

EL DERECHO

AP Bizkaia A 93/2002 de 2 Enero 2002

Pte.: Antonio García Martínez

Resumen

En ejecución de sentencia de separación se modificó el régimen de guarda y custodia sobre el hijo de los litigantes, pasando ésta al padre. La madre demandada recurre en apelación. La AP considera plenamente justificado el cambio de custodia, dada la actitud obstruccionista de la madre en relación al cumplimiento del régimen de visitas establecido en favor del padre, lo que implica un incumplimiento y desatención de sus obligaciones relativas a la patria potestad. Indica también que, aun cuando el cambio de ambiente no sea beneficioso para el menor, más perjudicial sería que éste continuara sin mantener relación con uno de los progenitores.

Antecedentes de Hecho

Primero.-Que el Auto de instancia de fecha 11 de abril de 2001 es de tenor literal siguiente:

PARTE DISPOSITIVA: "Procede la estimación de la ejecución instada por el Procurador de los Tribunales D. JUAN SETIÉN GARCÍA, en nombre y representación de D. Jesús María, contra D^a Delia, atribuyendo la guarda y custodia del menor Josu al padre; la madre podrá comunicar con su hijo en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20,00 horas, así como la mitad de los periodos vacacionales escolares del menor de Navidad, Semana Santa y Verano, correspondiendo la elección de tales periodos los años pares a la madre y los impares al padre.

Asimismo, la madre habrá de contribuir a los alimentos de su hijo con una cantidad que represente el 20 % de los ingresos que por cualquier concepto pudiera percibir, fijándose en todo caso un mínimo a satisfacer que prudencialmente se fija en 10.000 pesetas mensuales, las que abonara por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorro que al efecto designe el actor; dicha cantidad será objeto de actualizaciones anuales desde la fecha de la presente resolución en proporción a las variaciones que experimenten los ingresos de la obligada al pago."

Segundo.-Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el número 568/01 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

Tercero.-Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

Cuarto.-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ.

Fundamentos de Derecho

Primero.-El recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Delia reprocha al auto objeto de impugnación no haber tomado en consideración el interés del menor, modificando la medida de guarda adoptada con el carácter de castigo y sin sopesar que el cambio de custodia no resulta beneficioso para aquél al provocar una ruptura plena y radical de su normalidad psíquica y social.

Segundo.-No niega la recurrente el incumplimiento del régimen de visitas y su actitud reiteradamente obstruccionista, según destaca la resolución recurrida, al normal ejercicio del derecho de comunicación con su hijo por parte del progenitor no custodio. Tampoco se cuestionan en el recurso los múltiples requerimientos efectuados a la recurrente al objeto de cumplirse con el régimen de visitas judicialmente acordado, ni el hecho de haberlos desatendido impidiendo, de forma constante, los

encuentros del padre y el hijo, y ello pese a ser apercibida de que podía incurrir en delito y alterarse la medida de custodia adoptada en orden a garantizar al menor la presencia paterna en su desarrollo.

Tercero.-Así las cosas, es preciso recordar a la recurrente, y ello desde la perspectiva del interés del menor y el principio del "favor filii", que el régimen de visitas persigue el mantenimiento de la relación y el contacto habitual entre aquél y el progenitor con el que, tras la ruptura matrimonial, ya no convive, lo que resulta fundamental e imprescindible para cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras a un desarrollo equilibrado de los mismos y a una correcta y lo más completa formación de su personalidad. Es precisamente por lo anterior, y esto también parece olvidarlo la recurrente, que es una grave irresponsabilidad y una evidente muestra de desatención y desarreglo en el ejercicio de la patria potestad, que, según el art. 154 del Código Civil (CC), se debe ejercer siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, educándoles y procurándoles una formación integral, resultando primario y elemental, tal y como se destaca por el art. 160 CC, el derecho del padre y la madre, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, a relacionarse con sus hijos menores, que quien ostenta la guarda y custodia obstaculice y dificulte el desarrollo del régimen de visitas impidiendo el contacto regular y normalizado entre el progenitor no custodio y su hijo, cuanto más que induzca en éste último el rechazo y desapego del primero.

