



Roj: **SAP SA 147/2020 - ECLI:ES:APSA:2020:147**

Id Cendoj: **37274370012020100147**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2020**

Nº de Recurso: **739/2019**

Nº de Resolución: **90/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN JACINTO GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SALAMANCA**

**SENTENCIA: 00090/2020**

Modelo: N10250

GRAN VIA, 37-39

-

**Teléfono:** 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: VSJ

**N.I.G.** 37274 42 1 2015 0000188

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000739 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE INSTRUCCION.N.3 de SALAMANCA

**Procedimiento de origen:** MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000103 /2018

Recurrente: Ángela

Procurador: MARIA DEL MAR SERRANO DOMINGUEZ

Abogado: MARTÍN JAVIER RODRIGUEZ SAN GREGORIO

Recurrido: Rubén

Procurador: MARIA DEL CARMEN HERRERO RODRIGUEZ

Abogado: MANUELA CRISOSTOMO GARCIA

**SENTENCIA nº 90/2020**

ILMO SR PRESIDENTE

DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ

DON JOSE ANTONIO MARTIN PEREZ

En la ciudad de Salamanca a diecinueve de febrero del año dos mil veinte.



La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO N° 103/2018 del Juzgado de Instrucción N° 3 de Salamanca, **Rollo de Sala N° 739/2019**; han sido partes en este recurso: como demandante apelante **DOÑA Ángela**, representada por la Procuradora Doña MAR SERRANO DOMINGUEZ, bajo la dirección del Letrado Don MARTIN JAVIER RODRIGUEZ SAN GREGORIO y; como demandado apelado **DON Rubén**, representado por la Procuradora Doña CARMEN HERRERO RODRIGUEZ, bajo la dirección de la Letrada Doña MANUELA CRISOSTOMO GARCIA. Ha sido parte en este procedimiento por estar legalmente prevista su intervención el **MINISTERIO FISCAL**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día dieciséis de julio de dos mil diecinueve, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción N° 3 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO:

"Que, DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda de modificación de medidas definitivas establecidas en Sentencia dictada en el Procedimiento de Divorcio de Mutuo Acuerdo 34/15, del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Salamanca, interpuesta por la Procuradora Sra. Serrano Domínguez, en nombre y representación de Dña. Ángela, DEBO ACORDAR Y ACUERDO el mantenimiento, en sus propios términos, de lo acordado en la citada Resolución.

Y ello con expresa imposición de costas a la parte actora."

2º.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandante y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando que se dicte Sentencia por la que, con estimación del recurso, se decrete la suspensión del régimen de comunicación y visitas de D. Rubén respecto de sus hijos menores de edad Luis Manuel y Valentín, hasta tanto por el aludido progenitor se acredite la superación de su adicción a las drogas y al alcohol; todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas de ambas instancias.

Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso y condene a las costas del mismo a la parte recurrente.

Por su parte el Ministerio Fiscal, presentó escrito oponiéndose al recurso de apelación interpuesto, interesando la desestimación del citado recurso, y por consiguiente la confirmación de la resolución apelada en todos sus extremos, por entender que la misma es plenamente ajustada a derecho.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la **deliberación, votación y fallo** del recurso el día 12 de febrero de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ**.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de la demandante, Ángela, se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción n° 3 de Salamanca, con fecha 16 de julio de 2019, la cual desestimó la demanda de modificación de medidas definitivas establecidas en sentencia dictada en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo 34/15 del Juzgado de 1ª Instancia n° 8 de esta ciudad, promovida por la misma contra el demandado, Rubén, acordando el mantenimiento en sus propios términos de lo acordado en la citada resolución; con expresa imposición de costas a la parte actora.

Y se interesa en esta segunda instancia por la referida demandante, con fundamento en las alegaciones realizadas por su defensa en el correspondiente escrito de interposición del recurso de apelación, la revocación de la mencionada sentencia y que se dicte otra por la que se decrete la suspensión del régimen de comunicación y visitas del demandado respecto de sus hijos menores de edad, Luis Manuel y Valentín, hasta tanto por el aludido progenitor se acredite la superación de su adicción a las drogas y al alcohol; todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas de ambas instancias.

