

## 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 tratos 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. D<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> Yolanda Domeño Nieto.

### **Fundamentos de Derecho**

**Primero.**-Por parte de D<sup>a</sup> Fátima se ha interpuesto recurso de apelación contra el Auto de fecha 12 de septiembre de 1997, dictado por el Juzgado de 1<sup>a</sup> 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<sup>a</sup>, 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 D<sup>a</sup> 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, **podiera 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 D<sup>a</sup> 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 D<sup>a</sup> 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.