Cuarto.-También se debe recordar a la recurrente, cuya contumacia y prepotencia resultan sorprendentes, que, conforme a lo prevenido en el art. 94 CC, es el Juez y no ella quien determina el tiempo, el modo y el lugar de ejercicio del derecho que corresponde al progenitor no custodio de visitar a sus hijos menores, comunicar con ellos tenerlos en su compañía. Debiendo destacarse igualmente, habiendo resultado infructuosos y absolutamente baldíos cuantos requerimientos se han efectuado a la recurrente en fase de ejecución de sentencia, llegándose inclusive a iniciar un proceso penal frente a ella por estos mismos hechos, que no existe ninguna seguridad de que en el futuro fuera a cambiar su actitud, pudiéndose suponer al contrario, y muy razonablemente, que en lo sucesivo, y salvo que las cosas se hiciesen tal y como ella pretende, siguiere obstaculizando e impidiendo el normal desarrollo del régimen de visitas judicialmente establecido.

Quinto.-Pues bien, en este contexto, la modificación de la medida que se acuerda por la resolución recurrida nos parece totalmente correcta, plenamente atinada y absolutamente procedente.

Negar que se han alterado las circunstancias cuando el incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor custodio ha sido reiterado y constante significa no admitir lo evidente. En este caso es manifiesto que las circunstancias se ven alteradas de forma sustancial y permanente. Y también es cierto e incuestionable que esta situación es perjudicial para el menor que se acostumbra aparecer y a desarrollarse sin uno de sus progenitores llegando incluso a rechazarlo. No dudamos que la modificación de la atribución de la guarda y custodia le va a suponer al menor un cambio de vida que le obligará, con el coste natural

que ello supone, a adaptarse e integrarse a la nueva convivencia. Pero también nos parece evidente que la dificultad que puede suponer al menor su aclimatación a esa nueva situación no puede resultar más perniciosa y perjudicial para él mismo que el hecho de desarrollarse y crecer sin oportunidad de mantener una relación normalizada con su padre que por no poder darse llegase a desfigurarse de forma irreversible la imagen de éste provocando la ruptura de todo lazo afectivo y un rechazo definitivo carente de justificación y propiciado por la actitud de una madre cuyo comportamiento es indicativo de su ineptitud para ejercer la guarda y custodia de su hijo de la manera más beneficiosa y acorde al interés del menor.

Sexto.-Es por ello, y teniendo en cuenta además, según se destaca en las aclaraciones al informe pericial de 7 de diciembre de 2000, la necesidad imperiosa de que la relación entre el padre y el hijo sea continua, pues de lo contrario no habría posibilidad de que la distorsión que el menor sufre de la imagen paterna y de la situación familiar en general, normalizara; así como la conveniencia de que, una vez iniciada la relación entre el padre y el hijo, esta funcione por sí sola, sin necesidad de una permanente supervisión que supondría un estrés añadido a la ya de por sí tensa situación familiar; y dado que no ofrece duda la capacitación paterna para poder atender a las necesidades de su hijo, siendo significativo y sumamente elocuente lo referido en el razonamiento jurídico tercero del auto de 1 de octubre de 1999, cuando destaca lo señalado en el informe pericial emitido por el psicólogo adscrito al Juzgado en cuyo apartado 2.3, párrafo décimo, se señala que: "Tras una negación inicial a permanecer junto a su padre en la sesión de evaluación, manejando argumentos relacionados con una imagen negativa de su padre, posteriormente acepta y el encuentro se desarrolla con toda normalidad. La conducta del padre para con el menor es suficiente como para que los incipientes temores del menor desaparezcan. Se observa una adecuada relación paterno-filial, en la que el menor interacciona muy positivamente con su padre, tomando incluso la iniciativa de las actividades, el contacto físico es cercano y no se observa ningún problema comunicativo", consideración la anterior de orden técnico que nos merece un especialísimo valor, en cuanto que basada, a diferencia de la contenida en el informe de 7 de diciembre de 2000, en el contacto directo con el menor, que tampoco apreciamos razones suficientes para catalogar como perjudicial para aquél la modificación de la atribución de la guarda y custodia, por todo lo que, y habida cuenta, finalmente, lo actualmente dispuesto por el artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual: "El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas", se habrá de desestimar el recurso y confirmar el auto recurrido, y con imposición de costas, por razón de vencimiento y dado que a nuestro juicio el caso no presentaba serias dudas ni de hecho ni de derecho, a la parte recurrente (arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En atención a lo expuesto,

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S. M. el Rey.

