



Roj: **SAP GI 920/2006 - ECLI: ES:APGI:2006:920**

Id Cendoj: **17079370022006100315**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **26/05/2006**

Nº de Recurso: **155/2006**

Nº de Resolución: **231/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA

SECCIÓN SEGUNDA

Rollo de apelación civil: nº 155/2006

Proviene: JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 FIGUERES

Procedimiento: nº 407/2004

Clase: divorcio contencioso

SENTENCIA 231 / 2006 .

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

D. JOAQUIM FERNANDEZ FONT

D. JAUME MASFARRE COLL

Girona, a veintiséis de mayo de dos mil seis.

En esta segunda instancia ha comparecido como parte apelante Dña. Nuria , representado/a por el/la Procurador/ Don JORDI CORBALAN DILMÉ y

defendido/a por el/la Letrado Dña ANA MARIA ISACH GRAU.

Ha sido parte apelada Dña Ismael representado/a por el/la Procurador/a Don JOAN ROS CORNELL y defendido/a por el/la Letrado D. JOSEP MARIA PRAT FIGUERAS; y interviniendo el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El presente proceso se inició mediante la demanda presentada en nombre de Doña Nuria contra D. Ismael

SEGUNDO. La sentencia que puso fin a la primera instancia dice en su parte dispositiva: "1) Declarar la disolución por divorcio del matrimonio contraído por Doña Nuria y D. Ismael , con todos los efectos inherentes a esta declaración.

2) Aprobar las siguientes medidas:

Primero.- Atribuir la guarda y custodia de las hijas menores, Sonia y Guadalupe , al padre, D. Ismael , siendo la patria potestad conjunta para ambos progenitores.



Segundo.- Establecer a favor de la madre, Doña Nuria , un régimen de visitas para que pueda tener a las menores y estar en su compañía, en los siguientes términos: En primer lugar, se deberá estar al acuerdo entre los progenitores, que por la especialidad de este supuesto, sería conveniente que fuera el criterio habitual. En caso de desacuerdo entre los progenitores se acuerda el siguiente régimen de visitas: mientras la madre mantenga su domicilio en El Campello podrá visitar a las menores un mes durante las vacaciones escolares de verano, fijándose el mes de julio en los años pares y el mes de agosto en los impares. La mitad de las vacaciones escolares de Navidad, correspondiéndole la primera mitad en los años pares y la segunda mitad en los años impares. Las vacaciones de Semana Santa, únicamente en los años pares. Además la madre podrá visitar a las menores en cualquier época del año, siempre que avise al padre con la antelación de una semana sin que la duración máxima pueda ser superior a una semana ni puede exceder de dos veces al mes.

En el caso de que la madre regrese a esta comarca, el régimen de visitas será el siguiente: la madre podrá visitar a las menores los fines de semana alternos desde las 17 del viernes a las 19 horas del domingo, la mitad de las vacaciones escolares de verano correspondiendo al padre escoger la mitad en los años pares, y en los impares a la madre, se aplicará el mismo criterio de elección respecto de la mitad de las vacaciones de Navidad y de la mitad de las vacaciones de Semana Santa. Además la madre podrá visitar a las menores sede las 17 horas a las 20 horas durante los tres días por semana que acuerden los progenitores y en su defecto, serán los lunes, miércoles y jueves de cada semana.

Tercero.- Fijar en 102,60 euros mensuales para las dos hijas menores la cantidad que deberá satisfacer Doña Nuria , en concepto de pensión de alimentos; dicha cantidad se abonará por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes y deberá ser revisada anualmente a tenor de las variaciones que experimente el IPC, debiendo abonar asimismo la mitad de los gastos médicos extraordinarios que no se encuentren cubiertos por la Seguridad Social y el 50 % del valor de los libros escolares al inicio de cada curso. No procede pronunciamiento alguno sobre costas por la especialidad que reviste la materia."

TERCERO. En aplicación de las normas de reparto vigentes en esta Audiencia Provincial, aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, ha correspondido el conocimiento del presente recurso a la Sección Segunda de aquélla.

CUARTO. En su tramitación se han observado las normas procesales aplicables a esta clase de recurso, habiendo efectuado las partes las alegaciones que pueden verse en los respectivos escritos presentados en esta segunda instancia, a los que se responde en los siguientes fundamentos jurídicos. Se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 18-05- 2006.

QUINTO. Conforme a lo establecido en las indicadas normas de reparto, se designó ponente de este recurso al Ilmo. Sr. JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO, quien expresa en esta sentencia el criterio unánime de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Circunscrita la discrepancia de la parte apelante al régimen de visitas establecido en la Sentencia de primera instancia en favor de la madre, se propugna por ésta una guarda y custodia compartida, que ya fue rechazada en primera instancia, de las dos hijas menores, Sonia de 11 años y Guadalupe de 9 años en la actualidad, las cuales conviven con el padre Dn. Ismael en la localidad de Roses, al cual le fue atribuida la guarda y custodia en Sentencia de 13 diciembre de 2002 , confirmada por Sentencia de la Sección 1ª de esta Audiencia, de 4 de julio de 2003 .

Mantiene la parte apelante que desde aquella fecha las circunstancias han variado sustancialmente y parece sustentar sus argumentos en las dificultades que dice encontrar para mantener contactos telefónicos con las hijas, en los supuestos impedimentos a los contactos con la familia materna, a que la falta de comunicación con el progenitor custodio no es motivada por ella, a que la hija menor Guadalupe desea estar más tiempo con ella y a que se está ejerciendo una mala influencia en la hija mayor, Sonia , por el entorno paterno.