SEGUNDO.- Para ofrecer una adecuada respuesta a todos y cada uno de los motivos de impugnación que componen el escrito de recurso apelatorio que nos ocupa, -los que, pueden y deben ser abordados conjuntamente en esta resolución-, no sobra verificar, dando por reproducido el aparato jurisprudencial en torno



a los requisitos necesarios y exigidos para la procedencia de una demanda de modificación de medidas como la que da origen a este proceso, la puntualización que pasa a exponerse.

La misma pasa por recordar que siendo cierto que la jurisprudencia requiere para la viabilidad y éxito de la modificación pretendida, la concurrencia de un presupuesto cierto y fundamental que altere considerablemente las bases donde se asentaron las medidas que se pretenden modificar, de tal manera que su mantenimiento suponga un grave perjuicio para los interesados, sin que pueda sustentarse en criterios meramente subjetivos o de complacencia, sino en verdaderas razones, suficientemente probadas, necesarias y convenientes para la viabilidad de la pretensión de referencia, incumbiendo a quien las alega la obligación de su prueba; al igual que es indiscutible el que la acreditación en forma por el cónyuge que solicita el cambio de circunstancias de conformidad con el art. 217 de la LEC, le corresponde probar las existentes entonces. Quiere decirse que quien insta la modificación debe acreditar no sólo el cambio, sino también, la situación anterior para que el Tribunal pueda establecer la exacta comparación entre el entonces y el ahora, etc.; sin embargo, es sabido que la doctrina de la alteración sustancial de circunstancias para la modificación judicial de medidas de familia, no es aplicable cuando afecte a menores, procediendo valorar siempre si las medidas adoptadas siguen conviniendo al interés del menor.

Es decir, la doctrina que señala que para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente es necesaria la concurrencia de los requisitos que reseña la sentencia de instancia en su fundamento de derecho primero, ha de modularse y matizarse en el sentido de que la misma es predicable *en tanto no afecte a menores*, ya que de afectar a menores, no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquéllas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso. Y entre aquellas causas merece especial mención la adaptación al desarrollo del menor.

Verificadas estas consideraciones iniciales, y para no andar con rodeos, cabe anticipar por esta Sala que en un cierto error de hecho en la valoración de la prueba, con la consiguiente infracción legal, sí que incurre la sentencia de instancia apelada, en tanto que es detectable el que no ha tenido en cuenta el que, conforme a las pautas jurisprudenciales que se dicen, no se trata tanto de comprobar si ha habido modificación de las circunstancias existentes cuando los ex esposos litigantes firmaron el convenio regulador de su divorcio, al respecto de las visitas y estancias con los hijos menores por parte del progenitor no custodio, sino de verificar si, a día de hoy, dos o tres años más tarde de lo convenido, en razón del persistente y mantenido consumo de droga y alcohol del demandado, por mucho que no sea una circunstancia nueva, porque ya era existente y conocida al momento de la sentencia de divorcio, no es conveniente mantener el mismo régimen de visitas y estancias, por estar en juego el interés de los menores.

Siendo la **supresión o suspensión del régimen de visitas** algo excepcional, (lo deseable es que los menores mantengan un contacto benéfico con ambos progenitores), en ocasiones, vendrá justificado supeditar las visitas al bienestar del menor, siendo frecuente en la praxis jurisprudencial la supresión o suspensión de visitas al progenitor no custodio, no sólo cuando ha sido condenado por violencia de género, sino también, cuando, por razón de padecer algún tipo de toxicomanía o alcoholismo, ello tenga importantes repercusiones en los menores (está estudiado que el tener modelos "consumidores" a tal clase de sustancias, a los adolescentes los hace más propensos a desarrollar adicciones).

Dicho esto, entiende la Sala que por mucho que el Informe del Equipo Psicosocial exprese que el objetivado consumo de droga y alcohol por el demandado, Sr. Rubén, no interfiere en el cuidado de sus hijos menores, y sea proclive a mantener las visitas tal y como se desarrollan hasta el momento, etc., lo más razonable y sensato y lo que dicta el sentido común es que **la influencia de un progenitor alcohólico o drogodependiente representa un riesgo para el desarrollo y el bienestar de los menores.**

Máxime cuando se viene a reconocer que el proceso de adicción por el demandado no ha venido superado desde que se dictó la sentencia de divorcio.

