

EDJ 2011/154712

AP A Coruña, sec. 3ª, S 27-6-2011, nº 356/2011, rec. 310/2010

Pte: Fernández-Porto García, Rafael Jesús

Resumen

Frente a la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda de divorcio, la AP estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado, revoca en parte la misma, y en su virtud, se prohíbe la salida del menor de España. Cualquier cambio de domicilio del menor, así como de centro escolar precisa el acuerdo de ambos padres, y si no autorización judicial previa. La apelada ha incumplido la resolución judicial y se ha trasladado con su hijo menor a otra comunidad autónoma, haciendo imposible el régimen de visitas. En cuanto a la guarda y custodia compartida, se solicita como diligencia final informe explícito del MF, y la sala considera que debía haberse optado por ella aunque no por turnos semanales sino por intercambios mucho más amplios, pero esta idea se desecha pues no se puede poner en práctica dada la actual residencia de la madre.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil

art.94 , art.154 , art.156 , art.158

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

JURISPRUDENCIA

DEL TRIBUNAL SUPREMO

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Favor "filii"

Preferencia por la madre

Custodia compartida

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Régimen de visitas

Favor "filii"

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.94, art.154, art.156, art.158 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita Ley 15/2005 de 8 julio 2005. Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita dad.15 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita Ley 30/1981 de 7 julio 1981. Modifica Matrimonio en el C.C. y Procedimiento de Nulidad, Separación y Divorcio

Cita art.13, art.19, art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.92, art.149, art.172 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida STS Sala 1ª de 7 abril 2011 (J2011/34606)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida STS Sala 1ª de 1 octubre 2010 (J2010/205560)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida STS Sala 1ª de 11 marzo 2010 (J2010/16360)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida STS Sala 1ª de 8 octubre 2009 (J2009/234619)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida STS Sala 1ª de 28 septiembre 2009 (J2009/225060)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 18 julio 2002 (J2002/27345)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 29 mayo 2000 (J2000/10328)

Cita en el mismo sentido ATC Sala 1ª de 12 febrero 1986 (J1986/8791)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía STS Sala 1ª de 9 octubre 1981 (J1981/1633)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Aceptando los de la sentencia de 4 de mayo de 2010, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ferrol, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la procuradora Sra. Roca Rodríguez, en nombre y representación de Dª Emma, debo declarar y declaro la disolución, por causa de divorcio, del matrimonio formado por Dª Emma y D. Ramón con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y se acuerdan las siguientes medidas:

1º.-Atribuir a la madre, Dª Emma, la guarda y custodia del hijo menor de edad, del matrimonio, Juan Manuel, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2º.-Fijar a favor del padre, D. Ramón, un régimen de visitas en virtud del cual podrá estar con su hijo los fines de semana alternos de viernes a domingo, el viernes recogerá al menor en el domicilio donde reside con su madre a las 20:00 horas y lo tendrá en su compañía con derecho a pernocta hasta el domingo a las 20:00 horas; asimismo podrá estar con su hijo dos días a la semana, martes y jueves, desde que el niño salga del colegio donde lo podrá ir a buscar hasta las 20:00 horas. También lo tendrá en su compañía la mitad de las vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa, correspondiendo la elección de los períodos a disfrutar en los años pares a la madre y en los impares al padre.

3º.-Atribuir el uso y disfrute del que fuera domicilio familiar, así como el ajuar doméstico, a Dª Emma, y al hijo del matrimonio.

4º.-D. Ramón deberá abonar la cantidad de 300 euros mensuales en concepto de pensión por alimentos para su hijo, que será abonada por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria designada por la madre num. NUM006. Dicha cantidad se actualizará anualmente en proporción a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Asimismo, deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios del menor.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas».