Fallo

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Delia contra el auto dictado por el Juzgado de 1^a Instancia número 5 de Baracaldo, con fecha de 11 de abril de 2001, en los autos de ejecución 10/00, debemos confirmar y confirmamos el auto recurrido, y con imposición de costas a la parte recurrente.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman. Fernando Valdés-Solís Cecchini.- Ignacio Olaso Azpiroz.- Antonio García Martínez.

EL DERECHO

AP Gipuzkoa A 32/1998 de 3 Noviembre 1998

Pte.: Yolanda Domeño Nieto

Resumen

La Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma el auto apelado recaído en separación matrimonial manteniendo los pronunciamientos sobre la guarda y custodia de los hijos menores al padre y si no acredita una serie de condiciones, será la madre la que ejerza la guarda y custodia del hijo menor. No se establece régimen de visitas de la madre con la hija pero sí con el hijo. La esposa recurrente solicita que se acuerde la nulidad del procedimiento y se le conceda la patria potestad por modificación de las condiciones existentes. Esta sala entiende que no procede lo solicitado, pues el juez puede establecer las medidas oportunas razonandolas incluso modificar las adoptadas en la Sentencia de Separación a fin de que los hijos se encuentren en debidas condiciones y no sufran perjuicio alguno, máxime si dicho acuerdo es adoptado con audiencia de ambas partes. No se ha infringido norma alguna ni ocasionado indefensión. Debe ser desestimado el motivo consistente en que no se ha justificado que se haya producido una modificación de las circunstancias existentes, que no se ha acreditado la existencia de malos tatos de su compañero a su hija. La decisión tomada por la Juzgadora de la Instancia en el auto acordando la guarda y custodia de los hijos pase al padre una vez cumplimentados los requisitos que se le exigían resultaba en ese momento razonable y ha de ser mantenida aunque provisionalmente y en tanto no se dilucide la cuestión con más decisión y detalle y con la practica de la prueba oportuna y pertinente en el procedimiento de modificación de medidas

instado por el esposo por lo que el auto impugnado debe ser confirmado.

En Donostia-San Sebastián, a 11 de marzo de 1998.

La Ilma. AP esta capital, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de incidente, seguidos con el núm. 368/1995 ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de San Sebastián, a instancia de Dª Fátima, representada por el Procurador Sr. Odriozola y defendida por el Letrado Sr. Ferro Múgica, contra D. Ángel, defendido por el Letrado Sr. Castro, con intervención del Ministerio Fiscal; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el mencionado Juzgado en fecha 12 de septiembre de 1997.

Antecedentes de Hecho

Primero.-Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de San Sebastián se dictó Auto en fecha 12 de septiembre de 1997, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Se acuerda atribuir la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio formado por D. Ángel y Dª Fátima, María y Mikel, al padre, medida que se hará efectiva desde el momento en que se dicta el presente auto, si bien condicionada a que D. Ángel, en el plazo de cinco meses, y dado que en San Sebastián no tiene condiciones para ocuparse adecuadamente de sus hijos, acredite, por haber manifestado el mismo que se va a trasladar a Ciudad Real, las condiciones en que allí vive, presentando ante este Juzgado: contrato de trabajo o justificante de estar realizando una actividad laboral, contrato de alquiler de vivienda en dicha localidad o que por cualquier otro título est ocupando una vivienda, que haya establecido contacto con los servicios sociales de esa localidad, exponiendo su situación familiar. Si en el plazo fijado de 5 meses, D. Ángel no ha justificado tales extremos, la guarda y custodia del hijo menor pasar nuevamente a la madre. No se establece régimen de visitas de la madre con la hija, que por su edad, podrá relacionarse con aquélla libremente. Dª Fátima podrá tener en su compañía al hijo menor, durante todas las vacaciones escolares, con excepción de 15 días en verano, que se fijarán de acuerdo entre las partes, o en su defecto del 1 al 15 de agosto, que los pasar el menor con su padre, así como todos los fines de semana que coincidan con otras fiestas y que por lo tanto no sean exclusivamente de 2 días, sino que haya puente escolar".

