



Roj: **SAP CO 629/2022 - ECLI:ES:APCO:2022:629**

Id Cendoj: **14021370012022100628**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2022**

Nº de Recurso: **397/2022**

Nº de Resolución: **719/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO CABALLERO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCION Nº 1

Recurso de Apelación Civil **397/2022**

Autos de: Familia Modificación de Medidas 1386/2019

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE CORDOBA

SENTENCIA Nº 719/2022

MAGISTRADOS:

Presidente: D. PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO.

D. VICTOR MANUEL ESCUDERO RUBIO

D. FERNANDO CABALLERO GARCÍA.

En Córdoba, a quince de julio de dos mil veintidós.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial, ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra sentencia de fecha 22 de noviembre de 2021, recaído en los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, por **DÑA. Benita**, representada por la Procuradora Dña. Pilar Gutiérrez-Rave Torrent, bajo la dirección jurídica de la Letrada Dña. Aurora Genovés García, siendo parte apelada **D. Calixto** representado por la Procuradora Dña. Remedios Gavilán Gisbert, bajo la dirección jurídica del Letrado D. Ricardo Márquez Delgado; con la intervención del Ministerio Fiscal.

HECHOS

Se aceptan los hechos de la Sentencia recurrida y,

PRIMERO.- Seguido por sus trámites, se dictó sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba, el día 22 de noviembre de 2021 cuya parte dispositiva literalmente dice:

"Que desestimando la demanda de modificación de medidas interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.ª Pilar Gutiérrez-Ravé Torrent en nombre y representación de D.ª Benita y estimando la demanda reconvencional interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.ª Remedios Gavilán Gisbert en nombre y representación de D. Calixto acuerdo la modificación de la sentencia de 23 de enero de 2018 dictada en los autos de divorcio 587/16 en el siguiente sentido:

- *Se atribuye la guarda y custodia de las menores al padre quedando compartido el ejercicio de la patria potestad.*
- *Se establece un régimen de visitas a favor de la madre tutelado a través del PEF y condicionado a la evolución favorable de la intervención terapéutica realizada con el grupo familiar. El régimen de visitas comenzará siendo de*

un día semanal durante dos horas en virtud de la disponibilidad del PEF. El PEF deberá informar trimestralmente de la evolución de las visitas.

La intervención terapéutica con el grupo familiar se llevará a cabo por los Servicios Sociales y el Equipo de Tratamiento Familiar y la intervención de la terapeuta de la Unidad de Salud Mental del HOSPITAL000 de Córdoba que asiste a Esperanza tal y como se propone por el Equipo Psicosocial y el Ministerio Fiscal y ello con la finalidad de superar las dificultades que existen para recuperar la relación del progenitor con sus hijas.

Estas visitas podrán ampliarse o restringirse a propuesta del PEF en función de la evolución favorable o no de la intervención terapéutica del grupo familiar.

- Se establece una pensión de alimentos a favor de las hijas y a cargo de la madre de 150 euros mensuales por hija. Dicha cantidad deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el padre y se actualizará anualmente cada primero de enero conforme a las variaciones del IPC que fije el INE u Organismo que lo sustituya.

- Los gastos extraordinarios de las menores se seguirán abonando al 50% en la forma y modo establecidos en la sentencia de 23 de enero de 2018.

El resto de medidas se mantienen inalteradas.

En cuanto a las costas cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad"

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación la representación procesal de Dña. Benita que fue admitido, dándose traslado por el término legal del mismo a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, oponiéndose al recurso de contrario, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo,

TERCERO.- Mediante auto de fecha 9/5/22 se admitió la prueba documental aportada por la parte apelante como hechos nuevos, tras lo cual se señaló para deliberación el día 14 de julio de 2022.

Es Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. D. FERNANDO CABALLERO GARCIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida

PRIMERO - La sentencia de 22 de noviembre de 2021 del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Córdoba recaída en el procedimiento de modificación de medidas 1386/19 desestimaba la demanda de modificación de medidas de Dª. Benita y estimaba la demanda reconconvencional de D. Calixto y acuerda la modificación de la sentencia de 23 de enero de 2018 en el siguiente sentido:

- Se atribuye la guarda y custodia de las menores al padre quedando compartido el ejercicio de la patria potestad.

- Se establece un régimen de visitas a favor de la madre tutelado a través del PEF y condicionado a la evolución favorable de la intervención terapéutica realizada con el grupo familiar. El régimen de visitas comenzará siendo de un día semanal durante dos horas en virtud de la disponibilidad del PEF. El PEF deberá informar trimestralmente de la evolución de las visitas.

