

EL DERECHO

AP Barcelona S 5 Marzo 1999

Pte.: Pascual Ortuño Muñoz

Resumen

*Estima la AP parcialmente los recursos de apelación planteados por la demandada y el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de 1ª Instancia que estimó parcialmente la demanda de divorcio al indicar la Sala que de los hechos y consideraciones establecidos en el pleito queda acreditado que el interés de los menores exige la adopción de la medida de **que la madre recupere la guarda y custodia de los hijos.***

En la ciudad de Barcelona, a 3 de mayo de 1999.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección 12 de esta AP, los presentes Autos de Divorcio, núm. 344/1996 seguidos por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Arenys de Mar, a instancia de D. Alejandro representado por el Procurador D. José Rafael Ros y dirigido por el Letrado D. Luis Álvarez, contra Dª Nuria, representada por el Procurador D. Ángel Joaniquet Ibarz, y dirigida por la Letrada Dª María Antonia Rigot; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por Dª Nuria y adheridos D. Alejandro y el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada en los mismos el día 30 de mayo 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 interpuesta por el Procurador D. Manuel Oliva Vega, en nombre y representación de D. Alejandro, contra Dª Nuria, representada por la Procuradora Dª Blanca Quintana Riera, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de ambos cónyuges, celebrado el día 17 de junio de 1983, con los efectos legales inherentes a tal declaración; sin hacer especial imposición de costas y acordando las siguientes medidas:

a) La atribución de la guarda y **custodia** de los dos hijos habidos en el matrimonio, Jordina y Martí, al padre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad compartida.

b) Como régimen de visitas la madre podrá ver a sus hijos del siguiente modo:

Días intersemanales: los lunes y miércoles de cada semana, que los recogerá a la salida del colegio reintegrándolos al centro escolar a la mañana siguiente.

Fines de semana alternos: desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas que deberá reintegrarlos al domicilio del padre.

Mitad de las Vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y Verano, eligiendo en caso de desacuerdo la madre los años pares y el padre los impares. Respecto a los "puentes" escolares, se distribuirán alternativamente entre los progenitores.

c) D^a Nuria abonará la cantidad mensual de 40.000 pts. en concepto de pensión de alimentos para los dos hijos. Dicha cantidad será actualizada en el mes de enero de cada año conforme a las variaciones que experimente el IPC en el conjunto nacional que publique el INE u Organismo que le sustituya."

Segundo.-Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por D^a Nuria, habiéndose adherido al mismo D. Alejandro y el Ministerio Fiscal y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la vista pública el día 23 de marzo de 1999, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

Tercero.-En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar Sentencia, debido a la acumulación de señalamientos pendiente en esta Sala.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

Se admiten los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

Fundamentos de Derecho

Primero.-La Sentencia dictada en instancia es objeto de impugnación en virtud del recurso interpuesto por la parte demandada, al que se adhirió el Ministerio Fiscal y la representación del actor, que se circunscriben, en cuanto al de la esposa y el Ministerio Público, a la impugnación de la medida por la que se atribuye la **custodia** de los hijos menores al padre, interesando que ambos menores queden confiados a la madre; por su parte el actor solicita que se mantenga la Sentencia de Instancia, con las modificación del régimen de visitas materno-filial, cuya reducción postula, y la contribución de demandada a los alimentos de los hijos, que interesa quede fijada en la cifra de 60.000 pts. mensuales.

Segundo.-Por lo que se refiere al primero de los motivos del recurso, que tiene por objeto la impugnación de la medida por la que se atribuye al padre la **custodia** de los hijos menores, Jordina (nacida el 12 de enero de 1984), y Marti (nacido el 12 de septiembre de 1987), tanto la representación de la esposa como el Ministerio Fiscal consideran perjudicial para los intereses de los mismos el **cambio** de la asignación de la guarda habitual que venía establecido desde la separación matrimonial, aduciendo que es la madre la que dispone de mejores condiciones para atender los cuidados que los mismos necesitan, lo que implica que deba ser analizada la fundamentación de la medida referida.

