



Roj: **SAP M 18458/2018 - ECLI:ES:APM:2018:18458**

Id Cendoj: **28079370222018101006**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **28/12/2018**

Nº de Recurso: **710/2017**

Nº de Resolución: **1102/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARMEN NEIRA VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18458/2018,**
AAAP M 1297/2019

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0069112

Recurso de Apelación 710/2017

Autos: 319/16

Procedencia: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 85 DE LOS DE MADRID

Apela/demandante: DON Imanol

Procurador: DON PABLO IGNACIO HORNEDO MUGUIRO

Demandada/Apelada: DOÑA Filomena

Procuradora: DOÑA SYLVIA SCOTT-GLENDONWYN ALVAREZ

Ponente: ILMA. SRA. DOÑA CARMEN NEIRA VÁZQUEZ

SENTENCIA N°

Magistrados:

Ilmo. Sr. Don Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. Don Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña CARMEN NEIRA VÁZQUEZ

En Madrid, a 28 de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de modificación de medidas seguidos, bajo el nº 319/16, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante, Don Imanol , representado por el Procurador Don Pablo Ignacio Hornedo Muguiro y asistido por Letrado.



De otra como apelada Doña Filomena , representada por la Procuradora Doña Sylvia Scott-Glendonwyn Alvarez y asistida por Letrado.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña CARMEN NEIRA VÁZQUEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO .- Con fecha 20 de diciembre de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de los de Madrid se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "

Con estimación parcial de la demanda formulada por el procurador D. PABLO HORNEDO MUGUIRO en nombre y representación de D. Imanol frente a D^a. Filomena representada por la procuradora D^a. SYLVIA SCOTT.- GLENDONWYN ALVAREZ se acuerda sin pronunciamiento en costas la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio de 20 de noviembre de 2012 del juzgado de 1^a Instancia nº 85 de Madrid en el extremo relativo al régimen de visitas y comunicaciones con sus hijos menores que queda fijado según el tenor literal siguiente:

El padre podrá comunicarse y tener a los menores en su compañía dos tardes al menos durante dos horas en el punto de encuentro más cercano al domicilio de los menores, debiendo el PEF emitir informes bimensuales sobre la evolución del régimen de visitas a fin de valorar la posible ampliación.

D^a. Filomena y D. Imanol deberán mantener el tratamiento terapéutico y psicológico de los menores a cuyo fin deberán justificar en el plazo de dos meses a la evolución del tratamiento.

D. Imanol deberá justificar cada dos meses la evolución del tratamiento terapéutico que realiza.

Oficiase al PEF a los efectos acordados."

Con fecha 8 de febrero de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de los de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " SE SUBSANA la omisión advertido en el fallo de la Sentencia de fecha 20/12/2016 , consistente en aclaración de la omisión en el sentido de que donde dice "**El padre podrá comunicarse y tener a los menos en su compañía dos tardes al menos dos horas en el punto de encuentro más cercano**" debería decir" El padre podrá comunicarse y tener a los menores en su compañía dos tardes al mes al menos dos horas en el punto de encuentro más cercano", manteniéndose inalterable el resto de pronunciamientos de la Sentencia."

TERCERO .- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma se formalizó recurso de apelación por la representación legal de Don Imanol y de oposición por la representación procesal de Doña Filomena y del Ministerio Fiscal y previos los trámites oportunos, se han remitido los autos a esta Superioridad, ante la que han comparecido ambas partes, sustanciándose el recurso por sus cauces legales y quedando los autos listos para vista señalada para el día 12 de abril de los corrientes .

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales .

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida se pide que se restablezca el régimen de visitas fijados en el convenio regulador de 16 de julio de 2012 y se acuerden fines de semana alternos de viernes a lunes y dos días entresemana , martes y jueves desde salida de colegio a 20,30 , los puentes y festivos intersemanales , días de padre, madre , vacaciones conforme a lo que reseña y se alega entre otras razones que se pretende normalizar las visitas con sus hijos que fue suprimido en julio de 2015, como consecuencia del exceso de alcohol y el hipotético riesgo y destaca que tras 19 meses en los que el recurrente ha estado con sus hijos en ocasiones y tras la toma de conciencia don Imanol no ha cesado en el intento de recomponer su vida. Relata que ingresó en una clínica de deshabitación en septiembre de 2015, siendo abstinentes en la actualidad. Reitera que hay alteración sustancial de las circunstancias . Alega que el análisis que efectúa la Sra. Tamara es sesgado y subjetivo . Precisa que el tratamiento es efectivo

Por su parte, Doña Filomena pide que se confirme la sentencia y alega entre otras razones que el auto de 15 de julio de 2015 por el que se suspendió el régimen de visitas del Sr. Imanol , no sólo tomó en consideración la situación de alcoholismo del padre sino también las evidentes situaciones de riesgo de los menores durante



las estancias con su padre . Señala la inconstancia del padre en cuanto a sus terapias y la falta de conciencia del problema. Destaca la mejoría del niño tras la suspensión de las visitas

Por su parte el Ministerio Fiscal pide que se confirme la resolución apelada y alega entre otras razones que es conforme a derecho.