La intervención terapéutica con el grupo familiar se llevará a cabo por los Servicios Sociales y el Equipo de Tratamiento Familiar y la intervención de la terapeuta de la Unidad de Salud Mental del HOSPITAL000 de Córdoba que asiste a Esperanza tal y como se propone por el Equipo Psicosocial y el Ministerio Fiscal y ello con la finalidad de superar las dificultades que existen para recuperar la relación del progenitor con sus hijas.

Estas visitas podrán ampliarse o restringirse a propuesta del PEF en función de la evolución favorable o no de la intervención terapéutica del grupo familiar.

- Se establece una pensión de alimentos a favor de las hijas y a cargo de la madre de 150 euros mensuales por hija. Dicha cantidad deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el padre y se actualizará anualmente cada primero de enero conforme a las variaciones del IPC que fije el INE u Organismo que lo sustituya.

- Los gastos extraordinarios de las menores se seguirán abonando al 50% en la forma y modo establecidos en la sentencia de 23 de enero de 2018.

El resto de medidas se mantienen inalteradas.

En cuanto a las costas cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad

SEGUNDO .- Frente a dicha sentencia la procuradora Sra. Gutiérrez Ravé Torrent en representación de D^a. Benita formuló recurso de apelación.

TERCERO .- En el presente procedimiento nos encontramos que con fecha *23 de enero de 2018* recayó *sentencia de divorcio* de mutuo acuerdo en la que se establecía:

- la guarda y custodia compartida respecto a las hijas menores del matrimonio, Esperanza (nacida el NUM000 de 2010) y María (nacida el NUM001 de 2013), por semanas alternas.
- un régimen de visitas semana a favor del progenitor no conviviente.
- un régimen de vacaciones por mitad entre ambos progenitores.

CUARTO .- D^a. Benita formuló demanda de modificación de la medidas acordadas en la que interesaba:

- Guarda y custodia exclusiva a favor de la madre.
- Ningún régimen de visitas, vacaciones y estancia entre el padre las hijas y subsidiariamente un régimen tutelado en el Punto de Encuentro Familiar y según indicaciones del servicio psicológico.
- Una pensión de alimentos en favor de cada hija por importe de 250 € mensuales.
- Los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad entre ambos progenitores.

QUINTO .- D. Calixto contestó a la demanda y formuló *demanda reconventional* en la que interesaba:

- Guarda y custodia exclusiva a favor del padre.
- Dos día de visita intersemanal en favor de la madre
- Un régimen de visita de fin de semanas alternos y vacaciones escolares por mitad en favor de la madre.
- Una pensión de alimentos de 100 € al mes para cada hija y a cargo de la madre.
- Los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad entre ambos progenitores.

SEXTO .- Mediante *sentencia de 22 de noviembre de 2021* se consideraba que se había producido una modificación sustancial de la circunstancia de de la sentencia de divorcio.

Por ello, atendiendo a los informe del centro escolar sobre las incidencias acaecidas con la hija Esperanza , a que la madre se ha trasladado desde Córdoba donde residía con las menores y donde cursan sus estudios a la localidad de DIRECCION000 y el informe del Equipo Psicosocial que ha sido ratificado a presencia judicial, en el que se valora la profesionalidad e imparcialidad de su autoría (a diferencia de la pericial de parte aportada por la Sra. Benita (en la que además solamente se había tenido en cuenta las manifestaciones de la madre y la documentación aportada por ella), consideraba que procedía atribuir la guarda y custodia en favor del padre con un régimen de visitas en favor de la madre tutelado a través del Punto de Encuentro Familiar.

SEPTIMO .- *En el primer motivo de apelación se plantea la nulidad de actuaciones atendiendo a que la sentencia ha considerado especialmente el informe del equipo psicosocial* y se cuestiona la forma en que se ha realizado este informe, el tiempo que se ha dedicado al mismo, la falta de objetividad de los profesionales que han aplicado el DIRECCION001 (que carece de refrendo médico) frente a la madre y que no han considerado toda la documentación aportada al procedimiento

OCTAVO .- Respecto a la pretensión de nulidad actuaciones, debemos señalar que el *artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* contempla la procedencia de dicha nulidad " *cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión*".

NOVENO .- En el caso que nos ocupa, la parte apelante cuestiona la forma de realización del informe pericial, la dedicación y documentación utilizada así como el contenido del informe, cuestiones toda ellas que pueden y deben ser discutidas al examinar el fondo del asunto, sin que en ningún momento haya existido ninguna infracción a las normas esenciales del procedimiento (artículo 281 a 298 y 335 a 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Cuestión diferente es que se impugne el contenido del informe así como el protocolo utilizado para la elaboración del mismo.

