



Roj: **SAP C 62/2019 - ECLI: ES:APC:2019:62**

Id Cendoj: **15030370052019100024**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **14/01/2019**

Nº de Recurso: **549/2017**

Nº de Resolución: **12/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MANUEL CONDE NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

A CORUÑA

SENTENCIA: 00012/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

A CORUÑA

N10250

CALLE DE LAS CIGARRERAS Nº 1 (ENFRENTA A PLAZA PALLOZA) CP 15071

Tfno.: 981 18 20 99/98 Fax: 981 18 20 97

N.I.G. 15036 42 1 2017 0001413

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000549 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000261 /2017

Recurrente: Doroteo

Procurador: MANUEL PEDRO PEREZ SAN MARTIN

Abogado: MARIA DEL ROCIO BECEIRO GONZALEZ

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº 12/2019

Ilmos. Sres. Magistrados:

MANUEL CONDE NUÑEZ

JULIO TASENDE CALVO

CARLOS FUENTES CANDELAS

En A CORUÑA, a catorce de enero de dos mil diecinueve.



En el recurso de apelación civil número **549/2017**, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION000 , en Juicio núm. 261/2017, seguido entre partes: Como APELANTE: DON Doroteo , representada por el Procurador Sr. PÉREZ S. MARTÍN; como **APELADO: D^a Marcelina** , representado por el Procurador Sr. RODRÍGUEZ RAMOS y el **MINISTERIO FISCAL** .- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. **DON MANUEL CONDE NÚÑEZ**.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000 , con fecha 28 de julio de 2017, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

"Que debo estimar y estimo, parcialmente, la demanda presentada DOÑA Marcelina , representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Rodríguez Ramos, contra: DON Doroteo , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Pérez San Martín, con desestimación de la demanda reconvenicional presentada por DON Doroteo contra DOÑA Marcelina y, en consecuencia, debo acordar y acuerdo haber lugar a la modificación de medidas interesada por la actora en lo que respecta al régimen de visitas fijado a favor de Don Doroteo en Sentencia, firme, de fecha 13 de noviembre de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de DIRECCION000 , en los autos 38/2006, por la que se aprobó el Convenio Regulador de fecha 12 de julio de 2006, el cual se sustituye por el que queda redactado como sigue:

"1º.- Acomodar el citado régimen, al interés prevalen te del menor, teniéndose presentes sus superiores intereses.

2º. - Se suspende, cautelar y provisionalmente, el .régimen de visitas en los4 términos fijados en el presente convenio regulador de fecha 12 de julio de 2006, el cual se reanudará la sola audiencia del menor, sin necesidad de un nuevo procedimiento de modificación de medidas.

30.- Se fija a favor del padre, como progenitor no custodio, un régimen de visitas, durante el período de tiempo en que el régimen ordinario se encuentre suspendido, consistente en:

- Un fin de semana al mes, sin derecho de pernocta, salvo voluntad expresa en contrario manifestada por el menor.

La elección del fin de semana se realizará por consenso y acuerdo previo del menor con su padre. No obstante, ante la falta de acuerdo entre ellos, se fija el último fin de semana de cada mes.

El horario de las visitas será los sábados y los domingos de 12:00 a 18:00 horas, dependiendo de la voluntad del menor, al igual que respecto de la pernocta, el prolongar estas visitas por acuerdo con su padre, Lo que deberá ser comunicado por el padre a la madre".

Se confirman en todo lo que no sea modificado por esta resolución las medidas que regulan los efectos derivados de la disolución, por divorcio, del matrimonio de los litigantes, aprobadas en la citada sentencia.

Todo ello sin expreso pronunciamiento en cuanto a las Costas causadas, dada la especialidad de la materia objeto de las presentes actuaciones."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de DON Doroteo que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para vista el día 20 de diciembre de 2018, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-I.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000 , de fecha 28 de julio de 2017, acordó en su parte dispositiva la estimación parcial de la demanda interpuesta por la representación procesal de Doña Marcelina contra D. Doroteo , y la desestimación de la demanda reconvenicional presentada por éste último contra aquella, acordando haber lugar a la modificación de las medidas interesadas por la actora, en lo que respecta al régimen de visitas fijado a favor de D. Doroteo en sentencia firme de fecha 13 de noviembre de 2006, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de DIRECCION000 , en los autos 38/2006, por la que se aprobó el convenio regulador de fecha 12 de julio de 2006, que se sustituye por el siguiente:

"1º Acomodar el citado régimen al interés prevalente del menor, teniéndose presente sus superiores intereses.