SEGUNDO.- Presentado escrito preparando recurso de apelación por don Ramón, se dictó providencia teniéndolo por preparado, emplazando a la parte para que en término de veinte días lo interpusiera, por medio de escrito. Deducido en tiempo el escrito interponiendo el recurso, se dio traslado por término de diez días, presentándose por Dª Emma y por el Ministerio Fiscal escritos de oposición. Con oficio de fecha 19 de octubre de 2010 se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas en esta Audiencia con fecha 2 de noviembre de 2010, se registraron bajo el número RPL 310 de 2010, siendo turnadas a esta Sección. Por el Sr. Secretario Judicial de esta Sección se dictó el 25 de enero de 2011 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, designando ponente, teniendo por personado al procurador don Carlos González Guerra en nombre y representación de don Ramón, en calidad de apelante; así como al procurador don Gabriel Arambillet Palacio, en nombre y representación de Dª Emma, en calidad de apelado; e igualmente teniendo por parte al Ministerio Fiscal; quedando el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese. Por providencia de 2 de mayo de 2011 se señaló para votación y fallo el pasado día 21 de junio de 2011.

CUARTO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones legales; y, siendo ponente el Ilmo. Sr. magistrado don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fundamentación de la sentencia apelada.- No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en lo que se refiere a la guarda y custodia del menor, régimen de visitas y pensión alimenticia.

SEGUNDO.- Objeto del litigio.- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- El 14 de febrero de 2005 contrajeron matrimonio don Ramón (nacido el 1 de junio de 1974) y Dª Emma (nacida el 6 de julio de 1976).

2º.- El 26 de junio de 2005 tuvieron un hijo varón, al que pusieron el nombre de Juan Manuel.

3º.- El 14 de abril de 2008 Dª Emma presentó demanda solicitando la disolución del matrimonio por divorcio, y, en lo que aquí interesa, que se le atribuyese la guarda y custodia del menor, con un amplio régimen de visitas a favor del padre.

4º.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado. D. Ramón contestó a la demanda asumiendo la disolución, pero solicitando que se estableciera la guarda y custodia compartida, por turnos semanales; así como la mitad de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa.

5º.- El 20 de julio de 2008 se dictó Auto en la pieza de medidas provisionales, en el que se acordó atribuir a Dª Emma la guarda y custodia del menor, con un amplio régimen de visitas a favor del padre. En la fundamentación de dicha resolución se recoge la idoneidad de don Ramón para atender a su hijo.

6º.- Solicitado informe al equipo psico-social de la delegación del Instituto de Medicina Legal de Galicia, lo presentaron el 2 de marzo de 2010. En las conclusiones del informe se recoge:

«El menor presenta un fuerte vínculo afectivo con ambos progenitores... presenta una buena adaptación a la separación de sus padres.

Respecto a la custodia compartida, dada la incomunicación entre padre y madre, no se considera una medida idónea en este caso. La custodia compartida es beneficiosa para el menor si ambos padres están de acuerdo y tienen una buena relación entre ellos, por lo tanto en este caso se desaconseja la custodia compartida.

Aunque ambos progenitores está(n) capacitados para ejercer la guardia y custodia parece más adecuado para el menor que sea ostentada por la madre debido a que está cubriendo satisfactoriamente las necesidades básicas del menor y constituye un punto de referencia estable...

No obstante, dada la buena relación entre padre e hijo, debe establecerse un régimen de visitas amplio que garantice el acceso del menor a su padre y familia paterna con la mayor frecuencia posible. Asimismo, para que este amplio régimen de visitas sea efectivo, sería recomendable que Dª Emma no fije su residencia fuera de la provincia de La Coruña...».

7º.- Tras la tramitación correspondiente, el Juzgado de instancia dictó sentencia el 4 de mayo de 2010 manteniendo el régimen acordado en el Auto de 20 de julio de 2008. Pronunciamiento frente al que se alza don Ramón.