Por lo tanto, procede desestimar este primer motivo de apelación sin perjuicio de lo que examinaremos a continuación respecto al contenido de dicho informe.

DECIMO .- *El segundo motivo de apelación viene referido a que la sentencia ha utilizado las conclusiones ofrecidas por el equipo psicosocial y las misma no son vinculantes para el tribunal.*

DECIMOPRIMERO .- Sobre la cuestión relativa a la decisión adoptada por el órgano de instancia en cuanto a la atribución de la guarda y custodia exclusiva de las hija menores en favor del padre, debemos señalar que tal y como ha señalado la jurisprudencia de forma reiterada, *salvo que concurran circunstancias excepcionales, el régimen normal y deseable es el de la custodia compartida*. Ahora bien, *este principio general debe ser objeto de interpretación y ponderación atendiendo al superior interés del menor*. En el caso que nos ocupa nos encontramos con las siguientes circunstancias:

- Existe una mala relación entre los progenitores que "afecta de forma directa a sus hijos", como resulta en el informe psicosocial y en los informes de la Unidad de Salud Mental que está atendiendo a la hija menor Esperanza .
- Durante la tramitación del procedimiento, la madre ha trasladado su domicilio desde la ciudad de Córdoba, donde han venido cursando sus estudio sus hijas a la localidad de DIRECCION000 , que se encuentra a 55 km. de Córdoba y a una hora de viaje.

Ambas circunstancias, conjuntamente, hacen imposible y desaconsejable el establecimiento de un régimen de custodia compartida, como sería lo deseable para el interés de las menores, por lo que *la cuestión que debía resolver el juzgado de instancia era determinar si la custodia exclusiva debía atribuirse al padre o a la madre*.

DECIMOSEGUNDO .- *En el recurso de apelación se indica que las conclusiones del informe del equipo psicosocial no son vinculantes para el tribunal*.

Debemos señalar que este planteamiento en abstracto y de forma genérica es correcto. Ahora bien, debemos tener presente que, en el caso que nos ocupa, dicho informe ha sido:

- Ratificado a presencia judicial.
- Sometido a contradicción por las partes e incluso por el propio órgano judicial.
- Ha sido elaborado por profesionales, que ofrece suficiente garantía de imparcialidad dada su integración en la ADMINISTRACION PUBLICA y encontrarse al servicio de los juzgados y tribunales, órganos auxiliares de éstos.
- Han examinado a todos los afectados (padre, madre, hijas y familiares más cercanos) y se han reunido con los servicios sociales, con el equipo directivo del colegio donde estudian las menores y con el médico pediatra de las mismas.
- Han examinado toda la documentación que se les ha remitido y han considerado relevante.

DECIMOTERCERO .- Indica la parte apelante que, tal y como manifestaron el acto del juicio, los integrante del Equipo Psicosocial no han examinado alguna de la documentación obrante en los autos.

Debemos señalar que en las actuaciones aparecen numerosos documentos, unilateralmente redactados por alguna de las partes como son diversos escritos al colegio, al servicio de inspección educativa, correos electrónicos a la otra parte, ... documentos que no son decisivos, máxime cuando se ha dispuesto de una entrevista personal con los interesados/afectados.

Por otro lado, también existen numerosas grabaciones de audios y videos que han sido realizados sin ofrecer ningún tipo de garantía sobre la forma de su realización.

DECIMOCUARTO.- Además, hay que destacar que la sentencia de instancia no ha atendido exclusivamente a dicho informe psicosocial, que tal y como hemos indicado ofrecía mayores garantías que el informe de parte que presentó la Sra. Benita y que solamente había atendido a las manifestaciones de la proponente de la prueba, sin atender a la otra parte.

DECIMOQUINTO .- También ha considerado la sentencia de instancia la existencia de un incumplimiento continuado del régimen de custodia compartido (inicialmente fijado en la sentencia de divorcio de 23 de enero de 2018) desde el mes de noviembre de 2019 hasta diciembre 2020 como consecuencia de las diversas denuncias presentadas por la Sra. Benita , sin que haya existido ninguna sentencia condenatoria.

DECIMOSEXTO .- Además, esta Sala considera como circunstancia especialmente a tener en cuenta que la hija Esperanza ha sido diagnosticada de DIRECCION002 , siendo objeto de seguimiento en la Unidad de Salud Mental Infantil (USMI) del HOSPITAL000 de Córdoba.