La juzgadora de instancia fundamenta la medida en tres circunstancias que, de forma complementaria, justifican "prima facie" que los menores queden con el padre. La primera de ellas es la **constatación de las tensas relaciones existentes entre ambos progenitores, que han deteriorado la estabilidad psicológica de los hijos, con reiteración de incidencias en la ejecución de la Sentencia** y recíprocas denuncias por incumplimientos; en segundo término, por la opción de los propios menores, especialmente de la hija Jordina, que desean pasar a vivir

habitualmente con el padre y, finalmente, en las consideraciones que se desprenden del dictamen psico-social, del que extrae la conclusión de que, aun cuando sea como el menor de los males, los hijos deben permanecer bajo la **custodia** paterna, como expresión de una realidad social impuesta ya por el desenvolvimiento de los acontecimientos. La representación del demandante sostiene que debe ser mantenida la medida establecida en la Sentencia impugnada por los propios razonamientos que la misma contiene y, esencialmente, por la igualdad en los derechos de ambos progenitores, en su vertiente constitucional, así como por la falta de capacidad de la madre, que da mayor preferencia a su nueva relación sentimental que al cuidado de los hijos.

Tercero.-La resolución de la controversia determina que, dejando sentado con carácter previo **el más escrupuloso respecto al principio de igualdad entre el hombre y la mujer en orden al ejercicio de las funciones parentales, derivado de los postulados del Art. 14 CE y, en especial, de lo que establecen los Arts. 92 y 159 CC, modificado éste último por la Ley 11/1990, de 15 de octubre sobre no discriminación por razón de sexo, es prioritario el análisis de las circunstancias que concurren para determinar, de forma objetiva, cuál es el "interés del menor", en orden a procurar a los hijos del matrimonio en crisis el mayor grado de estabilidad emocional, afectiva y material, como garantía del derecho de los mismos al libre desarrollo de su personalidad y a la superación positiva de los traumas psicológicos que han padecido, como consecuencia de la traumática separación de sus progenitores y el mantenimiento de la tirantez y el desafecto que han venido condicionando, tanto el desenvolvimiento normal del ejercicio de las funciones parentales tras la separación, como las anomalías en el cumplimiento del régimen de visitas.**

Es de considerar que, producida la crisis de la relación entre los litigantes, los hijos quedaron bajo la **custodia** de la madre por la decisión consensuada de ambos progenitores, plasmada en convenio regulador que fue aprobado por la Sentencia de separación de 2 de enero de 1995. Tal dato revela que el actor, en aquél momento, estimaba como más beneficioso para sus hijos, que permanecieran junto a su madre, sin que entonces planteara cuestión alguna sobre la idoneidad de uno u otro, ni sobre la falta de capacidad de la esposa para desempeñar las responsabilidades que se le encomendaban. Es a partir de la estabilización de las relaciones afectivas entre la esposa y un tercero cuando comienzan a surgir los problemas, que culminan con una denuncia de la hija mayor contra su propia madre (folio 162), que es utilizada por el actor para fundamentar la pretensión de la demanda inicial de estas actuaciones, junto con las reticencias que ambos hijos le verbalizan en cuanto a la relación con la nueva pareja de la madre y, finalmente, con la expresión del deseo de ambos de pasar a convivir con el padre, que quedó de manifiesto en las reiteradas exploraciones judiciales practicadas (folios 171, 172, 391 y 392) No obstante lo anterior, que a primera vista ofrece la impresión del acierto en la resolución de la juzgadora de instancia, **el análisis de las razones alegadas por los hijos ponen de manifiesto que los deseos expresados por los mismos vienen absolutamente condicionados por dos circunstancias relevantes, ambas destacadas con claridad en el primer informe psicossocial practicado por el equipo técnico en sede de medidas provisionales, (folios 155 a 159), cuales son el rechazo de los menores a las normas educativas que la madre les impone, frente a la laxitud que el padre les ofrece en este ámbito, rechazo que es más acusado en la hija de 13 años -entonces-, a la que el padre tolera que fume y a la que permite salidas nocturnas en los fines de semana en los que permanece con el mismo, de hasta la una hora de la madrugada; y, en segundo lugar, al sentimiento de abandono que la actitud del padre suscita en los hijos, que tienden a protegerlo, ya que el mismo**

vive solo en una peculiar vivienda sita en un antiguo depósito de agua en pleno campo, y carece de relaciones estables habituales, frente a la posición más fuerte y consolidada socialmente que aprecian en la madre.