2º.- Se suspende, cautelar y provisionalmente, el régimen de visitas en los términos fijados en el presente convenio regulador de fecha 12 de julio de 2006, el cual se reanudará la sola audiencia del menor, sin necesidad de un nuevo procedimiento de modificación de medidas.

3º.- Se fija a favor del padre, como progenitor no custodio, un régimen de visitas durante el periodo de tiempo en que el régimen ordinario se encuentra suspendido, consistente en:

-Un fin de semana al mes, sin derecho de pernocta, salvo voluntad expresa en contrario manifestado por el menor.

La elección del fin de semana se realizará por consenso y acuerdo previo del menor con su padre. No obstante, ante la falta de acuerdo entre ellos, se fija el último fin de semana de cada mes.

El horario de las visitas será los sábados y los domingos de 12,00 a 18,00 horas, dependiendo de la voluntad del menor, al igual que respecto de la pernocta, el prolongar estas visitas por acuerdo con su padre, lo que deberá ser comunicado por el padre a la madre."

II.- Contra la referida resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Doroteo interesando la revocación de la sentencia de instancia, con desestimación de la demanda y estimación de la reconvenición, solicitando que se acuerde la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores y subsidiariamente, se acuerde mantener el régimen de visitas fijado a favor del padre por sentencia de fecha 13 de noviembre de 2006, que aprobó el convenio regulador de fecha 12 de julio de 2006.

En el acto de la vista del recurso no se interesó la custodia compartida y se solicitó que se mantuviera el régimen de visitas establecido en la sentencia de 13 de noviembre de 2006.

SEGUNDO.- I.- Según tenemos declarado en nuestras Sentencias de 19 de enero de 2006 , 21 de junio de 2007 , 6 de noviembre de 2008 , 11 de febrero de 2010 y 1 de julio 2011 , entre otras, las medidas relativas al cuidado de los hijos en situaciones de crisis matrimonial han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (art. 39 de la Constitución Española), del "favor filii", procurando ante todo el beneficio o interés material y moral de los mismos en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores. Este principio, de protección integral y preferente de los hijos menores, aparece también proclamado en diversos Convenios y Tratados Internacionales, como La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, o la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92), y constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los arts. 92 , 96 , 103 y 159, entre otros, del Código Civil , que debe presidir la aplicación de la Ley a tales conflictos. Además, el Tribunal, antes de adoptar cualquier medida concerniente a su custodia, cuidado y educación, ha de velar por el cumplimiento del derecho a ser oídos de los hijos menores que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años (arts. 92.2 y 6 y 159 CC , en relación con los arts. 770-4ª y 777.5 LEC), reconociéndose con carácter general el derecho de menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial en el que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor). También adquiere en estos casos singular relevancia el dictamen emitido por especialistas debidamente cualificados en la materia, relativo a la idoneidad del modo de ejercer la patria potestad y del régimen de custodia de los menores, sobre todo en caso de duda sobre la medida a adoptar, a los cuales el Juez puede acudir de oficio para tomar una decisión mejor fundada (art. 92.9 CC , en relación con los arts. 770-4ª y 777.5 LEC).

