

4. Administración de Justicia

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Edicto de 22 de febrero de 2019, del Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de Algeciras, dimanante de autos núm. 1059/2017. (PP. 1915/2019).

SENTENCIA

En Algeciras, a 19 de octubre de 2018.

Doña Ana M.^a Cabello Chico, Juez Stta. del Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de Algeciras, ha visto y oído los presentes autos de Juicio Verbal sobre modificación de medidas definitivas número 1059/2017, promovidos por don Luis de Luque Rodríguez, representada por la Procuradora doña M.^a Oliva Gómez Camacho, y asistida por la Letrada doña Aguas Santas Cabezas Zambranoa, contra doña Yuliet Anaya Nicot y el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Procuradora de los Tribunales doña M.^a Oliva Gómez Camacho, en la representación que ostenta de don Luis de Luque Rodríguez, presentó demanda de modificación de las medidas en la que interesaba la guarda y custodia exclusiva a favor de su representado así como las derivadas de tal declaración, en base al art. 775 de la LEC y art. 91 del CC y se le adjudique el régimen de visitas que se crea conveniente, teniendo en cuenta la distancia, a la progenitora doña Yuliet Anaya Nicot y condena en costas.

Segundo. Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 25 de septiembre de 2017, se dio traslado de la misma a la parte demandada y al Ministerio Fiscal, emplazándolas en legal forma, compareciendo en tiempo forma el Ministerio Público, no haciéndolo la demandada que es declarada en situación de rebeldía procesal por diligencia de ordenación de 7 de junio de 2018.

Tercero. Se convoca a las partes a la Vista donde comparecieron la parte actora y el Ministerio Fiscal, ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación, para continuar interesando el recibimiento del pleito a prueba, proponiendo documental y testifical, tras su práctica, quedó visto para sentencia.

Cuarto. En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. De conformidad con el art. 775 de la LEC, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por ellos o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Dispone el art. 91 del Código Civil que «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las

cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias». Como señala la sentencia de la AP de La Coruña, sección 4.^a, de 29 de enero de 2003 «los efectos de las sentencias matrimoniales, por las que se han de regir en lo sucesivo las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges e hijos (arts. 92 y ss. CC), si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar, afectados por el proceso de nulidad, separación y divorcio; por ello, como no podía ser de otra forma, el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurrese el supuesto de hecho contemplado en los arts. 90 y 91 del CC, es decir en los casos en los que se produjese una alteración sustancial de circunstancias o sustancial de fortuna, so pena de encontrarnos con continuos e inagotables procedimientos de revisión de tales medidas con patente quiebra de la seguridad jurídica. Alteración de circunstancias que, por otra parte, para ser tenida en cuenta ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, tales como que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; permanente o duradera y no preconstituida con finalidad de fraude; y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en el que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas. Es por ello, que una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada en la sentencia de separación».

En definitiva para que se produzca la modificación de medidas definitivas es necesario que se hayan alterado «sustancialmente» las circunstancias, de lo que se deduce:

1.º Que haya existido, y se acredite debidamente, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por los cónyuges, o por el Juez, para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador de la separación o del divorcio, o en la correspondiente resolución judicial, de tal manera que las existentes al tiempo de solicitar la modificación de aquellas medidas sean distintas de las existentes al tiempo de su adopción.

2.º Que dicha modificación o alteración de las circunstancias sea «sustancial», es decir, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o el divorcio, se hubieran adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía por lo que hace a las prestaciones económicas.

3.º Que tal modificación o alteración de circunstancias, no sea esporádica o transitoria, sino que se presente con caracteres de estabilidad o de permanencia en el tiempo, y

4.º Que la referida modificación o alteración de circunstancias no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas, sustituyéndose por otras que resulten más beneficiosas al solicitante.

Segundo. En el caso de autos se interesa por la representación de don Luis de Luque Rodríguez la modificación de las medidas acordadas en autos de divorcio contencioso núm. 415/2013 en sentencia núm. 419/15, de fecha 1 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, donde se acordó, entre otras medidas, que la guarda y custodia se atribuía a la madre (doña Yuliet Anaya Nicot) y en relación al régimen de comunicaciones y visitas, dada la gran distancia de los domicilios de las menores y progenitor no custodio, se fijaba un régimen acorde a estas circunstancias y en donde expresamente se advertía a los progenitores que:

«Para la efectividad del régimen de visitas y con la advertencia de que su incumplimiento dará lugar al ejercicio de las acciones penales y civiles derivadas del mal ejercicio de la custodia con las consecuencias que ello puede conllevar...» «... La madre apelante Yuliet Anaya Nicot habrá de facilitar el domicilio y los cambios que del mismo se produzcan al Juzgado a fin de facilitar el cumplimiento de las resoluciones judiciales y ello con carácter inmediato una vez firme esta resolución».