Posiblemente, este sea una de las circunstancia que explican la inadaptación escolar de dicha menor, tal y como resulta de la documental del centro educativo obrante en la actuaciones y de una cierta inadaptación social como consecuencia del desajuste emocional.

DECIMOSEPTIMO .- Por otra parte, la hija María , según se indica en el informe psicosocial, no presenta graves problemas de adaptación ni de integración social, presentando eso sí un alto sufrimiento e insatisfacción personal como consecuencia de la situación de conflicto entre padre e hijas.

DECIMOCTAVO .- En esta situación de conflicto anteriormente expuesto, en el informe del equipo psicosocial se destacaba que *"la menores exhiben un discurso aprendido e importado, crítico y repleto de elementos de rechazo hacia la figurapaterna"*, siendo esto un elemento desestabilizador en el normal desarrollo de las menores.

Por ello, en la pericial 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"*.

Por ello, dicha pericial expone que, de no recibir atención psicológica apropiada, se verá afectado el desarrollo del autoconcepto y consecuentemente su desarrollo produciendo un daño emocional pudiéndose agravar con cuadro fóbico... Se debe reparar el daño psicológico y restablecer los vínculos, *p or lo que, propone la custodia paterna para reparar tales daños*.

DECIMOVENO .- Debemos destacar que, ciertamente es arriesgado atribuir la guarda y custodia exclusiva en favor de uno de los progenitores, cuando existe un rechazo evidente de una de las hijas (Esperanza) hacia su padre y otro de menor intensidad pero mediatizado por su hermana mayor.

Ahora bien, el riesgo que conlleva este atribución de la guarda y custodia encuentra su justificación en el peligro para el desarrollo psicológico y de la personalidad de las menores si persiste ese sentimiento de rechazo, injustificado, hacia la figura paterna.

VIGESIMO .- A ello, debemos señalar que pese a los problemas iniciales que conlleva esta decisión judicial, *los posteriores informes de la USMI* aportados al procedimiento y relativos a la evolución de Esperanza después de la sentencia de instancia, que era quien presentaba mayores problemas, nos ofrecen una información que permite justificar y ratificar la inicial decisión judicial.

Así, en el *informe de 9 de marzo de 2022* se indica *"ha disminuido la conducta de agresividad verbal, desafío y oposición a las normas de la casa paterna... Mantiene un buen funcionamiento escolar y extraescolar. Mantiene una buena contención de irritabilidad y otro estado emocionales. La niña continúa mostrando un afecto negativas frente al padre aunque está contenido e interiorizado. Refiere estar contenta por haber recibido un regalo de su padre por haber sacado buenas notas. También refiere que su padre ya le da más libertad para salir con una amiga los fines de semana. Ausencia de problemas de conducta, ausencia de episodios de ansiedad aunque ánimo variable"*.

Y en el *informe de la USMI de 2 de abril de 2022* se indica *"se siente cuidada y cada vez más adaptada a la casa de su padre pero echa mucho de menos a su madre. Describe experiencias agradables en el entorno familiar paterno "el padre ha valorado mucho las notas y los resultados académicos, el padre comienza a dar más libertad para salir con amigas,...)"*.

VIGESIMOPRIMERO .- A todo lo expuesto, cabe añadir la conveniencia del mantenimiento de la residencia de las hijas en la localidad de Córdoba, donde siempre han estudiado y tienen su círculo de relaciones, máxime cuando presentan estos problemas de integración y adaptación a los que hemos hecho referencia.

VIGESIMOSEGUNDO .- Por lo tanto y a tenor de lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación y con ello la ratificación decisión de la primera instancia, si bien, esta Sala quisiera destacar la conveniencia de la ampliación del régimen de visitas en favor de la madre, dentro del marco señalado en la sentencia de instancia que atribuye la decisión al Punto de Encuentro Familiar en función de la evolución de la intervención terapéutica del grupo familiar.

VIGESIMOTERCERO .- Respecto a las costas de esta alzada, dada la especial naturaleza de esta clase de procedimiento no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Gutiérrez Ravé Torrent en representación de D^a. Benita frente a la sentencia del Juzgado de 1^a Instancia nº 5 de Córdoba de 22 de noviembre de 2021 recaída en el procedimiento de modificación de medidas 1386/19 debemos confirmar la misma. Todo ello sin pronunciamiento especial en materia de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que el régimen de recursos será el resultante del Acuerdo del Pleno de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017.



Devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