Por otra parte, y como también hemos señalado en nuestras Sentencias de 1 de junio de 2006 , 31 de mayo de 2007 , 20 de noviembre de 2008 y 12 de febrero de 2009 , entre otras, el derecho a relacionarse y comunicarse los hijos con los padres u otros parientes, también llamado derecho de visita, regulado en los arts. 94 , 160 y 161 del CC , debe ser concebido, más que como una facultad en beneficio exclusivo de éstos, como una función o derecho-deber que ha de ser ejercitada atendiendo a ese interés superior de los menores, siendo su finalidad primordial proteger y fomentar la relación humana y afectiva de éstos con los padres, aunque no ejerzan la patria potestad, y con sus más cercanos parientes o allegados, procurándoles la formación y el desarrollo integral que su personalidad necesita. Esta función tuitiva del derecho de visita, en beneficio de la formación e integración familiar y social del menor, también ha sido señalada por la jurisprudencia, que, además de proclamar que no debe ser objeto de interpretación restrictiva y que sólo debe ceder en caso de darse un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (SS TS 30 abril 1991 , 19 octubre 1992 , 21 julio 1993 y 9 julio 2002), reconoce al Juez amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación más conveniente al menor en cada caso y momento concreto, sin carácter definitivo (SS TS 22 mayo 1993 y 17 septiembre 1996) y sin someterse a los principios dispositivo y de rogación característicos del proceso civil (arts. 91 CC y 216 , 751 y 752 LEC).



II.- Son datos a tener en cuenta para la resolución del presente asunto, las siguientes:

1º) En el escrito de demanda, presentado por la representación procesal de Doña Marcelina , se solicita que se dicte sentencia por la que se modifique el pronunciamiento acordado en sentencia de divorcio de fecha 13 de noviembre de 2006, por lo que respecta al régimen de visitas fijado con el hijo menor de edad, acordando que se sustituye el último párrafo de la estipulación cuarta del convenio regulador por la siguiente cláusula "no obstante, el presente régimen se acomodará a los intereses del menor, y se aplicará con la flexibilidad que la situación requiera; siempre atendiendo a los superiores intereses del niño, que, en todo caso, tendrá la facultad, cuando así lo desee, y avisando con al menos un día de antelación al padre, de suspender el régimen de visitas estipulado en el presente convenio regulador, hasta que libremente decida reanudarlo."

En el hecho segundo se dice que la demanda se interpone con la única finalidad de añadir a la estipulación cuarta del convenio regulador, que contempla un convenio al uso, una cláusula por la que se confiere al propio menor la posibilidad de modular el régimen de visitas de tal modo que sea éste el que decida si desea pasar tiempo en compañía de su padre. A estos efectos -se añade en la demanda- esta parte considera que el menor, nacido el NUM000 de 2003, ha alcanzado un altísimo grado de madurez para su edad y, como consecuencia, es plenamente consciente de las consecuencias de su decisión, que ha alcanzado de manera libre y voluntaria, siendo así que ha sido el propio menor el que ha requerido a la madre para que finalizasen las estancias de fin de semana que se veía obligado a pasar con su padre.

