

Audiencia Provincial

AP de Murcia (Sección 5ª) Sentencia num. 385/2006 de
9 octubre

JUR\2007\15763



MATRIMONIO: EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO: guarda y custodia de los hijos: modificación: improcedencia: falta de acreditación de que la madre no esté atendiendo adecuadamente al menor: problemas escolares de rendimiento y absentismo que no derivan necesariamente de una inadecuada conducta de la madre: cambio de custodia que no va a suponer beneficio para la formación y estabilidad emocional del menor: cambio que conllevaría la separación entre hermanos muy unidos afectivamente.

Jurisdicción:Civil

Recurso de Apelación 279/2006

Ponente:Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortiz

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00385/2006

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCIÓN QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO Nº 279/2006 (CIVIL)

ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL NICOLÁS MANZANARES

Presidente

ILTMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL LARROSA AMANTE

ILTMO. SR. D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ

Magistrados

En Cartagena, a nueve de octubre de dos mil seis.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, compuesta por los Ilustrísimos Señores citados

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 385

Vistos, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Il'tmos. Sres. expresados, los autos sobre modificación de medidas adoptadas en proceso matrimonial, tramitados con el número 99/05 (Rollo n° 279/06), que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia número dos de San Javier, siendo partes, como demandante, D. Jose Antonio , representado en la primera instancia por el Procurador D.Francisco Rubio García y en esta alzada por la Procuradora D^a.Magdalena Faz Leal y defendido por el Letrado D.Félix Sánchez Sánchez, y, como demandada, D^a. Mercedes , representada en la primera instancia por la Procuradora D^a.Teresa Foncuberta Hidalgo y en esta alzada por el Procurador D.Francisco Antonio Bernal Segado y defendida por la Letrada D^a.María José Martínez Martínez, siendo parte también el MINISTERIO FISCAL, actuando en esta alzada, como apelante, la parte demandada, y, como apelada, la parte actora, ha sido Magistrado ponente el Il'tmo. Sr. D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

. Por el Juzgado de Primera Instancia número dos de San Javier, en los referidos autos sobre modificación de medidas adoptadas en proceso matrimonial, tramitados con el número 99/05, se dictó Sentencia con fecha 28 de marzo de 2.006 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimar la demanda formulada por Don Jose Antonio contra Doña Mercedes respecto del menor Miguel y acordar como efectos personales los establecidos en el fundamento de derecho tercero, sin hacer expresa condena en costas a ninguno de los litigantes."

SEGUNDO

Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte demandada, que, una vez admitido a trámite, interpuso en tiempo y forma, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a la parte actora, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo plazo presentó escrito de oposición al recurso, solicitando la confirmación de la Sentencia dictada en primera instancia, con expresa condena en costas a la contraparte. Seguidamente, se remitieron los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 279/06, en el que se acordó el recibimiento a prueba que había sido solicitado por la parte apelante, habiéndose celebrado, en el día de hoy, la correspondiente vista para la práctica de la prueba que había sido propuesta y

admitida, y habiéndose procedido, a continuación, a la deliberación, votación y fallo del recurso.

