

CUSTODIA COMPARTIDA CON OPOSICION

Ponente : Neira Vázquez, C..-

<mantiene la custodia compartida por ambos cónyuges en la Sentencia de separación, pese a que cada uno de ellos se opone a dicho sistema que, sin embargo, es aconsejado por los peritos intervinientes. Además la Sala añade que ha de hacerse un control de seguimiento e informe antes del siguiente cambio>

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

PILAR PEREZ GONLALEZ

Sección 22

Rollo N°: 870/04

.autos: 127/04

Procedencia: JUZGADO DE 1° INSTANCIA N° 3 DE LOS DE FUENLABRADA

Demandante/Apelante: JOSE C. T. Procurador: SRA. P.

Demundado/Apelante: MARIA PILAR M. V. Procurador:. I.

Ponente : Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

SENTENCIA N° Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres Ilma. Sra. D^a Carmen Neira Vázquez

En Madrid, a 15 de febrero de 2.005

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de separación matrimonial seguidos, bajo el n° 127/2004, ante el Juzgado de Primera Instancia n° 3 de los de Fuenlabrada, entro partes:

De una, como apelante, Don José C.T.

De la otra, como también apelante, Doña María del Pilar M. V. , representada por el Procurador Don Carlos ...

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

I,- ANTECEDENTES. DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 18 de Junio de 2.004 por el Juzgado de Primera Instancia n° 3 de los de Fuenlabrada se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente. "FALLO: Que estimando en parte la demanda presentada por la representación procesal de D. José C. T.

debo declarar la separación del matrimonio que le liga con Doña Pilar M. V. , con las medidas del Código Civil, y en especial las siguientes: 1.-. Ambos cónyuges tienen la patria potestad de su hija menor Elena Cabanillas Mallenco de forma compartida y OSTENTAN LA CUSTODIA DE LA MENOR DE FORMA COMPARTIDA, Y CONFORME A LAS SIGUIENTES PAUTAS: a) desde el uno de junio de 2.004 hasta las 11 horas del uno de enero de 2.005 el padre. b) Desde el uno de enero de 2.005 hasta las Once horas del uno de junio de 2.005 la madre y así sucesiva y alternativamente. 2.- El uso del domicilio conyugal se atribuye a la hija menor con el padre que ostente la custodia, debiendo salir inmediatamente el otro progenitor al terminar su período de custodia. 3.- El progenitor que no ostente la custodia podrá visitar a la menor los fines de semana alternos desde las diecisiete horas del viernes hasta las veintiuna horas del domingo, mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y un mes de verano, eligiendo primero los años pares la madre y los impares el padre. El cumpleaños de la menor será disfrutado los años pares por la madre y los impares por el padre. Los puentes los disfrutará el progenitor que tenga el fin de semana. 4.- El padre, los meses que no ostente la guarda de la menor, debe pagar una pensión alimenticia de 240 euros mensuales, actualizada conforme al IPC, que publique el INE u organismo que le sustituya, ingresada en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la madre designe al efecto. 5.- La madre, los meses que no ostente la guarda de la menor, deberá pagar una pensión alimenticia de 100 euros mensuales, actualizada anualmente con el IPC, que publique el INE u organismo que le sustituya, ingresadas en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que el padre designe al efecto. 6.-Ambos cónyuges deberán pagar al 50% el préstamo hipotecario que grava la vivienda y la mitad de los gastos extraordinarios de la menor. No se hace expresa imposición de costas. Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá pro escrito ante este Juzgado en término de quinto día. Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.".

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso RECURSO DE APELACIÓN POR LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE AMBOS LITIGANTES, exponiendo en sus escritos respectivos, las alegaciones en que basaban su impugnación.

Se realizó el preceptivo traslado de dichas impugnaciones, presentando cada parte sendos escritos de oposición al recurso articulado de contrario.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 14 de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pide en nombre de Doña Pilar M. la atribución de la custodia de la menor y las medidas que de ello se derivan y que se contienen en el suplico del recurso y alega que los abuelos paternos se han trasladado a vivir con su hijo y la menor significando el horario del padre de lo que se desprende que a D. José le es manifiestamente imposible atender a la menor recordando los rasgos de la personalidad de la madre.

Por su parte D. José C. pide se conceda la separación por la infidelidad de la esposa y solicita la guarda y custodia de la niña así como las medidas derivadas de ello y alega que si la menor está bien atendida por el padre, su desarrollo emocional se desarrolla dentro de la normalidad, la guarda y custodia compartida en estos momentos produciría unos riesgos en la menor que no resultarían aconsejables, alegando infracciones de los artículos 93 y 94 del CC..

Se presentan escritos por la parte contraria.

SEGUNDO.- La cuestión que se suscita hace referencia a la guarda y custodia de la hija común de 5 años de edad como nacida el 24 de julio de 1999.

