

Auto acerca de traslado de domicilio

MUY NOVEDOSA, INTERESANTE Y ACERTADA RESOLUCIÓN <7I>

AUTO

D./Dña. D. FRANCISCO DE ASIS SERRANO CASTRO

En SEVILLA, a dieciséis de enero de dos mil nueve

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.-

En los presentes autos de divorcio mutuo acuerdo instados por la Sra. Procuradora D^a xxxxxxxx en nombre y representación del matrimonio formado por D^a xxxxxxxx y D. xxxxxxxx, se dictó sentencia de fecha 15/10/2008 acordando el divorcio y aprobando el Convenio Regulador de fecha 23/09/2008, sentencia que fue declarada firme el 24/10/2008.

Con fecha 16/12/2008 se presenta escrito por el Sr. Procurador D. xxxxxxxxxxxx en nombre y representación de D. xxxxxxxx solicitando se adopten medidas judiciales ante la decisión tomada por la Sra. xxxxxxxx de trasladar su domicilio a xxxxxxxx (Madrid), llevándose con ella a su hijo xxxxxxxx.

Mediante resolución de fecha 22/12/2008, se señala una comparecencia en función de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, la cuál se ha celebrado el pasado día 15/01/2009 con el resultado que consta en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Se ha de resolver el incidente que ambas partes han planteado al amparo de lo dispuesto en el art. 158.4 del C.C., dado que se ha producido una situación sobrevenida que ciertamente, y así se reconoce, puede implicar un riesgo y peligro para la integridad, estabilidad y desarrollo del hijo común, de siete años de edad.

Al respecto se han de destacar las siguientes circunstancias que han desembocado en dicha situación de riesgo:

A.- El 23 de septiembre de 2008 ambos progenitores suscriben un convenio regulador, libre y voluntariamente, aceptado en todas sus cláusulas, por el cual se establecía un régimen de custodia a favor de la madre y un régimen de visitas y contacto del padre no custodio normalizado y por el cual se facilitaba una saludable y habitual relación paternofamiliar.

En ese sentido, los mismos progenitores en el acto de la vista, admitieron que ese régimen se fijó como cláusula de mínimos, puesto que el padre también veía con frecuencia a su hijo un día entre semana. El convenio, por tanto, se consensuó sobre la base de que la madre tenía fijada su residencia en Sevilla, sin que hubiera previsión alguna de traslado de domicilio por parte de la Sra. xxxxxxx. Ese convenio fue ratificado el 9 de octubre, recayendo Sentencia en el procedimiento el 15 de octubre.

B.- No obstante, pese a las circunstancias que determinaron la redacción de ese acuerdo y que propiciaron un convenio especialmente en todo lo relacionado a lo que iba a suponer en el futuro la regulación de los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad que ambos progenitores ostentan sobre su hijo, se ha de destacar que se aprecia una indudable mala fe en la actuación de la madre, puesto que al inicio del propio procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, cuando se firmó y ratificó el Convenio, ocultó un propósito e intención que hubiera impedido su suscripción y aprobación.

No se trataba de una cuestión de carácter imprevisible, que se hubiera producido de manera súbita e inesperada, pues consta que ya en el mes de octubre, pendiente aun de resolverse el divorcio, había iniciado los trámites de expediente matrimonial para contraer nupcias con quien es su actual marido: El 14 de Noviembre se publican los Edictos anunciando la celebración del matrimonio que tuvo lugar el día 3 de Enero de 2009.

C.- Ese nuevo estatus civil, libremente decidido por la Sra. xxxxxxx, no hubiera tenido ninguna significación y transcendencia, a no ser por el hecho de que ello implicaba una absoluta alteración de prácticamente todo lo acordado en el Convenio Regulador que se acababa de suscribir, produciendo no solo una modificación sustancial, sino una clara trasgresión de la buena fe negocial y de las reglas rebus

sic stantibus a lo que está sujeta toda relación contractual. Mas con toda esa decisión, absolutamente respetable, se insiste, conllevaba importantes consecuencias lesivas y que podían perjudicar seriamente a los intereses del hijo menor.

D.- Ese perjuicio y potencial lesividad para el niño se constata desde el instante que la madre, tras contraer matrimonio, y ya en el mes de Diciembre, de forma unilateral también decidió trasladar su residencia junto a su hijo a un pequeño pueblo de la Sierra de Madrid, que se ubica a 95 kilómetros de la capital, que cuenta solo con una población de entre 30 a 70 habitantes, y en el que solo viven otros dos niños de 2 y 5 años de edad. En ese pueblo la Sra. xxxxxxx afirmó que ha comenzado a trabajar en un hotel, aun cuando no ha aportado ningún contrato de trabajo. Se destaca que esa decisión, tomó absolutamente de improviso al Sr. xxxxxx, quien de forma brusca y repentina fue informado de la situación, advirtiéndole en ese instante que todo lo que había firmado apenas hacía dos meses no servía para nada, que su hijo iba a quedar apartado de él pasando a vivir a otra localidad en un desarraigo y destierro impuesto y premeditado por su exesposa.

E.- Y se afirma que existe situación de desarraigo, puesto que consta, y así se admite y reconoce, que el pequeño xxxxxx ha nacido y se ha criado en Sevilla, se encuentra perfectamente integrado en su entorno, pues en esta ciudad tiene sus amigos, familia (materna y paterna) y colegio.

El tema de la escolarización del niño resulta especialmente relevante, pues se ha probado que en la actualidad su rendimiento escolar es inmejorable, presentando también una magnífica adaptación en sus relaciones con otros niños y profesorado (así se informa por el tutor).