8º.- El 30 de julio de 2010 la representación de Dª Emma presentó escrito, suscrito por abogada, en el que manifestaba que «por medio del presente escrito... pasa a comunicar al Juzgado según se había ya anunciado mi representada junto con su hijo a partir del mes de agosto residirán en Palma de Mallorca en la dirección que se adjunta cursando sus hijo estudios en el centro...

Que toda vez que la madre ostenta la guarda y custodia del menor... la presente comunicación se hace a los solos efectos de que tanto el Juzgado como el progenitor tengan exacta constancia del nuevo domicilio del menor...».

TERCERO.-.- La guarda y custodia.- Intentando ordenar el recurso interpuesto por don Ramón, vendrían a plantearse tres cuestiones: (a) La decisión de Dª Emma de cambiar su residencia desde esta provincia a Palma de Mallorca, llevándose consigo al hijo común, con el consiguiente cambio de colegio; (b) La solicitud de custodia compartida, denegada en la instancia; y (c) La atribución a don Ramón de la custodia de su hijo.

En lo que se refiere al primer motivo del recurso, la postura del apelante se centra en la actuación de Dª Emma, que invocando que se le atribuyó judicialmente la guarda y custodia del menor, decide marcharse a Palma de Mallorca (donde al parecer ha formado una nueva pareja), llevándose al niño. Actuación unilateral que "notifica" al Juzgado y al padre por medio del escrito cuyo contenido se resumió anteriormente. Argumenta la representación de don Ramón que la madre, pese a ser perfecta conocedora de la resolución judicial, decidió incumplirla, acudir a las vías de hecho, frustrando así la posibilidad de ejercitar el régimen de visitas establecido a su favor. Decisión que no fue consultada con don Ramón, ni se obtuvo autorización judicial, ni promovió el correspondiente incidente de modificación de medidas. Para terminar suplicando que se concretase en la parte dispositiva de la sentencia que Dª Emma tiene obligación de contar con el consentimiento de don Ramón para cambiar el domicilio del menor o mudar el centro escolar al que asiste.

El motivo no está exento de razón:

1º.- La patria potestad se configura en la actualidad como una función que deben ejercer los progenitores siempre en interés del menor sometido a ella, tal y como establece el artículo 154 del Código Civil EDL 1889/1 . Según dicho precepto, su contenido sería velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Pero este listado debe considerarse meramente enunciativo. El resumen de las obligaciones que comprende se contiene en la primera: "velar por ellos". Es decir, cuidarlos con todo el mimo y atención que requieren, para conseguir un desarrollo físico y de la personalidad acorde con la realidad actual y sus potencialidades. Actuación que debe realizarse siempre en su beneficio, por encima de los egoístas intereses que en algún momento puedan tentar a los progenitores.

En la concepción actual los hijos no son "propiedad" de los padres. Por encima de sus intereses están siempre los intereses de los menores. El ejercicio de los derechos sobre los niños menores de edad en ejercicio de las facultades atribuidas por la patria potestad, no se abandonan en manos de sus titulares; sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el correcto ejercicio de esas potestades por sus padres (artículo 39 de la Constitución Española EDL 1978/3879) se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, que deben postergarse ante el superior del niño (sentencias del Tribunal Constitucional 154/2002 EDJ 2002/27345 y 141/2000 EDJ 2000/10328). Hasta el punto de provocar la asunción de la tutela en situaciones de riesgo (artículo 172 del Código Civil EDL 1889/1).

La guarda y custodia es uno de los elementos que componen las obligaciones de la patria potestad. Es el derecho-deber de tener a los hijos en su compañía, y prestarle la atención inmediata en las necesidades de la vida diaria. Pero no es la atribución en exclusiva de

la patria potestad. Ni tampoco de los demás elementos que componen esta institución. Las decisiones importantes que afectan directa y seriamente a la vida del menor, como son mudar el domicilio a otra ciudad, cambiar de centro escolar, suplir su consentimiento para intervenciones quirúrgicas, etcétera, suponen el ejercicio máximo de las facultades de la patria potestad. Por lo que si los titulares no actúan de consuno, deberán solicitar la resolución judicial, conforme prevé el artículo 156 del Código Civil EDL 1889/1 .