Segundo.-Notificada a las partes la Resolución de referencia se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue admitido y efectuados los oportunos emplazamientos se elevaron los autos a este

Tribunal en fecha 31 de octubre de 1997, ante el cual compareció la parte apelante, actuando como parte apelada el Ministerio Fiscal, a quienes se dio traslado para instrucción, señalándose la vista para el día 25 de febrero de 1998, que se celebró con asistencia de ambas, solicitándose por la parte apelante la nulidad del procedimiento y subsidiariamente la revocación del auto y por el Ministerio Fiscal la confirmación del mismo.

Tercero.-En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

Cuarto.-Ha sido Ponente en esta Instancia la Ilma. Sra. Magistrada D^a Yolanda Domeño Nieto.

Fundamentos de Derecho

Primero.-Por parte de D^a Fátima se ha interpuesto recurso de apelación contra el Auto de fecha 12 de septiembre de 1997, dictado por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 3 de San Sebastián, en solicitud de que se acuerde la nulidad del procedimiento y, subsidiariamente, se revoque la mencionada Resolución y se dicte otra por la que se le conceda la patria potestad, por no haberse modificado las condiciones existentes, y alega para fundamentar su recurso, por una parte, que no se ha justificado que se haya producido una modificación de las circunstancias, que no se ha acreditado la existencia de malos tratos de su compañero a su hija, que no es aplicable el Art. 94 CC, que no debe beneficiársele a él cuando ha incumplido sus obligaciones y en concreto la relativa al pago de la pensión y que en el informe solo se recomienda el cambio de la medida por una simple desavenencia, pero esto es lógico entre personas que conviven, y, por otra parte, que no constituye además causa de urgente necesidad que motive la modificación, que debió tramitarse la solicitud de modificación de medidas por el trámite de la Disposición 5^a, que es por la que se resolvió el divorcio, y que es una causa de nulidad, al haberse prescindido de las normas legales que le han ocasionado indefensión.

A la vista de los términos en que ha sido formulado el presente recurso es evidente que se alega por el apelante, en primer lugar, y aún cuando no ha sido ese el orden utilizado, que se ha producido una infracción de normas procesales causantes de indefensión, razón por la cual solicita la nulidad de las actuaciones, y en segundo lugar, que no se han valorado adecuadamente las actuaciones, razón por la cual procede llevar a cabo el examen de las actuaciones, a fin de determinar si dicha nulidad resulta o no procedente y si han sido o no adecuadamente valoradas las actuaciones practicadas.

Segundo.-Y por lo que respecta a la primera petición formulada y una vez verificado el examen de las actuaciones, y más concretamente de las contenidas en el testimonio remitido a esta Instancia, lo primero que se constata es que no procede acceder a la nulidad pretendida por la apelante en el presente caso, por cuanto que si bien es cierto que el trámite procedente para modificar las medidas acordadas en una Sentencia de separación es desde luego el consistente en interponer el oportuno procedimiento incidental sobre modificación de medidas conforme a lo establecido en la disp. adic. 5ª de la Ley 30/1.981 de 7 de julio, procedimiento que ha sido ya interpuesto por D. Jesús, según puso de manifiesto el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, también es cierto que en casos de urgente necesidad, y fundamentalmente cuando se encuentra en cuestión el bienestar de los hijos habidos en el matrimonio, el Juzgador puede sin duda alguna, razonándolo adecuadamente en una Resolución, adoptar en forma provisional, y a resultas de la Resolución definitiva que se dicte en el procedimiento de modificación de medidas entablado, las medidas que estime oportunas, incluso modificando las adoptadas en la Sentencia de separación, a fin de que los mencionado hijos se encuentren en debidas condiciones y no sufran perjuicio alguno que pueda finalmente repercutir en su adecuado desarrollo, máxime si dicho acuerdo es adoptado con audiencia de ambas partes, que en el acto de la comparecencia pueden efectuar las alegaciones oportunas acerca de la pretensión formulada, y con apoyo en los pertinentes informes de los adecuados profesionales, tal y como sucedió en el presente caso, y puesto que no se ha infringido norma alguna ni se ha ocasionado indefensión a ninguna de las partes del procedimiento, es evidente que no concurren los dos requisitos que para acordar la nulidad de las actuaciones señala el Art. 238 LOPJ, en su pfo. 3º, y que por ello no procede acceder a la petición formulada en tal sentido por la apelante.

