

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 cumplierse 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 desfigurar 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 todo 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.