2º.- A Dª Emma se le atribuyó exclusivamente la guarda y custodia de su hijo; manteniéndose la patria potestad compartida por ambos progenitores. Y se dictó el Auto que regulaba las medidas provisionales, estableciendo un régimen de visitas. Medida que fue reiterada en la sentencia apelada. Doña Emma, con su unilateral decisión, sin acudir a ningún tipo de autorización o conformidad previa, impuso por vías de hecho, y en un claro desprecio a los mandatos judiciales, que todo el sistema de visitas acordado deviniese inútil; privando al padre de la compañía de su hijo, y a este de las atenciones de su padre. La guarda y custodia no le confería la facultad de llevarse al niño a vivir a Palma de Mallorca por su única voluntad, sin contar con la aquiescencia de don Ramón, y en su defecto con autorización judicial. Ni impedir el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Tenía que haber pedido autorización, y solicitar la modificación de medidas.

La Sala no puede menos que rechazar la interpretación realizada por Dª Emma de sus potestades. Ha actuado con total desprecio a los intereses de don Ramón, y también a los de su hijo. Simplemente antepuso sus particulares apetencias sobre todo. Con una clara burla a las resoluciones judiciales. Pero debe significarse el estupor que causa el contenido del escrito presentado ante el Juzgado, firmado sin matices ni salvaguardas tanto por el abogado como por el procurador; tanto por su contenido en sí, que supone una ignorancia (no se sabe si deliberada o no) de lo resuelto judicialmente, como porque pudieran derivarse serias responsabilidades para los firmantes.

3º.- El argumento del derecho constitucional de Dª Emma a residir en cualquier lugar del territorio español (artículo 19 de la Constitución Española EDL 1978/3879), que empieza a ser cansinamente reiterativo en supuestos como el presente, nada tiene que ver con la presente cuestión. Siguiendo la línea marcada por los Autos del Tribunal Constitucional 127/1986, de 12 de febrero EDJ 1986/8791 y 116/1984, de 22 de febrero, en nada se afecta al derecho de Dª Emma, en el sentido de no establecerse una imposición o prohibición de ningún tipo sobre la libertad de Dª Emma para fijar su residencia o entrar y salir de España, derechos de los que goza esta en los términos que establece la Ley (pues no es un derecho absoluto, sino de configuración legal, conforme con lo que establece el artículo 13 de la Constitución Española EDL 1978/3879). Ni siquiera se estaría afectando el derecho del menor a fijar su residencia donde tuviese por conveniente; porque él no ha decidido esa mudanza, sino que tienen que acordarla quienes ostentan sobre él la guarda y custodia, y en su defecto la resolución judicial. Y tampoco se hizo. La carga o gravamen de no cambiar de residencia (entendiendo por mudarse a una distancia que altere el régimen de visitas acordado) que indirectamente pueda sufrir el progenitor custodio deriva de la necesidad de amparar un interés protegido privilegiadamente por el ordenamiento (el derecho del niño a relacionarse tanto con el otro progenitor, como en su caso con los abuelos y familia extensa).

4º.- En síntesis, sí debe compartirse con el recurrente el rechazo a la actuación de Dª Emma; y la pertinencia de la adopción de medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil EDL 1889/1 , con el fin de intentar impedir que, en lo sucesivo, vuelvan a repetirse actuaciones similares.

CUARTO.-.- Guarda y custodia compartida.- El segundo motivo, como se dijo, y que constituye la petición principal del recurso, es que se acuerde la guarda y custodia compartida del menor, por períodos iguales para ambos padres. Ya desde la contestación a la demanda se planteó esta solicitud, y se reitera en esta alzada, haciendo constar su habilidad para ejercitar la guarda y custodia, así como su discrepancia con la conclusión del informe del Imelga.