Tales motivaciones, que ponen de relieve la **manipulación** sentimental de los hijos por el actor, no pueden en modo alguno ser los elementos de convicción determinantes para la adopción de una medida tan drástica como la que contiene la Sentencia de Instancia, al retirar la confianza a la madre en el ejercicio de la **custodia** habitual de sus hijos. Ha de considerarse, por otra parte, que los sentimientos de los menores son fluctuantes, tal como se desprende de las exploraciones judiciales, en las que reiteran que se encuentran bien con la madre en el aspecto material, pero no en el afectivo y que, especialmente la hija Jordina, quiere ir a vivir con el padre porque tiene mayor comunicación con él, pero no porque se encuentre mal con la madre. **Esta Sala ha expresado en reiteradas resoluciones, que el interés del menor, como principio básico para delimitar la atribución de la custodia a uno u otro progenitor, no puede sustentarse exclusivamente en la voluntad de los niños, toda vez que, tanto por su corta edad, como por su falta de experiencias vitales, tienen una personalidad todavía inmadura y fácilmente influenciada por circunstancias subjetivas externas y por impulsos egoístas de bienestar o comodidad a corto plazo.** Por tal razón los textos legales encomiendan la decisión a los adultos, bien a los progenitores obrando de consuno, o bien a la **autoridad judicial** que, sopesando todas las circunstancias concurrentes, ha de adoptar la decisión que proceda, aun cuando ésta sea contraria a las determinaciones que los menores hayan verbalizado, **pues ni corresponde a éstos la opción hasta que alcanzan la mayoría de edad, ni debe hacerse recaer sobre los mismos la responsabilidad de la elección, ni resulta lícito generar en los mismos sentimientos de culpa por la preferencia mostrada hacia un progenitor, respecto al otro.**

Por otra parte, de los informes psicosociales emitidos por el SATAV, (folios 155 a 159 y 380 a 384), se infiere que **los menores presentan determinadas anomalías conductuales y especial rechazo hacia la figura materna, por el complejo sistema de lealtades al que se han visto sometidos, que han aflorado después de que la guarda estuviese encomendada al padre** desde la anómala resolución adoptada en el incidente de oposición a las medidas provisionales de divorcio que, de forma irregular, fueron admitidas y tramitadas, **presentando una situación de riesgo en cuanto a la estabilidad psicológica de los menores**, cuando la edad de la pubertad comienza y precisan de referentes claros, de la comprensión y aceptación de normas básicas convivenciales, y de una necesaria disminución del estado de tensión en el que viven, por los sentimientos que les reporta ser conocedores de la importancia que sus opiniones tienen para la resolución de la controversia entre sus progenitores, cuando en realidad, **la opción de los hijos ha de ser ponderada, como un elemento de juicio más, con el resto de las circunstancias que concurren**, para adoptar la decisión que, en cualquier caso, corresponde a la autoridad judicial, como ya se ha expresado anteriormente. Del resto de los informes psicológicos aportados por las partes, que tienen la naturaleza de prueba documental de parte, **no puede tomarse en consideración el emitido por la psicóloga Sra. D^a Delfina (folio 199), al adolecer de los requisitos más elementales para que ofrezca valor científico, toda vez que no indica los instrumentos de diagnóstico empleados**, ni ha intentado siquiera mantener una sola entrevista con la madre del menor, antes de aventurar un diagnóstico tan contundente como el que expresa; el resto de los informes (folios 320 a 340), ponen de relieve el grado de tensión que están viviendo los hijos de los litigantes como consecuencia de la disputa por su **custodia** que están manteniendo sus progenitores, que ya ha provocado la sensación de una falsa madurez en la niña,

origen de graves anomalías conductuales, e importantes problemas psicológicos, incluso de retraso escolar, en el niño.

De las anteriores consideraciones se desprende la procedencia de revocar la Sentencia de Instancia, en cuanto a la medida adoptada sobre la **custodia** y residencia habitual de los hijos, devolviendo la misma a la madre, al haber quedado plenamente acreditado que el interés de los menores exige la adopción de tal medida, tanto por el entorno afectivo de la misma, incluida la estabilidad familiar que presenta, como por la capacidad demostrada para imponer a los menores el respeto a las normas que, habida cuenta de su edad, precisan. Es de constatar, en tal sentido, **que mientras los niños han permanecido con la madre, ésta ha garantizado adecuadamente el mantenimiento de las relaciones de los hijos con el padre, mientras éste se ha mostrado incapaz de asegurar la misma relación con la madre, desde que tiene encomendada la guarda de los mismos.** Finalmente **es de reprochar al actor la responsabilidad en la génesis de la problemática suscitada, toda vez que, de forma inconsciente en parte, ha situado a los hijos en la disyuntiva de elegir entre sus progenitores**, rompiendo el equilibrio existente tras el primitivo pacto de separación, en virtud del cual se estableció que los hijos mantendrían la residencia habitual con la madre. Para obtener su propósito ha fomentado en los hijos falsas expectativas y ha emprendido una desproporcionada batalla legal, sin que existieran causas fundadas para alterar lo convenido ni la decisión judicial que fue adoptada en la Sentencia de separación que, atendidas a las anteriores razones, ha de ser mantenida con motivo del divorcio.