Tercero.-Y ha de ser igualmente desestimado el segundo motivo de recurso alegado por Dª Fátima y consistente, como ya se ha indicado, en que no se ha justificado que se haya producido una modificación de las circunstancias existentes, que no se ha acreditado la existencia de malos tratos de su compañero a su hija, que no es aplicable el Art. 94 CC, que no debe beneficiársele a él cuando ha incumplido sus obligaciones y en concreto la relativa al pago de la pensión y que en el informe solo se recomienda el cambio de la medida por una simple desavenencia, pero esto es lógico entre personas que conviven, por cuanto que a la vista de las actuaciones testimoniadas y remitidas a esta Instancia, y fundamentalmente a la vista de la comparecencia efectuada por D. Jesús y Dª Fátima en fecha 4 de junio de 1997 ante la Juzgadora de Instancia y a la vista de los informes emitidos por Dª Ana, psicóloga, y D. Pedro, Diplomado en trabajo social, profesionales ambos adscritos al Juzgado de Familia, y en los que se expresa que "Teniendo en cuenta la presente situación se recomienda que Lourdes pase a vivir temporalmente con su padre y que se realice a la mayor brevedad posible una evaluación completa de todo el sistema familiar" y que "Teniendo en cuenta la escasa convicción con la que el niño relata los hechos y su comportamiento poco natural y espontáneo, se valora la posible influencia de los adultos que conviven con él ante la negativa de ir con su padre", en el primero de ellos, y que "María se siente no querida por su madre. Siente que no se le ha apoyado en aquellos momentos de tensión y enfrentamiento con Carmelo. María no acepta esta nueva relación de su madre y lo demuestra rebelándose contra él", que "La actual situación de Ángel dificulta el poder ofrecer a sus hijos un ambiente normalizado en San Sebastián.

Afectiva y emocionalmente ofrece más garantías que Fátima, quien demuestra manipular excesivamente a los menores, principalmente a Mikel. La situación actual de Ángel puede cambiar si se traslada a la localidad de Socuéllamos, donde contaría con un empleo, una vivienda y donde conviviría con su actual pareja y sus hijos", que "Ángel muestra a lo largo de las entrevistas una actitud colaboradora. Reconoce en todo momento que los menores deben relacionarse con ambos padres. Es éste quien ofrece mayores garantías de que la relación de los menores con ambos progenitores se mantenga en el tiempo. Por su parte la actitud de Fátima, tal y como ha mostrado hasta ahora, es de imposibilitar que Mikel se relacione con su padre manipulando al menor para que sea éste quien no quiera ir con él, cuando en realidad no es así", y que "Fátima en ningún momento demanda ni lucha por recuperar a su hija. No hace ningún esfuerzo para conseguir que María restablezca la relación con ella", en el 2º de los mencionados, es evidente que resultaba de todo punto necesario adoptar con la necesaria rapidez y urgencia la medida más adecuada en relación a María y Mikel, hijos de D. Jesús y Dª Fátima, a fin de evitar que la situación en la se encontraban los mismos, sobre todo la niña, en permanente conflicto con su madre y rechazando de forma total y absoluta al compañero de la misma, pudiera finalmente repercutir de forma negativa en su normal desenvolvimiento y desarrollo, que por supuesto ha de verificarse a ser posible de forma conjunta, evitando la separación de los dos hermanos, por lo que la decisión tomada por la Juzgadora de Instancia en el Auto de fecha 12 de septiembre de 1997, acordando que la guarda y custodia de los 2 niños pasase a ser ejercida por el padre, una vez cumplimentados por el mismo los requisitos que en él se le exigían, resultaba en ese momento de todo punto razonable y ha de ser mantenida en esta Instancia, aunque por supuesto provisionalmente y en tanto no se dilucide la cuestión controvertida con más precisión y detalle y con la práctica de toda la prueba oportuna y pertinente en el procedimiento de modificación de medidas instado por D. Jesús, por lo que el auto impugnado ha de ser confirmado y desestimado, en lógica consecuencia, el recurso de apelación interpuesto contra el mismo.