El motivo no está exento de razón, pero resulta inviable en la actualidad:

1º.- La guarda y custodia compartida no era una institución prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 , en la redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio EDL 1981/2897 , no impedía que se adoptase. Y así se ha venido haciendo. La reforma de dicho precepto por la Ley 15/2005, de 8 de julio EDL 2005/83414 , lo que hace es introducir expresamente la posibilidad, condicionándola a unos determinados requisitos. Acogía así el legislador un sentir, que cada vez va haciéndose más generalizado, sobre la realidad social de optar por dicho sistema. Opción que algunos Derechos Civiles autonómicos acogen como primera o habitual. Es más, se critica que el legislador estatal haya introducido la necesidad del dictamen favorable del Ministerio Fiscal cuando no existe acuerdo entre los progenitores. Cortapisas que, en múltiples ocasiones, pueda dar al traste con la finalidad inicialmente perseguida.

2º.- La Sala Primera del Tribunal Supremo mantiene la doctrina jurisprudencial (sentencia de 1 de octubre de 2010 EDJ 2010/205560 (Roj: STS 4861/2010, recurso 681/2007) y 28 de septiembre de 2009 EDJ 2009/225060 (Roj: STS 5707/2009, recurso 200/2006)) de que el artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 permite al Juez acordar la guarda compartida cuando (a) es pedida por ambos progenitores, y (b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz. En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el numeral 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia». Normativa que se completa con lo dispuesto en el artículo 91 del mismo Código, al permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil EDL 2000/77463 y regula el artículo 752.1-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 del Código Civil EDL 1889/1 establece que el juez debe «valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda». Puntualizándose que:

(a) La medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas.

(b) Las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que como ya se ha recordado en el anterior fundamento, la propia Ley de Enjuiciamiento civil EDL 2000/77463 recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo;

(c) El informe emitido por los servicios psico-sociales no es vinculante, pero ofrece elementos para decidir que no han sido tenidos en cuenta para acordar una u otra solución en el presente supuesto.

(d) Debe contarse con el informe del Ministerio Fiscal favorable a la guarda y custodia compartida.

Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que, para determinar la procedencia de una custodia compartida, se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar. La guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010 EDJ 2010/205560 (Roj: STS 4861/2010, recurso 681/2007), 11 de marzo de 2010 EDJ 2010/16360 (Roj: STS 963/2010) y 8 de octubre de 2009 EDJ 2009/234619 (Roj: STS 5969/2009, recurso 1471/2006)).

En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el artículo 92.9 del Código Civil EDL 1889/1 . En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor. La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor, porque debe repetirse que el juez no está vinculado por los informes de los profesionales (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011 EDJ 2011/34606 (Roj: STS 2005/2011, recurso 1580/2008)).

3º.- El examen de las actuaciones permite concluir:

(a) D. Ramón solicitó la constitución de la guarda y custodia compartida, a la que se opuso Dª Emma. El Ministerio Fiscal no se pronunció explícitamente sobre la solicitud. Como mucho, dado que solicitó la atribución de la guarda y custodia a la madre y el mantenimiento del régimen de visitas del Auto de medidas provisionales, implícitamente pudiera entenderse que no informaba favorablemente la guarda y custodia compartida. No obstante, la Sala considera que ese "informe" ha de ser eso: un informe. No es bastante con pedir o no pedir la guarda y custodia compartida, sino que para cumplir la exigencia del artículo 92.8 del Código Civil EDL 1889/1 debe ser un dictamen más o menos amplio, conteniendo las razones por las que se acepta o rechaza lo solicitado por uno de los progenitores.

(b) El informe del Imelga:

1) Acepta que ambos progenitores están capacitados para ejercer la guarda y custodia de su hijo. Luego no existe una inhabilidad personal para cuidar, atender y velar por el niño en ninguno de los litigantes.