El niño es feliz en Sevilla, con independencia de que sea su madre o su padre quienes se ocupen de su cuidado. Por contra la situación de alteración brusca que se pretende para su estabilidad, consistiría, como se ha dicho, ubicarlo en una localidad aislada de la Sierra de Madrid, donde no hay niños de su edad, y teniendo que desplazarse a más de 30 kilómetros diariamente para acudir a un Colegio de otra población.

En esa nueva residencia, además, el niño únicamente tendría el apego y apoyo de su madre, mientras que en Sevilla, como se ha dicho, ese apoyo abarcaría a toda la familia extensa, materna y paterna.

F.- La situación de riesgo se ha hecho más patente, desde el instante que tras la conclusión de las visitas de carácter extraordinario, que han regido durante el periodo de Navidad, la madre no ha podido escolarizar al niño en el nuevo colegio más cercano a su actual y reciente lugar de residencia. Afortunadamente el director de ese colegio, consciente de que el ejercicio de la patria potestad es conjunto y compartido por ambos progenitores y no de titularidad exclusiva del custodio, se ha negado a matricular al niño en su Centro sin el consentimiento del padre.

Al no prestarlo (como resulta obvio), por la representación legal de la Sra. xxxxxxx, de forma correcta, se interesó obtenerlo con el auxilio judicial, lo que de hecho podría articularse por conducto de lo dispuesto en el art. 156 del C.C., ante la discrepancia surgida sobre decisiones que afectan al ejercicio conjunto de la patria potestad.

Asimismo, es justo admitir, que pese a los reproches que pueda merecer la conducta de la Sra. xxxxxxx, lo cierto es que su actuación ha sido adecuada y ha obedecido a la anteposición de los intereses de su hijo, ya que al no poder matricularlo en el nuevo colegio, como era su propósito, ha optado tras concluir las vacaciones de Navidad, que volviera junto a su padre en Sevilla para que no perdiera clases.

SEGUNDO:

xxxxxx se encuentra, por tanto, a fecha de hoy junto a su padre, quien consta que se ocupa de forma correcta del niño, preocupándose de cubrir sus necesidades materiales y afectivas, disponiendo de tiempo para cumplir con sus obligaciones paternales con el apoyo del aula matinal del colegio.

No existe, pues, indicio alguno que descalifique y descarte al padre para asumir (aun con carácter provisional y mientras que el juicio más extenso de idoneidad se realice en un posterior procedimiento de modificación de medidas) la custodia de su hijo, sin que lo acordado en el Convenio Regulador de 23 de Septiembre pueda considerarse vinculante y contradictorio con esa asunción, pues, se reitera, que se suscribió con unos condicionantes que no tenían nada que ver con una situación real que había sido ocultada deliberadamente por la Sra xxxxxxx.

Bajo ese prisma y con esa perspectiva, no se hubiera firmado dicho convenio y en el propio juicio de divorcio, se podría y debería haber debatido la mejor capacidad, disposición, disponibilidad e idoneidad de uno u otro progenitor para ostentar la condición de custodio de su hijo.

Por último, se ha de llamar la atención en el hecho de que aun reconociendo el pleno derecho que ostentaba y ostenta la madre custodia para fijar su residencia con plena libertad y donde tenga por más conveniente, todo lo precedentemente expresado evidencia que, al adoptar una decisión de variación residencial, esa progenitora no tomó en consideración los intereses del hijo menor.

Todo ello, sin perjuicio de que su idoneidad para volver a asumir, con carácter definitivo, la custodia de xxxxxx se valore en un posterior procedimiento plenario de modificación de medidas.

TERCERO:

Procede, por consiguiente, otorgar, con carácter urgente y cautelar, mientras que se resuelva lo procedente en posterior proceso de modificación de medidas, la guarda y custodia del hijo menor al padre, con lo que se evitaría la situación de riesgo y peligro detectada y que se ha analizado pormenorizadamente. Con ese mismo carácter provisional y cautelar, esa decisión comportará la adopción de las medidas consecuentes en cuanto a la fijación de un régimen de visitas con respecto a la madre, que, en principio sería el mismo establecido en el Convenio Regulador de fines de semana alternos y mitad de períodos vacacionales, desplazándose la Sra. xxxxxxxx a Sevilla para estar con su hijo en fines de semana y pudiéndose desplazar con él a su actual lugar de residencia en periodos vacacionales.

También en lo que respecta a la atribución del domicilio y obligación de pago de pensión alimenticia que, en defecto de conocerse los posibles ingresos de la madre, se cuantificará en un importe mínimo para la cobertura de las más básicas necesidades alimenticias del hijo.

Visto lo cual,

ACUERDO: Adoptar como medidas cautelares, provisionales y urgentes, hasta que se adopte con carácter definitivo lo que proceda en un procedimiento de modificación de medidas, las siguientes:

1º.- Se atribuye la custodia del hijo menor, xxxxxxxx, al padre quien compartirá con la madre el pleno ejercicio de la patria potestad sobre el mismo.

2º.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio y ajuar familiar al padre e hijo que vivirá en su compañía.

3º.- La madre disfrutará del mismo régimen de visitas que se otorgaba al padre en el Convenio Regulador de 23 de Septiembre de 2008, sin perjuicio de aclarar que las visitas de fines de semana se habrán de desarrollar en Sevilla, mientras que podría desplazarse el menor junto a su madre a su actual localidad de residencia, en períodos vacacionales.

4º.- la Sra. xxxxxxxx contribuirá a los alimentos de su hijo, abonando al Sr. xxxxxx, dentro de los primeros cinco días de cada mes, una pensión por importe de 120€, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones experimentadas por el IPC del INE.

Todo ello sin imponer las costas del incidente a ninguno de los litigantes.

Contra esta resolución cabe recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de SEVILLA (artículo 455 L.E.C.). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LEC).

Lo acuerda y firma el/la MAGISTRADO, doy fe.