

Ponente: Chamorro Valdés, JA.-

Una clara apuesta de la Sala por lo que debe ser el beneficio de los hijos y el buen sentido del esfuerzo personal que los progenitores deben hacer hacia ellos.

MADRID AP/24
Procedimiento: SEPARACION
Nº Rollo: 1067/98
Autos Nº:451/96

Procedencia: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 2 DE MAJADAHONDA

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández
Ilmo. Sr. D. José Angel Chamorro Valdes
Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez
En Madrid, a 25 de Octubre de dos mil dos

La Sección Vigésimo Segunda de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, los autos de separación nº 451/96 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Majadahonda, seguidos entre partes:

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don José Angel Chamorro Valdés.

1. ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Que en fecha 7 de Abril de 1998 por EL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 2 DE MAJADAHONDA se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por Dª Carmen --- contra D. Francisco ---- y en parte la formulada por éste ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Majadahonda, acumulados a los presentes, debo acordar y acuerdo la separación matrimonial de los expresados, con todos los efectos legales, y en especial los siguientes:

1º) La separación de los litigantes, pudiendo señalar libremente su domicilio.

2º) LOS HIJOS MENORES DE EDAD QUEDARÁN BAJO LA GUARDA Y CUSTODIA DE AMBOS PROGENITORES, POR PERIODOS DE 3 MESES PARA CADA UNO DE ELLOS, DE FORMA COMPARTIDA, MANTENIÉNDOSE LAS VISITAS DE FINES DE SEMANA ALTERNOS con el progenitor que en ese momento no tenga la custodia así como un día entre semana de la que no le corresponda visitas que en defecto de acuerdo, será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas; la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, eligiendo los periodos en los años pares la madre y en los impares el padre.

3º) Nada se establece respecto a la vivienda con las salvedades en cuanto a comunicación de los cambios de residencia que se fijaba en el Auto de medidas provisionales.

4º) Cada uno de los progenitores correrá con todos los gastos correspondientes a los hijos durante el trimestre que ostente la guarda y custodia, sin que ninguno debe satisfacer al otro pensión alimenticia.

5º) Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial y de la sociedad de gananciales, cuya liquidación podrá llevarse a cabo en ejecución de Sentencia, si así lo solicita alguna de las partes; quedando suspendida la sociedad de gananciales hasta que se produzca la firmeza de esta Sentencia o se liquide voluntariamente por las partes.

6º) No se hace expreso pronunciamiento en costas.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de QUINTO día.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo".

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpusieron sendos recursos de apelación por la representación de Doña Carmen ---- y por la representación de Don Francisco ---- presentando en los escritos de alegaciones los motivos de impugnación.

Dictándose sentencia por esta Sala de fecha 5 de Noviembre de 1999 se interpuso recurso de revisión por ante el Tribunal Supremo que en sentencia de fecha 25 de Marzo de 2002 estima el referido recurso rescindiendo y anulando la sentencia de esta Sala.

Remitidos los autos a esta Superioridad, se acordó señalar vista que se celebró el día 27 de Junio del año en curso a la que asistieron los letrados de las partes que informaron cuanto creyeron conveniente en apoyo de sus pretensiones.

Como diligencia final y con suspensión del plazo para dictar sentencia se acordó por la Sala solicitar informe de la Perito Psicólogo adscrita a esta Audiencia sobre el sistema más idóneo actual respecto a la guarda y custodia, análisis completo de todo el grupo familiar y de la persona más idónea para ostentar la guarda y custodia.

Poniéndose de manifiesto a las partes el resultado de la prueba practicada, a los fines y por el término establecido en el artículo 436 de la Ley de Enjuiciamiento civil quedaron los autos pendientes de deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia dado el volumen de trabajo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La dirección letrada de Doña Carmen ---- aunque esta parte ocupa formalmente la posición de parte apelante interesó QUE SE MANTENGA EL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, MIENTRAS QUE LA PARTE CONTRARIA SE MOSTRÓ DISCONFORME CON ESTE SISTEMA al considerar que la situación familiar está deteriorada y que los hijos la han asumido a la fuerza, reclamando que sea atribuida a uno de los progenitores.

SEGUNDO.- Para el análisis de la cuestión suscitada hay que tener presente que el principio básico y fundamental que rige en esta materia es el "favor minoris" que viene reconocido en la Convención de los Derechos del Niño de la O.N.U., en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92,93, 94, 151, 154 y 170). Por lo tanto deben apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés supremo del menor, que debe sin duda ser preferentemente tutelado, tal como establece el apartado segundo del artículo 92 del Código Civil y así habrá de ponderarse el ambiente propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales,

afectivas y volitivas del menor, la atención que puedan prestarle en el orden material como afectivo cada uno de los progenitores, la conveniencia de que los hermanos permanezcan unidos para el adecuado desarrollo afectivo, la madurez intelectual y volitiva del menor, etcétera.