2) Rechaza la custodia compartida por «la incomunicación entre padre y madre, no se considera una medida idónea en este caso. La custodia compartida es beneficiosa para el menor si ambos padres están de acuerdo y tienen una buena relación entre ellos, por lo tanto en este caso se desaconseja la custodia compartida». Criterio que, si se llevase a sus últimas consecuencias, como se hizo en este caso, supondría la práctica inexistencia de la institución de la custodia compartida. Parece pretenderse un supuesto base realmente idílico, y bastante difícil de alcanzar en la gran mayoría de los casos.

3) Y se inclina por la atribución de la custodia a la madre «debido a que está cubriendo satisfactoriamente las necesidades básicas del menor y constituye un punto de referencia estable...». La pregunta es obvia ¿el padre no cubre o no puede cubrir satisfactoriamente las necesidades básicas del menor? No consta en el informe nada que haga dudar de una respuesta positiva. Y, salvo supuestos patológicos, tanto el padre como la madre constituyen referentes para los niños; e incluso para los adultos.

La impresión que surge es que el informe, bien intencionado, o bien parte de un prejuicio contrario a la institución, o bien busca una situación idílica para su desarrollo. Pero los razonamientos de sus conclusiones no se ofrecen como razones de peso para compartirlos.

4º.- La Sala considera que en este caso sí debía de haberse optado por la guarda y custodia compartida. Aunque no en turnos semanales, sino que son precisos intercambios mucho más amplios para evitar una excesiva deslocalización del menor. Por lo que ha sopesado acordar, como diligencia final, recabar un informe explícito del Ministerio Fiscal. Idea que ha tenido que ser desechada desde el momento en que su puesta en práctica, dada la situación actual de residencia del padre (en esta provincia) y de la madre (en Palma de Mallorca), creada por Dª Emma, supone su imposibilidad de llevarla a la práctica: el niño no puede estudiar en dos centros a la vez. Pero sí debe dejarse constancia de que, en el momento de dictarse sentencia en la instancia, sí hubiera sido la opción a elegir.

QUINTO.-.- Atribución de la guarda y custodia.- Con carácter subsidiario solicita don Ramón que se le atribuya la guarda y custodia del menor, ante la actuación de la madre, que en la práctica le priva de visitar a su hijo.

El motivo no está exento de razón:

1º.- La actuación de Dª Emma con posterioridad a la sentencia es un claro ejemplo de un inadecuado ejercicio de la guarda y custodia: (a) priva al padre de su derecho a visitar a su hijo; (b) priva al hijo de su padre; (c) antepone sus intereses personales a los superiores de su hijo; y (d) transmite a su hijo la idea de un comportamiento asocial, donde las normas de convivencia se rigen por el egoísmo, y el no acatamiento a las leyes y a las resoluciones judiciales. Actuación que puede tener su sanción en el cambio de custodia (artículo 776.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463).

2º.- La Sala ha considerado muy seriamente acordar el cambio de guarda y custodia. Tras amplia deliberación, y por simple mayoría, adopta el criterio de mantener la actual guarda y custodia de Dª Emma, en atención exclusivamente al superior interés del niño. Dada su edad, a punto de cumplir los seis años, cuando hace menos de un año se le ha trasladado a otra comunidad autónoma, con idioma y costumbres distintos, hábitos sociales y alimentarios diferentes, con una nueva escolarización, acordar ahora una nueva mudanza aparece como algo perjudicial para el niño. Pero se reitera que el acuerdo se adopta por simple mayoría.

3º.- Todo ello dejando a salvo, naturalmente, la posibilidad de un ulterior cambio de guarda y custodia si surgieren problemas en el actual sistema, bien por nuevos incumplimientos de las resoluciones judiciales, bien por nacimiento de hermanastros, mala relación con la actual pareja de Dª Emma, o bien por la objetiva inadaptación a su actual lugar de residencia.