Tal objeto de controversia suscitada relativa a la guarda y custodia de la menor habrá de ser resuelta conforme al art. 92 del C.C. y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que "En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación".

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.,.

Así establecidos los criterios orientadores el Juzgador de la primera instancia resolvió fijar la

guarda y custodia estableciendo un RÉGIMEN O SISTEMA COMPARTIDO A FAVOR DE AMBOS PROGENITORES respecto a la citada menor, determinando que desde el uno de junio de 2004 hasta las once horas del uno de enero de 2005 corresponde al padre, y desde el uno de enero de 2005 hasta las once horas del uno de junio de 2005 a la madre y así sucesiva y alternativamente.

El examen de lo actuado revela el desarrollo de lo acordado en la primera instancia a la vista de las diligencias practicadas, debiendo tener presente, fundamentalmente que LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA REQUIERE PARA SU ESTABLECIMIENTO UNAS CONDICIONES Y CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN LA SITUACIÓN FAMILIAR Y LOS INTERESADOS, PROGENITORES DE LOS HIJOS EN CUESTIÓN, DEFINIDAS POR LOS ESPECIALISTAS, EN ORDEN A UN PROYECTO COMÚN, COMUNICACIÓN Y FLEXIBILIDAD.

En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital de los menores, que supone la alternancia periódica de viviendas, entornos, desplazamientos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, SE RELACIONAN EN CONDICIONES tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para el hijo.

De esta forma dictaminado, que fue, por LOS PERITOS EN EL ACTO DE LA VISTA ORAL QUE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA ES UNA MEDIDA ADECUADA A LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO, SEGÚN FUERON INTERROGADOS POR EL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA LOS PERITOS INFORMANTES, EN EL JUICIO Y VERIFICADO EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS HECHOS Y LAS ACTUACIONES EN LA PRIMERA INSTANCIA, LA SALA ESTÁ ABOCADA AL MANTENIMIENTO DE LO YA ACORDADO Y DISPUESTO, HABIDA CUENTA LAS CAPACIDADES E IDONEIDAD DE AMBOS PROGENITORES PARA EL CUIDADO DE LA MENOR QUIENES POR ELLOS PUEDEN OSTENTAR LA GUARDA Y CUSTODIA - según se dictamina por los profesionales informantes - y a quienes manifiesta su afecto la hija común, cuyo beneficio e interés, exige sin embargo, adoptar las medidas necesarias para verificar el buen desarrollo del sistema adoptado, a cuyo fin se realizará un nuevo informe psicológico al grupo familiar, antes de llevar a cabo el nuevo turno de la guarda compartida, determinando en su caso lo más conveniente para el equilibrio psico-afectivo de la menor, verificando la conveniencia de mantener ese sistema de guarda compartida - dadas las exigencias que su ejecución precisa, según lo expuesto anteriormente -, y en su caso, la pertinencia de adoptar cualquier medida que requiera el buen desarrollo de la menor, razones todas que determinan, con esta matización, el RECHAZO DEL RECURSO PLANTEADO Y CONLLEVAN LA CONFIRMACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, DEBIENDO CONFIRMAR EL RESTO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR SER TODAS ELLAS

CONFORMES A DERECHO Y A LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO, EN LO TOCANTE A LA VIVIENDA, VISITAS, ALIMENTOS Y DEMÁS CARGAS.

Procede por lo tanto confirmar la sentencia recurrida incluido el pronunciamiento relativo a la separación habida cuenta la falta de acreditación cabal y rigurosa de la causa de infidelidad alegada por el apelante, todo ello en los términos del art. 217 de la LEC., teniendo en cuenta lo manifestado por las partes en el acto del Juicio oral, y la declaración del testigo que compareció a dicha vista, todo lo cual impide a la Sala tener por probada la señalada causa de separación.

TERCERO.- Dada la desestimación de los recursos y la naturaleza del objeto del proceso, las circunstancias concurrentes en el caso y la flexibilidad permitida en estos procesos, no procede hacer expresa imposición de costas en la presente alzada, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.-FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por ambos litigantes contra la Sentencia dictada, en fecha 18 de junio de 2.004, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Fuenlabrada, en autos de separación matrimonial seguidos, bajo el nº 127/2004, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, CON LA MATIZACIÓN QUE SE CONTIENE EN EL FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO DE ESTA RESOLUCIÓN, EN LO QUE CONCIERNE A LA REALIZACIÓN DE UN INFORME PSICOLÓGICO DEL GRUPO FAMILIAR, ANTES DE VERIFICAR EL NUEVO CAMBIO DE LA GUARDA COMPARTIDA, a los fines de determinar la conveniencia de mantener esta medida, o adoptar, en su caso, la que sea más adecuada para el desarrollo integral de la menor.

No se hace especial condena en las costas procesales devengadas en la presente alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, con sujeción a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha, fué leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilma. Sra Doña Carmen Neira Vázquez; doy fe.