



Roj: **SAP CA 1501/2002 - ECLI:ES:APCA:2002:1501**

Id Cendoj: **11012370012002100203**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2002**

Nº de Recurso: **96/2002**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO FRANCISCO RODRIGUEZ DE SANABRIA MESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL CÁDIZ

Sección Primera

SENTENCIA N°

PRESIDENTE ILMA. SRA.

DÑA. ROSA MARIA FERNANDEZ NUÑEZ

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. FERNANDO RODRIGUEZ DE SANABRIA MESA

D. PEDRO MARCELINO RODRÍGUEZ ROSALES

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: Juzgado 1ª Instancia N° 3 Sanlucar de Barrameda

ROLLO DE APELACIÓN N° 96/2002

AUTOS N° 114/2001

En la Ciudad de Cádiz a veintisiete de mayo de dos mil dos.

Visto, por la Sección Primera de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de separación matrimonial seguido en el Juzgado referenciado. Interponen el recurso D. Daniel que en la instancia fue parte actora y comparece en esta alzada representado por la Procuradora Sra. Noriega Fernández y defendido por el Letrado D. Leonardo Muñoz. Es parte recurrida Dña. Claudia que está representada por la Procuradora Sra. Dominguez Flores y defendida por el Letrado Sra. Zarazaga Monge, que en la instancia ha litigado como parte demandada. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

I: ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día diez de enero de dos mil dos, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando parcialmente la demanda de separación interpuesta por D. Luis López Ibáñez, procurador de los tribunales, en nombre y representación de D. Daniel contra Dña. Claudia y estimando parcialmente la reconvenición formulada por el contrario Dña. Claudia, representada por D. José Joaquín Zambrano de Caso, Procurador de los Tribunales, contra D. Daniel decreto la separación matrimonial de ambos cónyuges, con todos los efectos legales inherentes y en especial los siguientes: el cese de la presunción de convivencia entre los esposos, que a partir de este momento podrán señalar libremente su domicilio, la revocación de todos los poderes y consentimientos que se hayan otorgado entre sí y en cuanto a las demás medidas derivadas de la separación se acuerdan las siguientes:



1º) Determinar, en interés de los hijos Carlos Manuel y Pedro Enrique que se atribuya la guarda y custodia de los mismos a Dña. Claudia , quedando sujetos a la patria potestad de ambos progenitores.

2º) En cuanto al régimen de visitas, comunicaciones y estancias, que D. Daniel pueda tener a sus hijos todos los martes y jueves de la semana, desde las diecisiete a las veinte horas, así como los fines de semanas alternos, desde las once del sábado que los recogerá del domicilio de la Sra. Claudia hasta las veinte horas del domingo en que los retornará al mismo. Igualmente tendrá derecho a tener consigo a sus hijos durante un mes en las vacaciones escolares de verano y la mitad del tiempo que duren las vacaciones escolares de Navidad, intercambiándose anual y alternativamente el mes en el supuesto de las de verano y los días de Navidad. En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, tendrá derecho a tener consigo a sus hijos en años alternativos.

3º) Determinar que se atribuya el uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico a Dña. Claudia e hijos, autorizándose al esposo para que retire sus enseres de carácter personal.

4º) Fijar la contribución a las cargas del matrimonio de D. Daniel en cincuenta mil pesetas mensuales, veinticinco mil para cada hijo, con actualización anual de esta cantidad conforme al índice de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas ".

SEGUNDO.- Interpuesto y admitido a trámite recurso de apelación contra la citada resolución, se tramitó en forma siendo impugnado por el apelado, tras lo cual se remitieron las actuaciones a esta Sala, donde se formó el correspondiente Rollo, designándose ponente, acordándose oír al hijo del matrimonio Carlos Manuel , señalándose la correspondiente vista, la cual se celebró el pasado día 24 de mayo de 2.002, con la asistencia de las defensas de las partes y del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FERNANDO RODRIGUEZ DE SANABRIA MESA quien expresa el parecer del Tribunal.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se limita el recurso interpuesto por la representación de D. Daniel a un solo punto: que se le otorgue la guarda y custodia de uno de los hijos menores de edad del matrimonio, Carlos Manuel . La parte apelada, al igual que el Ministerio Fiscal, solicitan la integra confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos al considerar que es más beneficioso para el menor quedar bajo la guarda y custodia de su madre, en unión de su hermano pequeño, y todo ello por considerar que no deben separarse ambos hermanos.