Cuarto.-Aún cuando ha sido desestimado el recurso de apelación interpuesto por Dª Fátima, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida y la excepcionalidad de la medida acordada, modificando provisionalmente lo dispuesto en la Sentencia de separación, resulta oportuno no efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a las costas devengadas en la presente Instancia, las cuales deberán ser satisfechas por cada parte las por ella causadas y las comunes por mitad.

Fallo

La Sala acuerda: Que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por Dª Fátima contra el Auto de fecha 12 de septiembre de 1997, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de San Sebastián,

manteniendo los pronunciamientos en ella contenidos y no efectuando imposición alguna de las costas devengadas en la presente Instancia, las cuales deberán ser satisfechas por cada parte las por ella causadas y las comunes por mitad.

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Luis Barragán Morales.- Yolanda Domeño Nieto.- Ane Maite Loyola Iriondo.

EL DERECHO

AP Barcelona S 6 Octubre 1999

Pte.: Marcial Subirás Roca

Resumen

La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia que atribuyó la guarda y custodia de los menores a su padre. Entiende la Sala que si ambos progenitores están capacitados para la guarda y custodia de los menores, y si la atribución que de ella se hizo a favor de la madre no dio el resultado deseable, no solo por la obstinada obstrucción del régimen de visitas concedido al padre, sino que para obtener un total distanciamiento paterno-filial, antes que dar normal cumplimiento a un régimen de visitas, impuesto, sin impedimento alguno para su debido cumplimiento, llegó a extremos de entrega y recogida de los menores en el Juzgado de Guardia, lo más prudente es la atribución de la guarda y custodia de los menores a su padre.

En la ciudad de Barcelona, a 10 de junio de 1999.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección 12 de esta AP, los presentes autos de Modificación de Medidas, núm. .885/1996 seguidos por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Barcelona, a instancia de D. Juan representado por él Procurador Sr. Bassedas y dirigido por la Letrada Dª Asunción Pagés, contra Dª Agustina, representada por el Procurador Sr. Simó, y dirigida por la Letrada Dª Asunción Sallés; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por Agustina contra la Sentencia dictada en los mismos el día 31 de julio de 1998, por el Sr. Juez del expresado Juzgado, habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

Antecedentes de Hecho

Primero.-La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: Fallo.- Que estimando en parte la demanda formulada por el Procurador D. Jordi Bassetas Ballus, en nombre y representación de D. Juan Manuel, contra D^a Agustina, representada por el Procurador D. Ricardo Simó Pascual y contra el Ministerio Fiscal, dispongo:

1º) Se atribuye la guarda y custodia de los menores Agustí y Juan Manuel a su padre D. Juan Manuel, así como el ejercicio cotidiano de la patria potestad, manteniendo compartida su titularidad con la Sra. Agustina. Para garantizar la adecuada estabilidad de los menores se acuerda el seguimiento de la evolución psicológica de los mismos por el Gabinete Psico-Social adscrito a los Juzgados de Familia.

2º) Se fija un régimen de visitas a favor de la Sra. Agustina consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la hora de la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas, ampliándose en caso de "puentes", una tarde intersemanal que se concreta en los miércoles si las partes no pactan otro día desde la hora de la salida del siguiente, y mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, correspondiendo a la madre la 1ª mitad de dichas vacaciones en los años impares y la 2ª mitad en los años pares. En cuanto a las vacaciones de verano corresponderá los meses de julio a la madre en los años impares y el mes de agosto en los años pares y agosto en los años impares.

3º) No se hace pronunciamiento alguno relativo al domicilio de la calle .., núm. .., cuarto primera, al no tener carácter de domicilio familiar, sin perjuicio de que las partes puedan ejercitar las acciones. relativas a la propiedad.

4º) Como pensión alimenticia para los hijos menores, Agustí y Juan Manuel, la Sra. Agustina entregará al Sr. Juan Manuel para su administración "la cantidad mensual de 50.000 pts., correspondiendo 25.000 pts. por cada uno de los hijos.

5º) La cantidad anterior se pagará mensualmente por adelantado, dentro de los 5 primeros días de cada mes, y por doce mensualidades al año. Dicha cantidad será anualmente actualizada según el IPC que publique el INE, de forma automática por el obligado al pago sin necesidad de previo requerimiento. Realizándose la próxima revalorización el próximo 1º de enero de 1999. La cantidad mensual será ingresada en la cuenta corriente o cartilla de ahorros que señale el beneficiario.