TERCERO

En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

. Frente a la Sentencia de primera instancia, que estima la demanda interpuesta y atribuye la guarda y custodia del menor al padre, con el régimen de visitas en favor de la madre que en dicha Sentencia se señala, se alza ésta en base a las alegaciones que realiza en el escrito de interposición del recurso, solicitando su revocación y que se dicte otra por la que se desestime la demanda interpuesta por el actor. Y el recurso debe ser estimado por las razones que, a continuación, se exponen. En primer lugar, debe señalarse que de la prueba practicada no se desprende, en modo alguno, que la madre del menor carezca de las cualidades necesarias para atenderle y procurarle una formación integral; y, desde luego, tampoco se evidencia que el padre posea mejores cualidades que la madre a este respecto ni que un cambio en la guarda y custodia del menor vaya a resultar beneficioso para éste, ni en lo que se refiere a su aprendizaje escolar ni en lo que se refiere a su estabilidad emocional. Así, debe señalarse que de las declaraciones testimoniales de la Directora y de la Educadora del Colegio al que acude el menor, D^a. Blanca y D^a. Alicia , respectivamente, no se desprende que la situación educativa y de escolarización del menor sea tan alarmante como se señalaba en la demanda. En efecto, la primera de las testigos citadas explicó que fue en el mes de enero de 2.005 cuando se produjo un absentismo escolar considerable, pero que la madre acudió al colegio cuando fue citada y que ofreció una justificación para esas ausencias, añadiendo que en el mes de abril se volvió a producir absentismo, pero que la madre acudió al colegio voluntariamente a justificar esas faltas de asistencia de su hijo y que incluso presentó un informe psicológico o psicopedagógico de un Centro al que habían estado asistiendo madre e hijo, justificando ante el colegio que esa era la razón por la que había faltado el niño al colegio, añadiendo, además, que fuera de esos dos meses el niño no siguió incurriendo en ese absentismo y que el resto de los meses sus ausencias entraron dentro de lo que puede considerarse normal en cualquier alumno. Asimismo, la Directora manifestó que el menor presentaba un retraso académico pero que no era preocupante, porque estaba aprendiendo las técnicas instrumentales, la lectoescritura y las matemáticas, añadiendo que llevaba cierto retraso pero que era igual que el que llevaban otros niños de la clase. Por su parte, la tutora escolar del menor, D^a. Alicia , coincidió con la anterior testigo en lo referente a las ausencias del menor y a la justificación de las mismas, así como en el hecho de que el menor presentaba cierto retraso escolar, pero que la madre siempre había acudido a hablar con la testigo en relación con tal problema cuando era llamada, afirmando también que no ha observado que el menor presente ningún problema en lo referente a su vestuario o a su físico,

señalando la testigo que acude correctamente al colegio. Asimismo, también manifestó la testigo que es la madre la que acude normalmente a recoger las notas y que el padre no acude a tal recogida ni a interesarse por el niño, salvo en dos ocasiones en el último trimestre -por tanto, cuando ya se había iniciado el presente proceso judicial- en que acudió a interesarse y a preguntar cosas sobre el niño, pero que antes no había ido en ninguna ocasión, lo que, desde luego, no evidencia que el padre se preocupe en mayor medida que la madre de la marcha escolar del menor. Y debe destacarse, finalmente, que la tutora también dijo que el niño es un niño feliz. A todo ello debe añadirse que en la vista celebrada en el día de hoy, la parte apelante ha presentado, sin oposición de la contraparte, el boletín de las calificaciones escolares correspondientes a la última evaluación del curso 2005/2006, en el que consta que sólo necesita mejorar en dos asignaturas, progresando adecuadamente en las restantes, y que no tuvo faltas de asistencia. Y aún debe decirse que no existe garantía alguna de que un cambio de custodia vaya a suponer una mejora en el rendimiento escolar del menor, sin olvidar que un mal rendimiento no puede entenderse derivado, necesariamente, de una mal ejercicio de las facultades de guarda y custodia, sino que puede derivar de otros factores completamente ajenos a quién sea la persona que ostente la guarda y custodia en cada momento, sin que, desde luego, pueda entenderse acreditado, en el supuesto de autos, que los problemas escolares del menor deriven de una inadecuada conducta de la madre.

Por otra parte, el informe del testigo-perito D. Carlos Ramón , propuesto por la parte actora, no ofrece suficientes garantías de acierto en el supuesto que nos ocupa, no ya por elaborar habitualmente informes para el señor Letrado de la parte actora, como expresamente reconoció en el acto del juicio, sino porque dicho informe se elaboró en el verano del 2.003, sin que con posterioridad volviese a ver al menor, añadiendo que no le hizo pruebas psicométricas al padre para poder valorar sus capacidades educativas y que el informe no podía considerarse completo actualmente porque cuando fue elaborado no existía el hermano que el menor sí tiene ahora.