Y en los hechos siguientes de la demanda se hace referencia a los hechos que han sucedido, y que considera la demandante que justifican la decisión del hijo menor. Así se dice que el padre, militar de profesión, con posterioridad a la aprobación del convenio regulador, solicitó voluntariamente diversos destinos profesionales que le llevaron a residir durante largos periodos, de varios años de duración, en las Islas Canarias, en primer lugar, y, posteriormente, en el extranjero, en concreto, en Inglaterra y en Italia, por lo que se puede afirmar que desde un primer momento el demandado antepone sus necesidades personales y su desarrollo profesional ante sus obligaciones y responsabilidades como padre. Como consecuencia de los destinos del padre, el menor visitó en Gran Canaria a su padre y a la que por aquel entonces era su pareja, así como en Inglaterra donde el niño pasó tiempo para acudir a un campamento de verano a instancia del demandado. Cuando finalizó su estancia en el Reino Unido, el demandado solicitó un nuevo destino fuera de España, a la ciudad Italiana de Nápoles, y una vez establecido solicitó a la madre que su hijo se trasladase a vivir con él durante dos años, siendo la voluntad del menor, que contaba con 10 años, la que dirimió la cuestión, aceptando la madre que el hijo se fuera a vivir con su padre a Nápoles durante ese año, ya que en aquel momento el niño le transmitió su deseo de vivir con el padre. La demandante no sabe a ciencia cierta lo que pudo suceder durante la estancia del niño en Italia, más allá de los detalles que éste lo confiesa angustiado durante un ataque de nervios, explicándole porque se quiere quedar en DIRECCION000 con ella. En cualquier caso, el menor estuvo residiendo en Nápoles con su padre durante el primero de los dos años acordados, y fue cuando volvió a DIRECCION000 , con ocasión de las vacaciones estivales que le pidió a su madre que no le obligara a volver a Nápoles, a lo que ésta accedió, no sin dificultad, toda vez que no había solicitado plaza para escolarizarlo en España. Parece ser que durante aquel periodo el padre acababa de romper su relación sentimental con lo que había sido su pareja hasta entonces, y llevaba una vida desordenada que el niño ocultaba para proteger a su padre porque se sentía en la obligación de cuidarlo, siempre según relata su propio hijo. En este sentido, el menor afirma que el demandado consumía alcohol con frecuencia, que simultaneaba con pastillas que el niño le veía tomar cada mañana. Como consecuencia, el mismo describe haber sentido presión y una gran responsabilidad, no acorde con la edad del niño, que por aquel entonces tenía 11 años. En una ocasión describe como se queda toda la noche despierto y muy asustado esperando a que su padre vuelva en sí, después de que cae desplomado delante de él en el suelo del salón, sin saber si había muerto. Hecho que sucede después de una cena con unos amigos en esa en la que el niño describe haber visto a su padre consumir alcohol. Es importante recalcar que, confrontado ante tales acusaciones por parte de su hijo, la respuesta del demandado ha consistido en negarlo todo y en enfrentarse con el menor, al que ha llegado a tildar de mentiroso. Sin embargo el hecho decisivo que trastocó definitivamente la relación entre padre e hijo ocurrió a finales de diciembre de 2016, durante las vacaciones de noviembre, fecha en la que la demandante se encontraba ausente y el menor había quedado al cuidado de los abuelos maternos durante unos días. Una tarde había acudido el niño al cine con un amigo, y al salir se encontró a su padre esperándolo, que se había deshecho de la abuela que era quien había quedado en recogerlo. El menor no quiso enzarzarse en una discusión con su padre delante de su amigo, pero una vez en la casa de aquel insistió una y otra vez en que no quería estar allí y en que quería volver para la casa de los abuelos, a lo que el padre se negó con vehemencia. Parece ser que el menor se abalanzó sobre su padre, el cual, al ser mucho más fuerte no tiene ningún problema en reducirlo, para posteriormente llevarlo a su habitación y seguir pegándole, según describe el menor, situación que provoca una gran indefensión en el niño que tiene que actuar como si no pasara nada ante la obligación de permanecer con el padre varios días más. Desde entonces el menor ha mostrado una extrema aversión ante la posibilidad



de volver a reunirse con su padre, llegando al extremo de padecer somatizaciones que provocan diferentes visitas al médico.

2º) El Ministerio Fiscal en las conclusiones en el acto del juicio en Primera Instancia, solicitó, a la vista de la prueba practicada, que se mantuviera la guarda y custodia a favor de la madre, al encontrarnos ante una situación no provocada por la progenitora, sino ante una resistencia clara y patente del menor a estar con su padre, sin que la mala relación entre ellos sea provocada por la madre, por lo que se debe dejar un cierto grado de autonomía al menor cuya voluntad no puede doblegarse continuamente.

3º) La sentencia de instancia, en el fundamento de derecho cuarto, dice que el continuo cambio de residencia llevó al demandado recurrente a ser durante periodos prolongados de tiempo una figura paterna ausente, y así sucedió durante los 3 primeros años de vida del menor, y más próximo en el tiempo, desde el año 2013 hasta el 2016, en que regresó a DIRECCION000 en agosto de 2016; añadiéndose en dicha resolución que resulta ciertamente desconcertante la conducta del demandado que habiendo estado alejado de la vida diaria del menor durante casi tres años, desde el 2013 hasta agosto del 2016- sin perjuicio de las visitas esporádicas y de las comunicaciones entre ellos- y conociendo que a pesar de la distancia es el menor quien en varias ocasiones, por su propia voluntad, interesó de la madre el pasar más tiempo con su padre (1 año en Italia, varios días consecutivos en noviembre-diciembre de 2016), lo que fue aceptado por ella, pretende, a su regreso a España imponer, -como si la distancia entre padre e hijo durante casi tres años no hubiera existido- el cumplimiento estricto de un régimen de visitas aprobado por resolución judicial, omitiendo en todo momento tanto el criterio como la voluntad manifestada de su hijo; voluntad del hijo que, practicada la audiencia del menor, reveló una evidente madurez impropia de un menor con 13 años de edad, que en octubre cumple 14, y quien refirió que la conducta de su padre es rígida y estricta, que le produce ansiedad, llegando a provocarle el deseo de no pasar ningún tiempo con él, que no disfruta con su padre y no está cómodo en su compañía, que el padre, con alguna salvedad, en lugar de compartir ratos de ocio con su hijo hace que su hijo comparta situaciones y hábitos propios de mayores.