6°) Se dejan sin efecto las Medidas Tutelares acordadas por Auto de fecha 20 de diciembre de 1995 dictado en pieza de medidas tutelares dimanante de este pleito principal, pues serán sustituidas por las adoptadas en la presente Resolución.

7°) No se hace expresa imposición de costas".

Segundo.-Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por Agustina y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas, habiéndose adherido al recurso el Ministerio Fiscal, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la Vista Pública el día 27, de abril de 1999, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

Tercero.-En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales. salvo el plazo para dictar Sentencia.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Marcial Subiras Roca.

Fundamentos de Derecho

Se aceptan y dan por reproducidos los fundamentos legales de la Sentencia recurrida.

Primero.-Ha sido objeto de debate en el presente procedimiento, cual de" los dos progenitores cuya patria potestad tienen compartida Sobre los hijos menores habidos del matrimonio, ha de ser el que tenga atribuida su guarda y custodia. Dicha atribución cuyo cambio se interesó en demanda por parte del padre, había sido confiado a la madre por Sentencia de divorcio de 23 de enero de 1995, que en nada afectó a dicha medida la Sentencia dictada en apelación de 7 de noviembre de 1996.

Es principio elemental, necesario, indeclinable, inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, el de que es su interés el que debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado "bonum filii" ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en

nuestra legislación en diversos preceptos CC (Arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170), y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares.

Segundo.-Los Arts. 92 a 94 CC regulan la situación de los hijos en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, estableciendo un régimen común para los 3 supuestos, a cuyo efecto corresponde al Juez determinar la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad y el ejercicio de esta (Arts. 90 y 92 CC) El progenitor encargado de la guarda de los hijos tendrá las facultades que deriven de su patria potestad y responderá de su actuación ante el Juez, quien podrá suspender o variar las facultades del guardador en beneficio de los hijos.

El guardador deberá cuidarlos, educarlos, alimentarlos e instruirlos (Arts. 92 y 93), velar por ellos, tenerlos en su compañía y procurarles una formación integral de acuerdo con su personalidad, (Art. 154), pero ello conectado con el derecho que el Art. 94 CC otorga en favor del progenitor no guardador, de visitar a los hijos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía durante los días y temporadas que se fijen y en los lugares que se señalen y que corresponde al Juez determinar, cuya finalidad es el de evitar que la ruptura que entre los progenitores se produce, pueda extenderse a las relaciones entre hijos y padres, como consecuencia de la falta de convivencia de estos.

Tercero.-El debido ejercicio de la guarda y custodia que de los hijos se hace en favor de uno de los progenitores, y para lo cual quedó acreditado que ambos progenitores se hallan capacitados, no dependerá pues del cumplimiento parcial que los deberes de guarda conlleva, sino de la totalidad que de los mismos se deriven, de los que no son ajenos el procurar que el régimen de visitas que se concede al progenitor no custodio sea desarrollado con plenitud de normalidad, cumpliéndolo en la forma establecida en Sentencia, o comunicando al Juzgador que la fijó los impedimentos que su cumplimiento comporta, u otras causas que aconsejen su modificación, pero en ningún supuesto actuando arbitrariamente, a su conveniencia, o con voluntario deseo de privar al padre de toda relación con los hijos.

Como relata la Sentencia ha quedado reiteradamente evidenciada la actitud obstruccionista de la madre de que el régimen de visitas del padre con sus hijos tuviera efectividad, con reiteradas e infructuosas comparecencias judiciales a fin de que se diera cumplimiento al régimen de visitas paterno-filial judicialmente establecido, cuya actitud egoísta ya se a voluntaria o reflejo de las tensiones y enfrentamientos que quedaron subyacentes tras la ruptura convivencial judicialmente decretada, no terminaron con la Sentencia de divorcio, traspasando del ámbito, estrictamente limitado a los propios progenitores, para afectar su influencia materna a las relaciones paterno-filiales, que los hijos han llevado con la misma agresividad que los padres, con paulatina y constante destrucción de la figura paterna.