Por otra parte, la perito D^a. Marina , propuesta por la parte demandada, que manifestó no haber realizado antes ningún informe para las partes, señaló, tras ratificar su informe, que ha tenido varias entrevistas con el menor y que éste está preocupado, manifestando temor por la situación que vive, verbalizando cosas como que "mi hermano es el más feliz porque no se da cuenta de lo que pasa", que "las cosas están muy mal" y que "tengo miedo de que mi padre venga y le pegue a mi madre", sin que la citada perito manifestase en ningún momento que esas afirmaciones del menor fuesen aprendidas y que no respondiesen a vivencias reales. Asimismo, la citada perito manifestó que había efectuado varias pruebas a la madre y que valoraba la custodia por parte de ésta como adecuada, añadiendo que es imprescindible valorar a los dos progenitores para poder emitir juicio sobre cual es la mejor alternativa de custodia, lo que evidencia la objetividad de la perito al emitir su informe, pues no descalifica al padre como posible custodio del menor, al

no haber podido valorarlo personalmente, sino que se limita a considerar adecuada a la madre a efectos de custodia. Igualmente, la misma perito manifestó que el niño no deseaba irse a vivir con su padre, lo que se corresponde con lo manifestado por el menor en la exploración judicial a la que fue sometido en la primera instancia, y que la relación del menor con su hermano pequeño es estrecha y que le tiene mucho afecto a éste. También manifestó la perito que a nivel pedagógico no había evaluado al menor, pero que en los boletines de notas no figuraba necesidad de apoyo ni de tutoría, señalando también que el factor pedagógico es sólo uno más a la hora de valorar una alternativa de custodia, pero que existen otros factores que también son muy importantes. Finalmente, la perito manifestó que los problemas que el niño verbaliza son agresiones e insultos del padre a la madre y que lo que más le afecta es que se hable mal de su madre y de su hermano, añadiendo que del dibujo se desprende que el padre no es la figura de más apego para el menor, explicando la perito que éste, al principio, ni siquiera lo incluyó en el dibujo de su familia, sino que sólo lo hizo cuando la perito se lo pidió, indicando que no existe un rechazo manifiesto del menor hacia el padre pero sí cierto malestar.

Por otra parte, tampoco se evidencian como ciertos los datos que la parte actora incluía en su demanda en relación con una posible desatención médica del menor y una supuesta ausencia de vacunas, como se acredita con el certificado de vacunaciones que se acompañó a la contestación a la demanda.

Con todo ese resultado probatorio, el informe emitido por la perito D^a. Patricia , pese a la objetividad e imparcial que cabe presumirle, no puede ser suficiente para atribuir la custodia al padre, como así se ha hecho en la primera instancia, olvidando lo que se desprende del resto de las pruebas practicadas. Es más, del informe de la perito citada se desprende que la razón fundamental por la que considera que resulta beneficiosa la custodia por parte del padre deriva de que entiende que existe un aleccionamiento de la madre en contra del padre, pero lo cierto es que del informe pericial emitido por la perito D^a. Marina , de cuya objetividad y buen hacer tampoco existen motivos suficientes para dudar, se desprende que el padre también mantiene una conducta hostil hacia la madre, de la que, al parecer, hace partícipe al niño, pues éste verbaliza temores al respecto, sin que la perito D^a. Marina apreciase que el niño estuviese aleccionado a este respecto. Y entiende la Sala por ello que no existen garantías suficientes de que la perito D^a. Patricia haya acertado en su diagnóstico sobre el origen de los problemas del menor, de tal manera que no es descartable, en modo alguno, que la supuesta manipulación del menor también pueda concurrir del lado parterno y no sólo del materno, como así se desprende del informe pericial emitido por D^a. Marina , que, como antes se decía, refuerza su objetividad desde el momento en que se limita a considerar a la madre válida a efectos de custodia y a manifestar que no puede conocer cuál es la mejor alternativa de custodia sin haber valorado al padre. Pero es que, además, la perito D^a. Patricia señala en su informe que no existen datos objetivos sobre un descuido real en las atenciones de la madre respecto del menor, volviendo a poner el énfasis en una supuesta conducta manipuladora de la madre respecto del menor y en contra del