La cuestión planteada en esta alzada, circunscrita a la atribución de la guarda y custodia de uno de los dos hijos habidos en el matrimonio integrado por los litigantes, Carlos Manuel , de 12 años de edad, debe resolverse atendiendo al principio de beneficio e interés de hijo menor, auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1.959 (ratificado por España y publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1.990), cuyo Preámbulo señala que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle; en el mismo sentido, este principio se encuentra recogido tanto en la Constitución Española (artículo 39) como en el Código Civil (artículos 90, 92, 103, 154, etc.) Desaparecido el ámbito en que normalmente debe cumplirse la guarda y custodia de los menores, debido a la interrupción de la convivencia por parte de los progenitores, aquel principio adquiere una gran importancia ya que la separación matrimonial no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos, en cuyo beneficio deben adoptarse las medidas tendentes a su cuidado y educación. Superada, tras la reforma operada por la Ley 11/1990, la anterior preferencia que otorgaba el artículo 159 del Código Civil en orden a la atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos menores de edad, en la actualidad deberá atribuirse dicha guarda atendiendo a otros parámetros pues, partiendo de la base de igualdad en que se encuentra, a priori, ambos progenitores (en lógica aplicación del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución), deberá determinarse cual de ambos progenitores podrá asegurar de forma más favorable el cuidado, atención y equilibrio que el menor necesita; sin olvidar, por otra parte, que debe evitarse separar a los hermanos tal y como dispone el artículo 92 del Código Civil.

El artículo 92 del Código Civil (y en el mismo sentido se pronuncia el 154 del citado texto legal), establece la obligación de oír a los menores antes de adoptar este tipo de medidas, siempre y cuando tengan juicio suficiente y, en todo caso, a los mayores de doce años; es más, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor les reconoce a estos el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. El



hecho de que el menor deba ser oído, como ha ocurrido en el presente supuesto, no implica necesariamente que su opinión deba ser determinante a la hora de atribuir la guarda y custodia a uno u otro progenitor.

El beneficio del menor es un criterio objetivo que no puede fundamentarse en exclusiva en la voluntad del propio menor, pues este no tiene todas las condiciones precisas para conocer qué es lo más beneficioso o conveniente para su desarrollo personal, de forma que no puede decidirse el régimen de guarda y custodia en función a esa simple voluntad. Carlos Manuel , al ser oído por el Tribunal manifestó su deseo de seguir conviviendo con su padre, ahora bien el propio artículo 92 del Código Civil establece el principio de que en interés de los propios hermanos, y por tanto de la familia, se procurará no separarlos, principio que debe prevalecer sobre la voluntad o preferencia mostrada por uno de los menores, máxime teniendo en cuenta que Carlos Manuel no da ninguna razón o motivo para decantarse por mantenerse bajo la custodia del padre y no de la madre. Ningún obstáculo existe para que la madre de ambos menores pueda asumir la guarda y custodia de ambos, mientras que, por el padre, si bien se solicitó inicialmente la guarda y custodia de ambos hijos, en la actualidad se limita a solicitar la guarda y custodia de uno de ellos, pretendiendo, de esta forma, separar a los hermanos; por ello, el criterio adoptado por el juzgador a quo de mantenerlos unidos bajo la guarda y custodia de la madre ha de entenderse correcto y beneficioso para el desarrollo de los menores. El hecho de que en la actualidad ambos progenitores vivan cerca uno del otro (se afirma que a unos 500 metros), no es razón para separar a los hermanos; más bien todo lo contrario, favorece no solo el que vivan juntos, sino -que además podría favorecer el contacto de ambos con sus progenitores.

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta el régimen legal sobre las costas, y dadas las especiales características del presente procedimiento así como la cuestión debatida (atribución de la custodia de un menor), no apreciándose temeridad ni mala fe por ninguna de las partes, pese a la desestimación del recurso, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Daniel , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia N° 3 de Sanlúcar de Barrameda de fecha de diez de enero de dos mil dos, que debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.