SEXTO.- Régimen de visitas.- Aunque no se plantea directamente en el recurso, debe establecerse un régimen de visitas acorde con la realidad fáctica actual. Siendo una medida que pueda adoptarse de oficio (artículo 94 del Código Civil EDL 1889/1), no estando sometido a los principios dispositivo y rogatorio que suele regir en el proceso civil.

Plantearse un régimen de visitas estándar, como el adoptado en la resolución apelada, resulta inviable. Salvo que don Ramón tuviese unos importantes ingresos (que no consta que sea el caso), no puede plantearse que pueda ir en fines de semana alternos a Palma de Mallorca para ver a su hijo. Y además tendría que alojarse en un hotel. Lo que minaría la relación con su hijo.

La única solución que aparece como posible es concederle la totalidad de los períodos vacacionales. Remedio con la que se pretende paliar en la medida de lo posible la falta de continuidad en las comunicaciones paterno filiales, y también con su familia paterna extensa; tal y como se destacaba en el informe del Imelga.

SÉPTIMO.- Prestación alimenticia.- Debe mantenerse la cantidad de trescientos euros mensuales, acordada en la sentencia de instancia, como cuantía de los alimentos que debe abonar don Ramón a Dª Emma, para el menor, en cuanto no ha sido objeto de recurso, aunque aparezca como algo elevada para las necesidades de un niño de tan corta edad y los ingresos de don Ramón. Pero debe matizarse la periodicidad. Obviamente, la prestación no se devengará durante los períodos que el niño esté con su padre, pues asumirá él íntegramente los gastos de manutención y demás (artículo 149 del Código Civil EDL 1889/1).

Debe mantenerse el deber de contribuir a la mitad de los gastos extraordinarios. Pero para evitar futuras discrepancias, es preciso hacer dos matizaciones: a) Se entenderá como gasto «extraordinario» aquél que debe configurarse como excepcional, bien porque sea inhabitual y no previsible, bien por su anómala cuantía. No pudiendo equiparse gasto «extraordinario» con gasto «no mensual». Es decir, aquéllos que la sentencia no pudo ponderar como que se iban a producir, a la hora de fijar la cuantía de la prestación alimenticia ordinaria. (b) Cuando se prevea la necesidad de realizar un desembolso por un gasto de este tipo, deberá anticiparse al progenitor no custodio la necesidad de realizar el gasto y su presupuesto (salvo supuestos de urgencia). Si no se obtuviese la conformidad explícita, deberá acudir al Juzgado, para que se dictamine sobre carácter extraordinario del gasto, y en su caso la obligación de los progenitores de sufragarlo en el porcentaje establecido.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981 EDJ 1981/1633 (RJ, debe tenerse especial cuidado al establecer cláusulas de actualización de las prestaciones alimenticias o de las pensiones compensatorias. Si se acude exclusivamente, como parámetro de actualización, al Índice de Precios al Consumo, como remedio corrector de la depreciación del signo monetario se puede vulnerar el criterio de proporcionalidad, que es esencial en la determinación cuantitativa. No debe olvidarse que este tipo de obligaciones tienen una doble manifestación: activa y pasiva. Por lo que no sólo puede atenderse a las necesidades de quien la recibe, sino que no puede olvidarse la importancia del caudal del obligado; pues no cabe olvidar las atenciones indispensables a la propia persona del alimentante, sin duda primordiales. Es por ello que la adecuación exclusiva al Índice de Precios al Consumo, prescindiendo de toda referencia al presupuesto de que los ingresos del obligado hayan recibido un incremento en la misma proporción (lo que en muchos casos no es inhabitual), puede romper esa ecuación de proporcionalidad; hasta el extremo de llegar a un empobrecimiento del obligado al pago, que el mismo desarrollo de la prestación no consiente. Por lo que la obligación será revisada anualmente, con efectos del mes de enero de cada año, en proporción a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumo, siempre que los ingresos del obligado muten en el mismo porcentaje; y si la elevación fuere menor a tal índice, se atenderá al importe del incremento producido en los emolumentos percibidos por éste.