Cuarto.-La medida anterior condiciona el resto de las que fueron acordadas en instancia sobre distinto presupuesto, por lo que es necesario modificar las mismas, tal como establece el Art. 91 CC, sobre las bases siguientes:

a) Restituida con carácter inmediato la **custodia** de los hijos a la madre, el régimen de comunicación paterno-filial ha de concretarse atendiendo a la circunstancia de que el mismo ejerce trabajos los fines de semana, por lo que se establece una comunicación intersemanal con pernocta, y la tarde del sábado, desde que el mismo termine su jornada laboral, hasta el domingo cuando inicie la misma, además de un mes en el verano de los de julio y agosto y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y semana santa.

b) Para la cobertura de las necesidades alimenticias de los hijos comunes, a tenor del nivel de vida de la familia, los ingresos acreditados de uno y otro progenitor y los precedentes pactos del convenio regulador de la separación, han de situarse en torno a las 30.000 pts. mensuales para cada hijo con cargo al padre, soportando el resto de la carga la madre, a excepción de los gastos de naturaleza extraordinaria, por su naturaleza imprevisible que, si se producen, serán soportados por mitad entre ambos progenitores.

Quinto.-La estimación de los recursos de apelación formulados por la demandada y el Ministerio Fiscal y el carácter subsidiario del sostenido, en forma de adhesión, por el actor, determinan que no proceda especial declaración sobre costas causadas en esta alzada, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 896 LEC.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

Fallo

Que, estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por D^a Nuria, parte demandada, y por el Ministerio Fiscal, y declarando sin objeto el recurso formulado por adhesión, con carácter subsidiario, por el actor D. Alejandro, contra la Sentencia de fecha 30 de mayo de 1998 del juzgado de 1^a Instancia núm. 3 de Arenys de Mar, sobre divorcio, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución impugnada respecto a los extremos relativos a las medidas reguladoras de los efectos de la disolución del vínculo matrimonial, que quedarán fijadas en los siguientes términos:

a) Manteniendo la patria potestad sobre los hijos comunes, Jordina y Marti, de forma compartida entre los progenitores, se asigna la **custodia** y residencia habitual de los menores a la madre.

b) El régimen de comunicación, visitas y estancias de los hijos con el padre será, durante el curso escolar, de fines de semana alternos, desde la salida del trabajo del padre en los sábados, hasta el domingo cuando haya de incorporarse a sus actividades laborales, además de una tarde intersemanal, la de los miércoles en ausencia de acuerdo, desde la salida del colegio, hasta la entrada en el centro escolar al siguiente día jueves; los períodos vacacionales de Navidad y semana santa, serán distribuidos por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo al padre la primera mitad en los años pares y la segunda en los impares; y durante el verano los menores permanecerán con el padre un mes entero, de los de julio o agosto, que serán distribuidos de común acuerdo entre los litigantes, atendiendo al periodo vacacional del padre, aun cuando si tal acuerdo no fuese posible, corresponde rá al padre el mes de julio en los años pares, y el de agosto en los impares.

c) En concepto de alimentos, el padre contribuirá a los de los hijos con 60.000 pts. Mensuales.

d) La anterior cantidad se actualizará, en lo sucesivo, y sin necesidad de previo requerimiento cada primero de año, con el IPC del ejercicio anterior; y debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada en todos los demás extremos. En cuanto a costas, no se hace especial pronunciamiento respecto a las devengadas en la alzada, por lo que cada parte atenderá las causadas a su instancia.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvase 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 Miguel Jiménez de Parga Gastón.- Pascual Ortuño Muñoz.- Marcial Subirás Roca.

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