La reiteración de tal incumplimiento del, régimen de visitas en favor del padre, culminó por Auto de 20 de diciembre de 1996, en el que tras extensa motivación que se desarrollaba, y apreciando una situación de riesgo de los menores Agustí y Joan Manuel, se impuso. a ambos litigantes la obligación de concertar para. sus hijos la estancia y seguimiento del curso escolar en régimen de internado para fijar seguidamente un régimen de comunicación paterno/materno-filial.

Sin analizar la necesidad de tal medida, de la pericial psiquiátrica realizada por el Dr. B., solo se puede concluir que ambos progenitores se hallan capacitados para el. ejercicio de la guarda y custodia de los menores, que el internamiento de los menores sirvió" para aminorar la actitud reacia de los hijos para con la figura del padre, y se concluye que si bien parece cierto que durante un tiempo las descalificaciones hacia el padre fueron continuas, en la actualidad no puede asegurarse que persistan.

A la misma valoración se llega en informe Psicológico de seguimiento emitido por la Direcció General de Mesures de Justicia Juvenil, en la que en su valoración contempla la alternativa de" la custodia paterna como de mayor garantía para el cumplimiento con mas seguridad de un régimen de visitas, y por contra la relación materno filial que provocó el ingreso de los menores en un centro parece se ha modificado en la actualidad, pero no se puede asegurar su continuidad en el caso de que sea la Sra. Agustina quien ostente la custodia.

Cuarto.-En atención a todo lo expuesto, si ambos progenitores están capacitados para la guarda y custodia de los menores, y si la atribución que de ella se hizo en favor de la madre no dio el resultado deseable, no solo por la obstinada obstrucción el. régimen de visitas concedido al padre, sino que para obtener un total distanciamiento paterno-filial, antes que dar normal cumplimiento a un régimen de visitas, impuesto, sin impedimento alguno para su debido cumplimiento, llegó a extremos de entrega y recogida de los menores en el Juzgado de Guardia, lo mas prudente, es la medida acordada en Sentencia de atribución de la guarda y custodia de los menores a su padre, y que para garantizar la adecuada estabilidad de los menores se haga un seguimiento de la evolución psicológica de los mismos, pues lo inadecuado seria reincidir en una guarda y custodia cuyas garantías de integro cumpl imiento no pueden objetivizarse.

Quinto.-El. Ministerio Fiscal sostiene en su recurso como apelante adherido, que la atribución de la guarda y custodia en favor del padre, se haga en principio para el curso escolar 1998/1999, pudiéndose replantear su atribución en ejecución de. Sentencia, a la vista de las circunstancias concurrentes del Gabinete psicosocial, y una vez normalizada la situación. La petición fiscal configura la actuación paterna mas como remedio, de una situación por él no provocada, que de una verdadera alternativa que constituye sobre la guarda y custodia de los menores, hijos, matrimoniales, y como ya se refleja en Sentencia toda posible modificación de la atribución de la guarda al padre dependerá no solo de la adaptación que los hijos realicen según seguimiento del Gabinete Psico-social, sino de la esmerada que resulte,

pero en ningún caso constituye un tránsito normalizador para llevar a la situación anterior que quedó acreditado ser inadecuada, sino que de desarrollarse con plena normalidad en su función de guarda y custodia y redundar en beneficio de los hijos, con ello se acreditaría la necesidad del cambio operado en su atribución que de por sí justificaría su permanencia. Por otra parte el régimen de visitas fijado para la madre en Sentencia, es lo suficientemente amplio y normalizado y ajustado casi en su integridad, a las peticiones del Ministerio Fiscal contenidas en su escrito de adhesión al recurso, que procede desestimar.

Sexto.-No se aprecian circunstancias excepcionales que impidan -la aplicación a esta apelación del criterio del vencimiento objetivo que prescribe el párrafo tercero del Art. 896 LEC.

Vistos los artículos de pertinente aplicación.

Fallo

Que desestimando el recurso de Apelación interpuesto por la apelante principal y el Ministerio Fiscal, como apelante adherido, contra la Sentencia dictada en fecha 31 de julio de 1998 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Barcelona, en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con expresa imposición de las costas causadas en la presente alzada a Dª Agustina.

Y firme que sea esta Resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan M. Jiménez de Parga Gastón.- Antonio López-Carrasco Morales.- Marcial Subirás Roca.