



Roj: SAP T 540/2012
Id Cendoj: 43148370012012100151
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Tarragona
Sección: 1
Nº de Recurso: 319/2011
Nº de Resolución: 147/2012
Procedimiento: Incidente
Ponente: MARIA DEL PILAR AGUILAR VALLINO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

TARRAGONA

SECCION PRIMERA

ROLLO NUM. 319/2011

DIVORCIO NUM. 14/2010

JUZGADO VIOLENCIA SOBRE LA MUJER 1 EL VENDRELL

S E N T E N C I A N U M . 1 4 7 / 1 2

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

D^a M^a Pilar Aguilar Vallino

D. Manuel Díaz Muyor

En Tarragona a 28 de marzo de 2012.

Visto ante la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por Gregoria representada por el Procurador Sr. Pascual Vallés y asistida de la Letrada Sra. del Cerro Ramón contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia VIDO de El Vendrell en fecha 31 enero 2011 , en Juicio de Divorcio nº 14/10 constando como parte apelada Primitivo representado por el Procurador Sr. Farré Lerín y asistido de la Letrada Sra. Rodríguez Saenz. Con intervención del Ministerio Fiscal en interés del hijo menor.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y

PRIMERO.- Que la sentencia recurrida declara el divorcio del matrimonio y concede al padre la custodia del hijo menor y el uso de la vivienda.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación solicitando la modificación de la atribución de la guarda y custodia para concedérsela a la madre y subsidiariamente un régimen de custodia compartida.

Admitido en ambos efectos, se dió traslado a la parte apelada para alegaciones, en cuyo trámite solicitó la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a esta Audiencia, se incoó el Rollo correspondiente, habiéndose procedido a deliberación y votación por este Tribunal el día señalado, con el resultado, por unanimidad, que se expresa.

VISTO, siendo Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a M^a Pilar Aguilar Vallino.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La controversia se centra en la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio que la sentencia mantiene al padre por razón de estabilidad, a fin de dar continuidad a la situación establecida en el Auto de Medidas Provisionales que dejó al niño con el padre por considerar que tenía mayor disponibilidad de tiempo para atenderle al haber cesado en su trabajo.

La madre solicita que se le conceda a ella, tanto porque el padre no lo cuida adecuadamente, teniendo esta función delegada en el abuelo, como por el deseo del niño de estar con su madre; considerando que la situación de desempleo no fue un criterio adecuado para decidir sobre la custodia ya que ella adapta su horario de trabajo para el cuidado del menor. Subsidiariamente pide una custodia compartida.

Probada la existencia de verdadero interés en ambos progenitores por la asunción del cuidado del hijo común, se debe dilucidar cual de los dos es el más adecuado para cuidarle de manera cotidiana a la vista de lo probado en el proceso sobre las posibilidades de una mejor educación y cuidado, según las afinidades del menor con cada progenitor, su situación laboral y la mayor o menor facilidad que cada uno tenga para la atención y cuidado del hijo, según las circunstancias que concurren. En caso de que no se aprecie unas condiciones más favorables respecto a uno de los progenitores, cabe valorar la viabilidad de una custodia compartida teniendo presente los datos que la jurisprudencia ha manifestado como atendibles para imponer tal sistema: S.T.S.C. 31 julio y 5 septiembre 2008 , 5 junio 2009 , 3 marzo 2010 y S.T.S. 8 octubre 2009 y 11 marzo 2010 .

Para la resolución de esta cuestión debe partirse del principio básico reconocido en el art. 39 de la Declaración de los Derechos del niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas de 20-11-89 y en la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección jurídica del menor, de la necesaria protección del derecho de los menores atendiendo primordialmente, al beneficio e interés del menor que es lo que debe informar la decisión que se adopte.

SEGUNDO.- En lo referente a la guarda y custodia conjunta cabe reseñar el criterio señalado por el T.S.J.C. en su sentencia de 20 diciembre 2010 "La jurisprudencia de esta Sala ha declarado -SSTSJC 29/2008, de 31 de julio , 24/2009, de 25 de junio , 9/2010, de 3 de marzo y 10/2010, de 8 de marzo , entre otras- que es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra pues es el interés del menor el criterio preferente". Y en la S. de 8 marzo 2010 manifiesta para casos de conflictividad entre los padres que "no significa que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implementación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la **mediación familiar** o terapias educativas (art. 79.2 C.F.), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre presente el preferente interés de los menores".