padre, que, a la vista del resultado que arroja la totalidad de la prueba practicada, no puede entenderse acreditada en modo alguno, por todo lo que ya ha sido expuesto, máxime cuando tampoco se desprende de los autos que la madre haya puesto impedimento alguno al ejercicio del régimen de visitas por parte del padre, sino que, antes al contrario, parece haber dado cumplimiento sin problemas a dicho régimen. Y, por otra parte, tampoco se entiende cuál es la razón por la que la perito D^a. Patricia viene a atribuir a la madre los problemas escolares del menor, máxime cuando ha resultado acreditado testificalmente que si alguien se ha preocupado o ha acudido al colegio a interesarse por la evolución del menor ha sido la madre y no el padre, debiendo destacarse que, en cualquier caso, tampoco un cambio de custodia sería garantía de mejora al respecto, desde el momento en que en el mismo informe pericial se señala que el padre y la familia de éste quizá han sido demasiado laxos, no comprometiéndose de manera más activa en la crianza del menor, sin que la manifestación de la perito sobre un posible impedimento de la madre al respecto pase de ser una mera conjetura que no encuentra apoyo objetivo alguno.

A todo lo expuesto se une que tampoco los documentos aportados por la parte actora sobre una posible falta de asistencia dental del menor pueden servir para dar por acreditada una desatención por parte de la madre, al no constar que tuviese conocimiento de esos problemas dentales, máxime cuando tales documentos ni siquiera llevan firma, por lo que su fuerza acreditativa es ciertamente escasa, sin olvidar que, en cualquier caso, con el escrito de interposición del recurso de apelación se aportan documentos que indican que el menor sí está siendo atendido en tal extremo.

En definitiva, del resultado arrojado por la totalidad de la prueba practicada considera la Sala que no puede entenderse acreditado que la madre no esté atendiendo adecuadamente al menor y, desde luego, tampoco puede entenderse acreditado, en modo alguno, que el cambio de custodia en favor del padre vaya a suponer beneficio alguno para la formación y estabilidad emocional del menor, máxime cuando tal cambio de custodia llevaría consigo la separación de un hermano con el que el menor se encuentra muy unido afectivamente, como ya hemos visto. Debe mantenerse, por todo ello, la guarda y custodia en favor de la madre, manteniendo el régimen de visitas que fue fijado en su día en favor del padre, sin perjuicio de las posibles ampliaciones de dicho régimen que pudieran solicitarse y obtenerse, en su día, si judicialmente se llegase a la convicción de que esa ampliación es beneficiosa y no perturbadora para el menor, lo que no consta en el presente proceso.

SEGUNDO

Por todo lo expuesto en el precedente ordinal, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar la Sentencia apelada, dictando otra, en su lugar, por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta y se absuelva a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra, manteniendo la guarda y

custodia del menor a cargo de la madre y manteniendo, igualmente, el régimen de visitas que fue fijado, en su día, en favor del padre. Y todo ello sin hacer imposición de las costas de la primera instancia a ninguna de las partes, teniendo en cuenta la especial naturaleza del procedimiento y las cuestiones de orden público que en él se ventilaban.

TERCERO

No proceder hacer imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes, en atención a lo dispuesto en el artículo 398.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a.Teresa Foncuberta Hidalgo, en nombre y representación de D^a. Mercedes , contra la Sentencia dictada en fecha 28 de marzo de 2.006 por el Juzgado de Primera Instancia número dos de San Javier, en los autos sobre modificación de medidas adoptadas en proceso matrimonial, tramitados con el número 99/05, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución, dictando otra, en su lugar, por la que desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por D. Jose Antonio contra D^a. Mercedes y absolvemos a esta última de las pretensiones deducidas en su contra, manteniendo la guarda y custodia del menor, Miguel , a cargo de la madre, D^a. Mercedes , y manteniendo, igualmente, el régimen de visitas que fue fijado, en su día, en favor del padre, D. Jose Antonio ; y todo ello sin hacer imposición de las costas de ambas instancias a ninguna de las partes.

Notifíquese esta Sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Il^{mo}. Sr. Magistrado- Ponente de la misma, celebrando Audiencia Pública en esta Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, doy fe.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Il^{mo}. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.