Y en el fundamento de derecho sexto de la sentencia de instancia se dice que atendidas estas premisas, de las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, se considera adecuado, en el presente caso, el establecimiento de un régimen de visitas, aunque sea mínimo, entre el menor y su padre, sin que se objetive beneficio que reporte al menor mantenerse un estado de privación de las visitas respecto del progenitor no custodio, despojándole de un referente que obviamente va a resultar para él enriquecedor y que necesita para la consecución de la plena estabilidad en todo orden, familiar, escolar, social, y para su crecimiento como persona; añadiendo, que atendiendo, no obstante, a la actual situación del menor, en lo que respecta al régimen de visitas fijado en el convenio regulador de fecha 12 de julio de 2006, se acuerda la suspensión cautelar y provisionalmente del mismo, fijando un régimen de visitas, mientras el régimen ordinario se encuentra en suspenso, que hemos recogido en el apartado I del presente fundamento de derecho.

4º En el informe de resultados y conclusiones del estudio pericial del Imelga, de fecha 28 de septiembre de 2018, practicado como prueba en esta segunda instancia, se hace constar en el "Análisis de la Situación" que "nos encontramos ante un relación paterno-filial muy deteriorada en la que se ha suspendido todo contacto desde hace aproximadamente un año a voluntad del menor. Aureliano siente en la actualidad un gran rechazo hacia la figura paterna del cual posee una imagen muy negativa. Este rechazo surgió a partir del periodo de convivencia de ambos en Nápoles y fue incrementándose posteriormente. Consideramos que dicho incremento fue debido, entre otros factores, a la actitud impositiva adoptada por el padre hacia el cumplimiento estricto de unas visitas, que hasta el momento se habían realizado con flexibilidad, adaptadas a la disponibilidad paterna y teniendo en cuenta los deseos y necesidades del menor. Todo ello se complica por no existir una comunicación paterno-filial previa abierta, no sintiéndose el menor con confianza para expresarse libremente con su padre. Hay que tener en cuenta también que las actitudes de rebeldía y enfrentamiento propios de la etapa adolescente en la que se encuentra, pueden incrementar las percepciones y actitudes negativas hacia su progenitor."

Y en las "Conclusiones y Recomendaciones" se dice:

- "A la vista de las circunstancias actuales se estima contraproducente la imposición de un régimen de visitas, ya que no se prevé un cambio en la dinámica relacional con el mero cumplimiento de las mismas, al contrario, es probable que se radicalice la aptitud adoptada por el menor, aumente el rechazo que siente hacia su progenitor y sufra dificultades emocionales derivadas.
- Para modificar esta situación familiar y restablecer la relación paterno filial sería necesaria una intervención terapéutica dirigida a:



o Reorientar adaptativamente la postura paterna, dotarle de habilidades de interacción adecuadas al estado evolutivo del menor, de estrategias de afrontamiento más eficaces, así como reestructurar la percepción negativa que mantiene de la figura materna.

o Promover una conversión de la imagen que tiene el menor de su progenitor y que pueda exteriorizar su resentimiento en un contexto controlado.

· Sería desde esa intervención y dependiendo de la evolución familiar, donde se podría decidir la forma adecuada de realizar los contactos, de una forma negociada y consensuada (se recomienda el contacto con el Gabinete de Orientación Familiar de la Xunta de Galicia)

· Se considera importante la colaboración y apoyo de la madre en la labor terapéutica y que ambos progenitores restablezcan la comunicación necesaria para ejercer de forma responsable sus funciones en lo referente al menor."