SEGUNDO.- Ninguna de esas alegaciones justifica la medida solicitada de guarda y custodia compartida, que solo en situaciones muy concretas viene siendo admitida por la jurisprudencia, hasta el punto de que la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, -si bien no aplicable retroactivamente al caso examinado, al que por las fechas en que los litigantes contrajeron matrimonio en Roses, es de aplicación el Codi de Família de Catalunya-; pero en cualquier caso es indicativo que dicha reforma del Código Civil, al modificar el art. 92., exija en el apartado 5 , para conceder la guarda y custodia compartida, el previo acuerdo de los padres; o excepcionalmente, aun cuando no se de ese consenso, si lo pide una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, cuando suponga una protección adecuada al interés del menor (apdo. 8).



Ninguno de los dos supuestos concurren en el caso examinado; pero partiendo del carácter no retroactivo de este precepto sustantivo y de la posibilidad que al respecto conceden los art. 76. 1 a) y 134.1 del Codi Família de Catalunya, de aplicación al caso, conviene incidir en que a la hora de decidir sobre la guarda y custodia de los hijos, la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos, art. 82.2 CFC ; y este "favor filii", que también constituye un principio informador de las normas del Código Civil en la materia, no parece ser convenientemente ponderado por quien recurre, que trata de imponer su interés personal por encima del beneficio de las hijas menores.

Los reproches a las dificultades en los contactos telefónicos o en la relación con la familia extensa de la madre, caso de ser ciertos, deben ser planteados ante el Juzgado conforme a las previsiones del (art. 135.2 CFC), lo cual aquí no se hace; y en cualquier caso no constituyen un elemento modificador de las circunstancias que justifique el cambio del régimen de guarda y custodia.

La falta de comunicación entre los progenitores no es una cuestión nueva, puesto que la situación encontrada y de franca animadversión entre ellos ya era patente cuando recayó Sentencia atribuyendo la guarda y custodia al padre, tras el cambio de residencia voluntario de la madre.

El informe de l'Equip d'Assessorament Tècnic es claro en la valoración de las respectivas situaciones y posturas de los litigantes, así como de las hijas menores; refleja la actitud manipuladora de la madre hacia las hijas para conseguir sus designios de guarda y custodia y concluye considerando no beneficioso para las menores ni la guarda y custodia compartida, ni la separación de las hermanas para que cada una permanezca bajo la guarda de un progenitor.

No existe por lo tanto, al margen de los reproches sistemáticos de la madre a la conducta del padre y del entorno familiar de este, ningún motivo claro, que no concurriendo y no siendo valorado en la Sentencia que atribuyó la guarda y custodia al padre, justifique un cambio y una guarda y custodia compartida.

TERCERO.- La realidad de una crisis convivencial y las posibles consecuencias en las hijas que la sufren han de procurar paliarse de manera que las alteraciones en los vínculos, en la estructura familiar y en las relaciones no sean traumáticas. Pero si uno de los progenitores adopta una decisión personal que afecta al "statu quo" posterior a la crisis, ha de adoptar posturas razonables ante el conflicto y admitir que las medidas que solicite han de tender al beneficio del desarrollo integral de las hijas y no al suyo propio.

De lo expuesto se desprende que el recurso ha de ser rechazado porque ni la situación de la madre, que vive con su actual compañero a 700 kms de distancia de sus hijas, y desarrolla allí su actividad laboral, ni el interés de las hijas, que necesitan un referente domiciliario y familiar específico, contrario a la disociación que generaría la guarda compartida entre padres enfrentados y sometidos a una sistemática pelea legal, aconsejan la adopción de la medida; por lo que exhortando a los litigantes a que procuren y propicien una situación de concordia, que sin duda resultaría favorable para las menores, no procede sin embargo acceder a los pedimentos del recurso, el cual debe ser rechazado.

CUARTO.- Circunscrito el recurso a la medida de guarda y custodia de las hijas menores, por la especial naturaleza del tema litigioso en el cual se plantean cuestiones que rebasan el principio dispositivo para entrar en el ámbito del orden público, no procede hacer especial imposición de las costas de esta apelación.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación formulado por el Procurador Don JORDI CORBALAN DILMÉ, en nombre y representación de Dña. Nuria , contra la Sentencia de fecha 04-11-2005, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Figueras en los autos de divorcio contencioso (art.770- 773 lec) nº 407/2004, de los que este rollo dimana, y confirmamos el Fallo de la misma, sin hacer especial imposición de las costas de la alzada.

De acuerdo con la Disposición Final 16 y la Disposición Transitoria Tercera de la LEC 1/2000 , contra esta Sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya solamente si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477. También cabe recurso extraordinario por infracción procesal ante el mismo Tribunal conforme a lo previsto en los artículos 468 y siguientes de la misma norma, siempre que concurra aquel interés casacional exigido por el recurso de casación y se formule de manera conjunta con este; dichos recursos deberán prepararse ante esta Sala en el plazo de cinco días.

Notifíquese esta sentencia a las partes y déjese testimonio de ella en el presente Rollo y en las actuaciones originales, que se devolverán al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.



Así lo ha decidido la Sala, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados ya indicados, quienes, a continuación, firman.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