Sobre la custodia compartida, esta Audiencia en sentencias de (S. 5 octubre 2009 R.A. 269 S. 25 septiembre 2011 R.A. 275) ha manifestado que una adecuada y proporcionada distribución de la custodia es un imperativo derivado de la coparticipación y corresponsabilidad en la potestad, que se complementa con el interés superior de los hijos a tener idéntica relación con ambos padres, salvo supuestos excepcionales. Y es en el ámbito del interés de los hijos en el que se impone establecer su derecho de relacionarse y ser atendidos tanto por su padre como por su madre y no verse privados de la compañía de ninguno de ellos, ya que la decisión de separarse o divorciarse debiera repercutir lo menos posible sobre los hijos.

Estas mismas sentencias rechazan la conflictividad interparental como inconveniente diciendo que el diálogo y comunicación resulta imprescindible para la adecuada educación y atención de los menores, pero tanto en la custodia compartida como en cualquier otro régimen, pues siempre la corresponsabilidad es común de los dos padres. Las dificultades de comunicación y de diálogo entre los padres nos podrá llevar a determinar la inidoneidad para actuar como padres, pero no como un motivo para promover una forma de custodia; quizás sea en la custodia compartida en la que, ante la realidad de una situación duradera e igualitaria, se imponga con mayor fuerza la necesidad de superar esos problemas, añadiendo que la incapacidad de los padres para

entenderse no debiera traducirse en una limitación del derecho de los hijos a relacionarse y ser asistidos en igualdad por ambos.

Esta jurisprudencia, en base al interés y protección del menor, se decanta por una custodia compartida desarrollada en la vivienda **familiar** de la que no debe salir el hijo para evitarle cambios de localidad cuando los padres viven en sitios diferentes, manifestando que es un hecho que compartir vivienda pueda producir roces pero no cabe duda que la necesidad de entenderse y un adecuado plan de parentalidad constituirán eficaces medios para superar los inconvenientes, al tiempo que la mayor distribución de las cargas limitará la diferencia en el trato por parte de los progenitores. Considera también que la aparición de nuevas parejas de los progenitores es una cuestión que no incidirá en la vida del hijo, pues tiene la ventaja de que esa relación puede desarrollarse al margen de la vivienda **familiar** en la que permanezcan los hijos y cambien los padres. También se resuelve así el problema si el enfrentamiento de los progenitores por la custodia de los hijos se produce por la defensa del domicilio **familiar**, lo que no se producirá si son los padres y no los hijos los que abandonan el domicilio **familiar**; en el caso de un domicilio perteneciente a los dos cónyuges con idénticas obligaciones respecto de su adquisición, resulta más igualitario y equitativo respecto de ambos progenitores según sus derechos y sus obligaciones como copropietarios.

TERCERO.- Examinando, conforme al criterio jurisprudencial expuesto, las circunstancias existentes en este caso, según las manifestaciones de ambas partes y las documentales aportadas, resulta que, en principio y hasta la ruptura de la pareja, ha venido existiendo una aptitud similar en ambos progenitores para el desarrollo de la guarda y custodia, si bien fue la madre la que vino asumiendo con mayor dedicación el cuidado del niño desde su nacimiento, por la ocupación laboral del padre, quien perdió su empleo en época coincidente con la ruptura por lo que se le concedió la custodia por las posibilidades de dedicación para el cuidado del niño, pero que ha delegado en parte sobre su padre y abuelo del menor.

En el Informe d'Assessorament Tècnic, emitido por un equipo técnico del Departament de Justícia sobre condiciones **familiares** para la atribución de la guarda y custodia, se constata que resulta difícil decantarse a favor de uno u otro de los progenitores por considerar a ambos idóneos para tal función, valorando positivamente a ambos y la relación de éstos con el menor, si bien considera necesario que se incremente la relación con la madre porque se detecta en el niño una mayor proximidad afectiva con su madre, manifestando su deseo de volver a vivir con ella o un tiempo con cada uno de los padres.

Ante la situación expuesta, no se presenta adecuada la atribución de la guarda y custodia al padre, que no puede encontrar su justificación en la situación de desempleo porque normalmente es transitoria, y no ha dado el resultado pretendido de dedicación completa al cuidado del hijo, ya que ha requerido ayuda; el horario de trabajo de la madre también ha procurado adaptarse a la posibilidad de atención del hijo, ya que ha cambiado turnos y ha renunciado a determinados horarios. La estabilidad no es razón suficiente para mantener la situación cuando se evidencia que el niño no está bien con el régimen desarrollado, tiene añoranza a su madre y ha sufrido los problemas ocurridos en las entregas del régimen de visitas.