No desconoce este Tribunal de alzada que la adicción en sí misma, el consumo de alcohol o de drogas, no tiene porqué ser un obstáculo para el régimen de convivencia con los hijos, pero el **problema se centra en ponderar si se ha llegado a un punto en el que tal adicción tiene un impacto negativo en los menores y, sin duda, si esa adicción se prolonga desde el año 2015 hasta el día de hoy, las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia inducen a afirmar que estamos en una situación que impide o dificulta sensiblemente al Sr. Rubén ejercer con responsabilidad la guarda y custodia de sus hijos menores gemelos, de ocho años de edad.**

Como se pone de relieve en el escrito de recurso, los informes médicos, forense y psicosocial, obrante en autos, en los cinco o seis meses anteriores a la toma de muestras, en agosto de 2018, dio un resultado positivo



al consumo de cocaína, que se extendió desde la referida toma de muestras hasta al menos febrero de 2019, con consumo simultáneo de alcohol...

Esto es, en febrero de 2019, el diagnóstico era el de la persistencia en la adicción a sustancias de abuso y alcohol, sin que los tratamientos de deshabituación que pueda haber seguido hayan alcanzado por el momento éxito.

Debe conjurarse el riesgo de que, por ejemplo, por causa de tal drogadicción o alcoholismo se descuide la atención básica de los menores, o se les haga presenciar escenas degradantes o violentas, que suelen ser frecuentes en los casos de padres alcohólicos o drogadictos, donde los niños pueden sufrir tanto física como psicológicamente, aunque no se les note.

Es el art. 229 del CC, el que legitima el que se **pueda suspender o restringir el régimen de visitas cuando perjudique al bienestar del menor; suspensión o restricción que implica que el progenitor** que padezca la adicción puede verse inhabilitado temporalmente para ver a sus hijos, o que solo pueda verlos en determinados momentos o lugares (en puntos de encuentro, o sólo tras verificar el cumplimiento de un tratamiento de deshabituación o el correcto estado de salud del progenitor).

Y, ello es así porque todo está **supeditado al bienestar del menor, en correspondencia con** el principio del *favor filii*.

Nótese que el art. 226 del mismo Código permite al juez, incluso cuando los padres padezcan de "inhabilidad física o moral", **modificar el derecho de visitas y adoptar otras medidas relativas a la guarda y custodia.**

**TERCERO.- Es por ello que procede estimar la demanda en el sentido de la procedencia de la suspensión temporal del régimen de visitas vigente, por el plazo de ocho meses, a contar desde la firmeza de esta sentencia de alzada, con el añadido de que en ese plazo el demandado Rubén, como progenitor no custodio, acredite que pasado ese plazo ha estado o sigue desintoxicándose con evolución positiva y favorable o que ha superado la adicción a las drogas y/o al alcohol.**

De otro modo: si transcurrido ese plazo temporal, demuestra el demandado estar desintoxicándose con evolución favorable en un Centro acreditado adecuado, o ha superado la adicción a drogas o alcohol, justificado documentalmente, ello comportaría la reanudación del régimen de visitas en suspenso, es decir, recuperará las visitas que tenía con carácter previo a la suspensión que se decreta en esta resolución.

De lo que se trata es de que la suspensión de las visitas se mantenga únicamente hasta que el progenitor adicto pueda demostrar que se ha sometido a tratamiento con cierto éxito.

Ejemplos jurisprudenciales de ello encontramos, sobradamente. Así, la sentencia de la AP de Valencia nº 567/2019, donde se había suspendido el régimen de visitas debido al alcoholismo del padre, y este lo era el propio demandante, que trataba de recuperar su derecho a visitas, deniega la recuperación, conforme al criterio de la perito judicial, entre otros motivos, porque, no se acreditó una evolución positiva en su adicción.