SEGUNDO.- Se insta en definitiva la modificación de las visitas acordadas en la sentencia que dispuso dos tardes al menos durante dos horas en el Punto de Encuentro más cercano al domicilio de los menores - de 10 y 9 años de edad como nacidos el NUM000 de 2008 y NUM001 de 2009 - debiendo emitir informes el PEF de carácter bimensual sobre la evolución del régimen de visitas a fin de valorar la posible ampliación.

El origen de las actuaciones se remonta a la sentencia de 20 de noviembre de 2012 que aprobando el convenio regulador dispuso un régimen de visitas paterno-filiales de carácter estándar de fines de semana alternos y un día entre semana además de eventos sociales y vacaciones escolares .

Tal situación sin embargo se modifica mediante auto de 16 de julio de 2015 que acuerda la suspensión de las visitas , en tanto se practicara en procedimiento de modificación de medidas prueba que justificara la adecuación al interés de los menores del contacto personal con su progenitor.

Ello se debió, entonces, a la existencia de problema de adicción en el padre argumentando aquel auto que " el compromiso que ofrece la representación procesal de don Imanol en su escrito de alegaciones al manifestar la disponibilidad de don Imanol .. a realizar determinado tratamiento farmacológico que impide la ingesta de alcohol con tal de mantener el período de comunicación vacacional con los menores .

Tal ofrecimiento solo puede entenderse como un reconocimiento de los problemas personal de don Imanol y del riesgo que supone para los menores , pues si no carecería de sentido garantizar que se pretende para evitar la ingesta de alcohol en los períodos en los que don Imanol debería comunicarse con los menores".

Y se continúa razonando que " La respuesta dada a la situación denunciada sobre incumplimientos en las recogidas de los menores en el centro escolar evidencia desatención de D. Imanol hacia los menores , siendo también contundente el resultado de los informes de detectives aportado que constata situaciones de riesgo para los menores".

Tales son los antecedentes del presente recurso y como tal la cuestión que se suscita como tema de fondo, objeto de debate habrá de ser resuelta conforme a las previsiones de los arts. 90 y 91 "in fine" del C.C ., en lo que concierne a las visitas del padre con los hijos , según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, y que concurren en los hechos objeto de cuestión, - en los términos que se indicarán - que se remontan a las resoluciones anteriormente indicadas.

Y es lo cierto que existen cambios esenciales, - en los márgenes que se indicarán y que ya admite la propia resolución apelada - no transcurrido ni un año, al momento de interponerse la demanda desde aquel entonces, en que se dicta la resolución en julio de 2015 que se pretende modificar .

La resolución del litigio ha de hacerse , asimismo , conforme al art. 94 del C.C ., y la ley de protección jurídica del menor de 1996, entre otras normas, que regulan la cuestión relativa a tales comunicaciones y visitas, el primero de cuyos preceptos 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 circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial"

Constituye este complejo derecho-deber un mecanismo de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el padre o la madre con quien no vive habitualmente y adecuado para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia familiar interrumpió.

La adopción de la medida requiere atender, a muchos diversos factores, entre los que cabe destacar, entre otros: la edad de los menores, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de éste para atenderlos, las vacaciones que disfruten, la localidad donde se celebren las visitas y las estancias, la distancia entre localidades, etc.,.



Y con tales presupuestos legales y doctrinales es claro que la cuestión planteada con relación a tales visitas ha de ser estimada en parte si tenemos en cuenta la prueba practicada en las actuaciones y en esta alzada, valorado conforme a las exigencias del artículo 217 de la LEC ..,con especial significación el informe pericial obrante al folio 507 y ss.. de los autos.

Los peritos forenses pusieron de manifiesto por parte del padre la falta de reconocimiento de su problemática respecto al consumo de alcohol que puede perjudicar a su salud como a la relación con su entorno, así como la falta de conciencia de las situaciones vividas con sus hijos en las que les expuso en riesgo. Refiere que el tratamiento de deshabitación que comprende diferentes etapas y supone un proceso largo no se ha "llevado a cabo en su totalidad" pasando a sesiones con una psicóloga particular quien ofrece en su dictamen diagnóstico de "trastorno por consumo de alcohol, leve".