Por lo que resultan atendibles las razones que expone la madre en su recurso para considerar que es idónea para tener la custodia del hijo.

Lo que se presenta necesario mantener es la estabilidad del niño en la misma localidad donde tiene su colegio y ámbito social.

Partiendo de lo referido, estimamos procedente imponer el régimen de custodia compartida en la modalidad de asignar el uso y disfrute el domicilio **familiar** a los padres por meses alternos. En un sentido coincidente lo establecimos en las sentencias de 27/10/2010 y 25/9/2011 considerando que lo mejor para la estabilidad y confort del menor es la atribución de un régimen de guarda y custodia por el que conviva con su padre y su madre en meses alternos y se mantenga en el domicilio **familiar** para evitar traslados de localidad cuando viven en diferente localidad.

En este caso nos encontramos ante un hijo que ha venido desarrollando sus actividades cotidianas en el ámbito cercano al domicilio **familiar**, los progenitores presentan ingresos similares y ambos poseen acceso a otra vivienda en otras localidades, lo que facilita el desarrollo de este uso alternativo de la vivienda **familiar** y determina que no exista un especial interés necesitado de protección en ninguno de los dos, lo que permite atribuir un uso compartido de un inmueble que pertenece a ambos y los dos asumen sus gastos y cargas.

CUARTO.- Respecto al régimen de esta custodia compartida: se desarrollará en el domicilio **familiar** por meses, iniciando su convivencia con la madre el mes inmediatamente siguiente al de notificación de esta resolución y con el padre a continuación. Pero la convivencia se fraccionará por quincenas durante los meses

de julio, agosto y septiembre, atendidas las diferencias organizativas que exige el periodo estival, consiguiendo así en septiembre un cambio automático en cuanto a los meses que pasarán cada año cada uno de los progenitores con el hijo.

Como complemento a este régimen de custodia compartida se fija, además, un régimen de visitas a favor del progenitor que no tenga la guarda y custodia en un determinado mes, consistiendo en fines de semana alternos, iniciándose el viernes a la hora de salida del colegio, momento en que será recogido por el progenitor no custodio para pasar el fin de semana en el domicilio de éste y permaneciendo el progenitor custodio en el domicilio **familiar**, al que se retornará el domingo a las 20.00 horas, y una tarde intersemanal, a convenir entre los progenitores y, en defecto de convenio, los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas.

No se hace reparto de los periodos de vacaciones, habida cuenta de que la alternancia de meses, que se produce automáticamente tras el mes de septiembre, comporta que cada año natural el hijo pase cada periodo vacacional (verano, vacaciones de Navidad, y Semana Santa) con un progenitor distinto al del año inmediatamente anterior, lo que permite mantener equilibrados tales periodos vacacionales y fechas significativas.

QUINTO.- Sobre la cuestión de los gastos y alimentos, el criterio jurisprudencial del T.S.J.C. manifiesta la posibilidad de fijar una pensión alimenticia para el hijo si, por la diferente situación económica de los progenitores, su respectiva contribución no debiera ser igual.

En este caso, no hay datos suficientes para valorar las diferencias de ingresos porque no consta con certeza cuál será la nómina definitiva de la madre con los nuevos turnos de trabajo; ni tampoco se sabe cual es la actual situación laboral del padre, si sigue desempleado o ha conseguido un puesto de trabajo.

Por lo que no procede fijar una pensión, debiendo cada uno afrontar los gastos ordinarios del hijo cuando esté bajo su custodia y los extraordinarios por mitad.

SEXTO.- No procede hacer imposición de costas al ser estimado en parte el recurso (art. 398 L.E.C .).

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

FALLAMOS:

ESTIMANDO en parte el recurso de apelación interpuesto por Gregoria contra la sentencia dictada por el Juzgado de Vido de El Vendrell en fecha 31 enero 2011 modificamos dicha resolución atribuyendo la guarda y custodia compartida a ambos progenitores que se ejercerá en el domicilio **familiar** de la forma expuesta en el F.J.Cuarto; sin fijar pensión de alimentos para gastos ordinarios y los extraordinarios por mitad.

Sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.