Desde el dictado de esta resolución y serle atribuida la guarda y custodia de las menores a la madre, el demandante no ha podido estar con sus hijas conforme al régimen de visitas establecido al haber proporcionado la demandada una dirección inexistente, la primera en Italia [Vía de la Arqueología, núm. 54, Aversa (Caserta)] y a partir de diciembre/2015, se intuye que se trasladó a Cuba, sin que por la Sra. Anaya Nicot comunicara al Juzgado los cambios de domicilios.

Tercero. Al ser motivo de la modificación solicitada en este procedimiento, la custodia de las menores de edad, con carácter previo al examen de la problemática planteada, se considera conveniente precisar que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste para los progenitores en «tener a los hijos en su compañía» (art. 154 CC), se desdobra en la generalidad de los supuestos en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a uno de ellos, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro. Por tanto los términos «guarda y custodia» y «régimen de visitas y estancias» no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía. De ello se desprende, según reciente jurisprudencia, que:

a) La convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%.

b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas.

Es decir, después de la separación o divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos.

c) El reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la ruptura no pueden determinar el reparto de tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio.

Igualmente hay que tener en consideración que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161 del Código Civil, no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial. Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible.

Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del «favor filii» contenido en los artículos 92, 93 y 94 CC, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro, que le permita ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura del matrimonio o de la pareja.

En ningún caso el derecho de visitas puede constituir una excusa a través de la cual se proyecten las tensiones, enemistades y discrepancias entre los padres, puesto que su

fin no es otro que el de facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos. Así el interés de éstos ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que sufran otros daños que los ya graves, por si solos, de la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes, debiendo, en consecuencia, procurarse unos contactos lo más extensos y profundos posibles con aquel progenitor que no ostente su custodia. Esta problemática relativa a la custodia debe resolverse en atención al artículo 92 del Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación». Por ello se hace preciso decidir la cuestión suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.

Cuarto. Tal como señaló la A.P. de Málaga en Sentencia de 26 de julio de 2000, corresponde a la parte demandante acreditar que efectivamente se ha producido una alteración sustancial de circunstancias que se tuvieron en cuenta para adoptar las medidas cuya modificación se interesa. Sentada la anterior doctrina y normativa, y valorando convenientemente la prueba practicada, es lo cierto que se existen razones serias y fundadas para revocar el pronunciamiento relativo a la guardia y custodia atribuida a la madre, ante el grave y reiterado incumplimiento de su obligación de facilitar el contacto de las hijas con su padre, quien lleva más de tres años sin estar con ellas, ni personal, ni telefónicamente, a pesar de haberse trasladado el padre al domicilio facilitado, en Italia, y comprobando que era falso. Las razones en las que se funda el demandante pueden bastar para alterar la resolución anterior, cuya valoración de la prueba propuesta y practicada no ha sido desvirtuada de contrario. Consta igualmente la capacidad del padre para ejercer la custodia responsablemente, disponiendo en el entorno paterno del adecuado grado de estabilidad doméstica y apreciándose buen vínculo con su familia. En este estado de cosas, siendo un hecho indiscutible el más absoluto incumplimiento de la madre en cuanto a facilitar la relación de las menores con su padre, y la pérdida de la relación afectiva y vinculación padre-hijas-abuelos paternos, se hace necesario un cambio radical en las medidas acordadas en sentencia 419/2015, de 1 de octubre, en el procedimiento de Divorcio Contencioso núm. 415/2013, con la atribución de la guarda y custodia en exclusiva al padre, habida cuenta de su igual capacitación en el cuidado y atención en todo orden de las menores, así como la disposición de infraestructura por su parte, apoyo de familiares y en definitiva, atendiendo al interés de las menores, principio esencial básicamente en aplicación del artículo 39.3 de la Constitución Española, es procedente estimar la petición de guarda paterna, y así mismo se informa por el Ministerio Fiscal, y con ello, el establecimiento de un régimen de visitas a favor de la progenitora no custodia, similar al establecido en la sentencia que se modifica y la extinción de la pensión alimenticia a cargo del padre, cuando las menores estén bajo su guarda y custodia.

La demandada no se ha personado en las actuaciones siendo declarada en situación procesal de rebeldía, habiendo el Ministerio Fiscal informado interesando la estimación con el otorgamiento de la guarda y custodia de las menores al padre.

La demanda presentada debe ser, en consecuencia, estimada.

Quinto. Dada la naturaleza de este procedimiento, no procede hacer pronunciamiento sobre costas.

F A L L O

Estimar la demanda interpuesta por la Procuradora doña M.^a Oliva Gómez Camacho, en nombre y representación de don Luis de Luque Rodríguez, contra doña Yuliet Anaya Nicot, y en su virtud otorgar la guarda y custodia de las hijas menores habidas de esta relación al padre y estableciéndose a favor de la madre el mismo régimen de visitas fijado en la sentencia 419/15, de 1 de octubre, en el Divorcio Contencioso núm. 415/13, al concurrir las mismas circunstancias de vivir los progenitores en países distintos y distanciados, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer ante este mismo Juzgado recurso de apelación dentro de los 20 días siguientes a aquel en que se notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, la pronuncio, mando y firmo.

Publicación. La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.