Se significa que se ha producido encuentros paterno filiales dándose una supervisión por miembros de la familia paterna, que los menores desean los encuentros con el padre y por parte de la madre se han posibilitado.

Y como conclusión señala como oportuno que se articulen las visitas supervisadas por algún miembro de la familia, de forma progresiva a título orientativo.

Por su parte los responsables del SAJIAD dictaminan un consumo perjudicial de alcohol sin que cumpla - en aquel momento- criterios para el diagnóstico de un síndrome de dependencia a dicha sustancia o cualquier otra, no apreciando deterioro en áreas vitales ni dificultades derivadas de la ingesta de alcohol.

Se valora positivo que mantenga tratamiento observando disposición a mantener abstinencia, "informándose por parte de los diferentes recursos, una adecuada adherencia y evolución favorable".

Es importante señalar que en esta alzada se practica prueba y se une al presente rollo entre otros el informe y conclusiones del Centro Neo diagnóstica que dictamina - con muestras analizadas indubitables- que en la muestra de cabello del interesado se puede considerar que don Imanol no consumió alcohol etílico durante los 5 meses analizados que lo son desde octubre de 2017 hasta la primera semana de marzo de 2018.

Y lo que es más importante la Psicóloga Clínica, terapeuta de familia que informa sobre Elvira y Cornelio y refiere que ambos menores tras las visitas en el PEF mantienen estabilidad emocional, refieren estar tranquilos y les gusta ver a su padre en el PEF.

Dicha profesional realiza coordinaciones con el PEF - informando sobre el buen avance y estabilidad de los niños con este formato de visitas). El cumplimiento terapéutico indica que es bueno y la situación estable y hace las siguientes recomendaciones, que por lo que ahora importa se concretan en:

"Se recomienda que Elvira y Cornelio mantengan las visitas regulares con el padre y acudan los dos hermanos juntos a las mismas.

Que dichas visitas sigan siendo supervisadas en el PEF dada la estabilidad emocional y mejoría evolutiva que presentan los niños.

Si hay aumento de la frecuencia de las visitas con el padre que sea gradual y manteniendo la supervisión desde el PEF para no desestabilizar a los niños".

En esta tesitura y valorando especialmente el interés preferente de los niños, su protección prioritaria, su estabilidad y bienestar general- (ambos menores acuden a consulta de psicología clínica y Cornelio desde abril de 2016) criterio éste rector en la materia que nos ocupa, (y estimando positivamente los esfuerzos en la recuperación del padre) la Sala estima procedente ampliar las visitas a desarrollar en el PEF bajo la supervisión de los profesionales del centro quienes emitirán informes bimensuales, a los fines, en su caso, de modificar el sistema de encuentros paterno filiales, fijando al efecto los sábados y domingos alternos en el horario - 3 horas como mínimo - que se establezca por dichos técnicos, conforme a las pautas que señalen dichos responsables.

En el mismo orden de cosas pasados 6 meses se elaborará informe pericial psicosocial por los profesionales del Juzgado de PRIMERA Instancia a los fines de determinar la conveniencia de modificar o adaptar dicho sistema de visitas, siempre en el interés preferente de los menores, adoptándose en cualesquiera momento cualquier medida que mejor satisfaga su protección y estabilidad emocional.

Se estima en parte el recurso planteado.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación en parte, no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.



III.- FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por Don Imanol contra la Sentencia dictada en fecha 20 de diciembre de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de los de Madrid , en autos de modificación de medidas definitivas seguidos, bajo el nº 319/16, entre dicho litigante y Doña Filomena , debemos revocar y revocamos la resolución impugnada, en el sentido de declarar y disponer que se amplían las visitas a desarrollar en el PEF bajo la supervisión de los profesionales del centro quienes emitirán informes bimensuales , a los fines , en su caso , de modificar el sistema de encuentros paterno filiales. Se fijan así los sábados y domingos alternos en el horario - 3 horas como mínimo - que se establezca por los técnicos del PEF , conforme a las pautas que señalen dichos responsables.

Transcurridos 6 meses se elaborará informe pericial psicosocial por los profesionales del Juzgado de PRIMERA Instancia a los fines de determinar la conveniencia de modificar o adaptar dicho sistema de visitas , siempre en el interés preferente de los menores, adoptándose en cualesquiera momento cualquier medida que mejor satisfaga su protección y estabilidad emocional.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Firme que sea esta resolución , procédase por el Órgano a quo a devolver el depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00- 0710-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe