Msc. Patricio Gualotuña A.