

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 Bassedas Ballus, en nombre y representación de D. Juan Manuel, contra Dª 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.

6º) 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.

7º) 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 comparencias 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 Dirección General de Medidas 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 sería reincidir en una guarda y **custodia** cuyas garantías de integro cumplimiento 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 D^a 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.