III.- Es cierto que la decisión adoptada por la juzgadora de instancia, de suspender el régimen de visitas, fijado a favor de D. Doroteo , con su hijo menor, en sentencia firme de divorcio de fecha 13 de noviembre de 2006, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de DIRECCION000 , en los autos 38/2006, que aprobó el convenio regulador de fecha 12 de julio de 2006, y establecer, mientras dura la suspensión, un régimen muy restrictivo de las visitas, de un fin de semana al mes, sin derecho a pernocta, salvo voluntad expresa en contrario manifestada por el menor, los sábados y domingos de 12,00 a 18,00 horas, dependiendo de la voluntad del menor el prolongar estas visitas por acuerdo con su padre, -reanudándose el régimen de visitas ordinario con la sola audiencia del menor sin necesidad de un nuevo procedimiento de modificación de medidas-, viene avalada por la petición de un órgano imparcial, como lo es el Ministerio fiscal, tal y como tenemos recogido con anterioridad, y por el informe de otro órgano imparcial y objetivo, como lo es el Equipo Psicosocial, que ha emitido su informe como prueba acordada en el presente recurso de apelación, es decir, con posterioridad a la sentencia de primera instancia, objeto de recurso de apelación.

Sin embargo, no es menos cierto que, en relación con el régimen de visitas de los hijos menores con el progenitor no custodio, hay que hacer determinadas precisiones, como lo son en primer lugar, que como ya tenemos dicho en reiteradas resoluciones (así nuestras Sentencias de 19 de enero de 2006 , 13 de noviembre de 2008 , 23 de abril de 2009 y 24 de junio de 2010) el deber legal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio normativo relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Ahora bien, este interés puede, en determinados supuestos, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, sin perjuicio de reconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial a tener en cuenta para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado. El deseo de los hijos constituye sin duda una circunstancia relevante capaz de fundamentar cualquier decisión sobre su régimen de guarda y custodia, dada la trascendencia que dicha voluntad tiene a la hora de apreciar las condiciones de convivencia más beneficiosas para el menor, desde la perspectiva de su desarrollo afectivo y protección integral (art. 39 CE), siempre que, naturalmente, ese deseo responda a una voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones o influencias extrañas y a caprichos o inclinaciones pasajeros, que no se acomodan al verdadero interés legalmente tutelado, y que exprese una voluntad razonable con base en unas causas objetivas que sean susceptibles de valoración judicial con el auxilio, en su caso, de especialistas.

Y, en segundo lugar, que el art. 94 del Código Civil , cuando establece que "el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves características que así lo aconsejaran o se incumpliera grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución jurídica" se está refiriendo, para suspender o limitar el régimen de visitas, a graves incumplimientos o a circunstancias objetivas que pongan en riesgo la personas o el desarrollo de los menores.

Y teniendo en cuenta lo expuesto, tenemos que decir por una parte, que los hechos relatados en el escrito de demanda o los recogidos en el informe del Equipo Psicosocial, e incluso los razonamientos de la sentencia de instancia, no contienen datos de los que pueda desprenderse, ni siquiera mínimamente, la existencia de peligro o riesgo para el menor, por el hecho de relacionarse con su padre con un régimen de visitas, pues el único dato objetivo que pudiera tenerse en cuenta, lo sucedido en las navidades de 2016, al que, además de no estar acreditado, no se le puede atribuir el carácter grave a los efectos de suspender el régimen de visitas. Y por otra parte, que, analizando los datos obrantes en autos, llegamos a la conclusión de que quien ha venido decidiendo en todo momento al modo, lugar y tiempo en que debía tener lugar el régimen de visitas con su