O el auto nº 74/2019 de la AP de Barcelona, que condicionó las visitas del padre alcohólico a que su estado de salud fuera "el correcto". En el mismo se acordó que el CAS debía controlar el estado de salud del padre y si se comprobaba que su estado no era adecuado o este se negaba a participar en el seguimiento, no podría ejercitar su derecho a visitas, mientras que si observaba una recuperación, el derecho a visitas quedaría restablecido...

Más ampliamente, la SAP Alicante de 25/09/2001, enseña que:

*... En el caso que nos ocupa, aplicando la doctrina expuesta, debe estimarse parcialmente el recurso, pues consta probado en virtud del certificado emitido por la institución Proyecto Hombre, de fecha 20 de septiembre de 2000, que el apelado ha ingresado en dicho centro en diferentes ocasiones, abandonándolo otras tantas sin concluir con éxito el programa de desintoxicación. De ello cabe inferir que persiste en el consumo de drogas, no habiendo logrado su rehabilitación, y en esta situación deplorable, resulta inaceptable que se le entregue por varias horas a un menor de dos años de edad, ya que entendemos que no sólo no se encuentra en situación de atender a sus necesidades, sino, incluso, de velar adecuadamente por su seguridad. En este sentido viene a pronunciarse el terapeuta del centro Proyecto Hombre, al contestar a la repregunta 7ª. En definitiva, no vemos qué beneficio pueda derivarse para el menor del contacto con un progenitor en tales condiciones. Por ello, procede acordar la suspensión del régimen de visitas establecido, hasta que el padre se encuentre en condiciones razonables de cargar con las responsabilidades derivadas del régimen de visitas, momento en que podrá promover el oportuno incidente de modificación de medidas...*

Finalmente, es de advertir que todo ello lo es sin perjuicio de que la madre demandante facilite las visitas de los menores con sus abuelos paternos, para no romper la vinculación afectiva de los niños con sus abuelos,



que es un tema o cuestión que aquí no se dilucida. Por tanto, la dedicación satisfactoria que ejercen o han ejercido los abuelos paternos con sus nietos es un tema a preservar y resolver extramuros de este pleito por los implicados; aquí, tampoco se trata de ventilar si el grado de adicción del demandado a las sustancias tóxicas y al alcohol ha desplazado de facto el régimen de visitas de los menores en su favor, a tales abuelos; de lo que se trata (es la pretensión de la demanda) es dar respuesta a si la adicción que aún mantiene el demandado, no hace conveniente que tenga visitas, él personalmente, con sus hijos, y a ello ya se le ha dado contestación, por lo que la vinculación y visitas de los menores con sus abuelos paternos, queda extramuros de este procedimiento.

CUARTO.- En consecuencia y sin necesidad de más consideraciones, ha de ser estimado el recurso de apelación interpuesto por la demandante, Ángela , y revocada la sentencia impugnada en el sentido que acaba de exponerse, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas tanto en la primera instancia como en esta alzada, de conformidad con lo establecido en los artículos 394. 2 , y 398. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y, con devolución a la recurrente del depósito que hubiere constituido para recurrir.

En consideración a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución,

#### FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante, Ángela , representada por la Procuradora Doña Mar Serrano Domínguez, revocamos la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 3 a de Salamanca, con fecha 16 de julio de 2019, en el Procedimiento de Modificación de Medidas nº 103/2018 , del que dimana el presente rollo, en el sentido de decretar la procedencia de la suspensión del régimen de visitas y estancias establecido en favor del demandado, Rubén , respecto de sus hijos menores, en sentencia nº 198/2015 dictada en los autos de Divorcio de Mutuo Acuerdo 34/2015, del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de esta ciudad, por el plazo de ocho meses, a contar desde la firmeza de esta sentencia, supeditado a que una vez transcurrido dicho plazo, el demandado, como progenitor no custodio, acredite que está desintoxicándose con evolución favorable o ha superado su adicción a las drogas y/o al alcohol; todo ello sin hacer especial imposición de las costas ocasionadas en ambas instancias y con devolución a la recurrente del depósito, caso de haberlo constituido.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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