La observancia del principio expuesto y el estudio de las circunstancias se traduce en la generalidad de las ocasiones en el otorgamiento de la guarda y custodia a aquel de los progenitores que reúne las condiciones mas favorables para realizar las labores educativas de los menores, sin que la guarda compartida se muestre en principio deseable ya que para que ésta se desarrolle de una manera óptima se requiere unos ambientes y condiciones educativos proporcionadas por ambos progenitores que sean compatibles, lo cual exige un mínimo grado de coordinación entre los padres, con el riesgo de que si no existe aumente la conflictividad entre éstos. Asimismo este sistema no aparece "a priori" como el mas idóneo para la estabilidad emocional de los menores, dados los inevitables cambios que se producen en el entorno mas íntimo de los descendientes y que se repiten periódicamente.

POR OTRA PARTE CONVIENE RECORDAR QUE EL AUTO DE MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS DE 14 DE AGOSTO DE 1996 OTORGÓ LA GUARDA Y CUSTODIA AL PADRE, MIENTRAS QUE EL AUTO DE MEDIDAS PROVISIONALES DE 4 DE ABRIL DE 1997 ESTABLECIÓ LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA POR PERIODOS DE TRES MESES Y DICHO SISTEMA ES EL QUE HA VENIDO RIGIENDO HASTA AHORA, CON UNA INTERRUPCIÓN MOTIVADA POR LA SENTENCIA DE ESTA SECCIÓN DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1999, ANULADA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE MARZO DE 2002, QUE REVOCÓ LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE 7 DE ABRIL DE 1998 QUE MANTENÍA EL CRITERIO DEL AUTO DE MEDIDAS PROVISIONALES EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA, DICHA INTERRUPCIÓN SE EXTENDIÓ EN EL PERIODO COMPRENDIDO DESDE MARZO DE 2000 HASTA ENERO DE 2001.

TERCERO.- AMBOS PROGENITORES REÚNEN CONDICIONES PARA ASUMIR LA GUARDA Y CUSTODIA TAL COMO SE DESPRENDE DEL INFORME PERICIAL PSICOLÓGICO DEL 30 DE JULIO DE 2000, RATIFICADO EL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2002, EN EL QUE SE SEÑALA (FOLIO 26) QUE AMBOS PROGENITORES PUEDEN BRINDAR A LOS MENORES EN UN MEDIO ORGANIZADO Y ESTABLECE CUIDADOS, AFECTO Y ATENCIÓN, y en relación con el padre se indica (folio 16) que está preocupado por el bienestar de su hijos y desea que finalice la conflictividad.

No obstante lo expuesto del estudio pormenorizado de dicho informe pericial en el que se manifiesta (folio 28) "en la alternancia de convivencia actual, vivencias satisfactorias en los menores en torno a la disminución de tensión entre los progenitores no desando se rompa el equilibrio alcanzado, dicha opción les facilita y mantiene el contacto y relación personal con ambos, atemperando demandas de elección, exclusividad o pérdida lo que es vivido por los niños de forma positiva, actitudes de oposición y rechazo a un cambio, vivencia de grandes dificultades en los padres para llegar a mínimos acuerdos" y también que "a tenor de lo contemplado en circunstancias y personas, atendiendo de forma prioritaria a las necesidades de los menores analizadas es nuestra orientación en su edad y vínculos establecidos se mantenga la actual situación de convivencia con guarda y custodia compartida", hay que concluir que el sistema de guarda y custodia compartido es adecuado para la formación integral de los menores.

Por otra parte hay que destacar que los menores han estado, como ya se dijo en el párrafo último del fundamento de Derecho anterior, en un prolongado espacio de tiempo

con el sistema de guarda y custodia compartido sin que se aprecie que ello haya repercutido negativamente en su evolución psíquica y ambos tienen (folios 23 y 25 del informe) una VALORACIÓN POSITIVA DEL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA QUE SE MANTIENE CON UNO U OTRO PROGENITOR Y CONSIDERAN NO DISCREPANTES LOS ESTILOS EDUCATIVOS.

Procediendo por todo ello a la desestimación del recurso de apelación presentado por la parte demandada.

CUARTO.- Dada la naturaleza del objeto del proceso, las circunstancias concurrentes y la flexibilidad de estos procedimientos de conformidad con el artículo 896 de la L.E.C. anterior, no procede hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador ----
DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS LA CITADA RESOLUCIÓN, sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.