padre, fue el hijo menor, y ello desde que tenía 10 años. Así fue dicho menor el que decidió irse con su padre a Nápoles durante 2 años, y después el que, después de transcurrido un año en dicha localidad, decidió regresar a DIRECCION000 con su madre; y es también dicho menor el que decide, después de que su padre viniera a vivir a DIRECCION000 en el mes de agosto de 2016, y así se lo pide a su madre, que cuando ésta estuviera fuera del domicilio por viajes de trabajo, convivir con su padre, aun cuando así no se estableciera en el convenio en el que se regulaban las visitas del menor -Así consta como hecho probado, no cuestionado, en el apartado 5ª del fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada-.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta lo expuesto, para decidir la cuestión litigiosa en esta alzada, tendremos que partir de las circunstancias que ha tenido en cuenta la juzgadora de instancia- que son las mismas en que fundamenta su petición el Ministerio Fiscal, y las mismas que constan en el informe del Equipo Psicosocial- para suspender el régimen de visitas acordado en la sentencia de divorcio, y establecer un régimen restrictivo de visitas del padre con su hijo menor, que no es otro que la propia voluntad del menor, contrario al régimen de visitas establecido.

Y este tribunal estima, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el presente asunto, que, por una parte, no puede continuarse en la actualidad con el amplio y normalizado régimen de visitas establecido por la sentencia de divorcio, por cuanto, y dado el tiempo transcurrido, más de un año, desde que se ha suspendido primero de facto, al negarse el menor a ir con su padre, y después al haberlo acordado así la resolución judicial apelada, resultaría imposible el cumplimiento de dicho régimen, desestimando en este extremo el recurso, y, por otra parte, que, por el único deseo del menor no puede considerarse como razonable un régimen de visitas tan restrictivo, como el que ha establecido la sentencia apelada, que sólo permite al padre ver a su hijo durante 6 horas un sábado y un domingo al mes. Y es que el régimen de visitas del progenitor no custodio con sus hijos menores es un derecho-deber que incumbe a ambos, y, por ello, aun cuando pueda y deba tenerse en cuenta la opinión del hijo en relación con el mismo, sobre todo cuando es mayor de 12 años, ello no quiere decir que los derechos del padre a mantener relación con su hijo desaparezcan por la simple decisión del hijo.

Además, y eso lo sabemos y decimos, que el hecho de que el régimen de visitas que vamos a establecer, va a depender fundamentalmente de la voluntad del menor, y que va a ser de muy difícil cumplimiento, no por ello este tribunal va a privar al padre de poder relacionarse con su hijo. El padre tiene derecho a relacionarse con su hijo menor y éste tiene derecho para también la obligación de relacionarse con su padre. Si no lo hace, ese es su problema, pero lo que no puede pretenderse es que sean los tribunales, sin causa que lo justifique quienes acuerden que sea un hijo menor quien decida si le apetece o no estar con su padre.

El régimen de visitas, que establecemos, para que el padre pueda relacionarse con su hijo menor más de una vez al mes, que es el régimen establecido por la juzgadora de instancia, será el de sábados y domingos alternos de 12 a 20 horas.

Además, y teniendo en cuenta el informe del Equipo Psicosocial; acordamos la obligación de los progenitores y del hijo menor de someterse a la intervención de apoyo del Gabinete de Orientación Familiar en beneficio del menor y de todos los implicados en este conflicto familiar. Y aclaramos que si bien la actuación del GOF es voluntaria, eso no quita que los tribunales puedan y deban hacer uso de sus facultades legales y ordenar a los interesados someterse a la correspondiente actuación profesional, cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, en interés de los menores, para intentar lograr el restablecimiento de las relaciones, cual lo indicado en el informe Psicosocial del Imelga del caso que nos ocupa.

TERCERO.- No procede hacer especial imposición de las costas de alzada (art. 398 LEC).

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

FALLO

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Doroteo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION000 , en los autos núm. 261/2017, se revoca la referida resolución en el único sentido de que, mientras dure la suspensión del régimen de visitas establecido por la Sentencia de divorcio, el régimen de visitas de D. Doroteo con su hijo menor será los sábados y domingos alternos de 12 a 20 horas, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia apelada; debiendo los padres y el hijo menor someterse a la intervención que se les indique como más adecuada por el Gabinete de Orientación Familiar de la Xunta, a los fines indicados en el informe del Equipo Psicosocial del Imelga, y, en su caso, los demás de utilidad que considere dicho Gabinete; sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.