OCTAVO.- Costas.- La estimación parcial del recurso exonera de un especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en esta alzada (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463).

NOVENO.- Depósito del recurso.- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio EDL 1985/8754 , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre EDL 2009/238888 , al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

DÉCIMO.- Recursos.- La presente sentencia es recurrible en casación por el cauce previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , al haber sido dictada en el seno de un procedimiento de divorcio contencioso, tramitado en atención a su materia (Autos de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 (Roj: ATS 5397/2011), 26 de abril de 2011 (Roj: ATS 4000/2011), 12 de abril de 2011 (Roj: ATS 3867/2011), 15 de marzo de 2011 (Roj: ATS 2446/2011), 1 de

marzo de 2011 (Roj: ATS 1983/2011), 22 de febrero de 2011 (Roj: ATS 1365/2011), 1 de febrero de 2011 (Roj: ATS 616/2011), 18 de enero de 2011 (Roj: ATS 285/2011), 11 de enero de 2011 (Roj: ATS 19/2011), 26 de octubre de 2010 (Roj: ATS 12968/2010), 6 de julio de 2010 (Roj: ATS 9130/2010), 29 de junio de 2010 (Roj: ATS 8880/2010), 22 de junio de 2010 (Roj: ATS 7830/2010), 15 de junio de 2010 (Roj: ATS 7444/2010), entre otros muchos).

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, resuelve:

Primero.- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandado don Ramón, contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ferrol, en los autos del procedimiento de divorcio seguidos con el número 539 de 2008, y en el que es demandante D^a Emma, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal.

Segundo.- Se revoca parcialmente la sentencia apelada; y en su lugar, en lo sucesivo, y desde la presente resolución, regirán las siguientes medidas:

1º.- El hijo común, Juan Manuel, quedará bajo la guarda y custodia de su madre, D^a Emma.

2º.- Ambos progenitores seguirán ostentando la patria potestad compartida sobre el menor; por lo que D^a Emma deberá obtener el consentimiento de don Ramón para cualquier decisión que afecte a los intereses del menor.

3º.- Se prohíbe la salida del menor del territorio del Reino de España; con prohibición de expedición de pasaporte a su nombre, o como figurante en el de cualquiera de sus progenitores, a cuyo efecto el Juzgado de instancia procederá a librar el correspondiente oficio.

4º.- Cualquier cambio de domicilio del menor; así como de centro escolar o académico precisará el acuerdo de ambos padres, y si no se lograra se requerirá autorización judicial previa.

5º.- D. Ramón podrá visitar y tener en su compañía a su hijo Juan Manuel durante los siguientes períodos:

A) Desde las once horas del día veintitrés de junio hasta las once horas del día doce de septiembre de todos los años. Si el período de vacaciones estivales escolares se modificase, previa la adecuada justificación por parte de D^a Emma, el régimen se circunscribirá a las once horas del día siguiente a la finalización de las clases en el mes de junio, hasta las once horas del día anterior al comienzo de las actividades académicas.

Este año, si el menor no estuviese ya en compañía de don Ramón, será entrega a la mencionada hora del quinto día siguiente al de notificación de la presente sentencia.

B) Desde las once horas del sábado anterior a la Semana Santa, hasta las once horas del Domingo de Resurrección de todos los años.

C) Desde las once horas del día veintidós de diciembre hasta las once horas del día seis de enero siguiente, de todos los años.

En todos los casos, el niño será recogido por don Ramón en el domicilio de la madre en Palma de Mallorca, y será entregado a D^a Emma en el domicilio del padre en As Pontes de García Rodríguez. No obstante, los padres podrán pactar, si viere convenirles, la posibilidad de que realice el viaje solo, utilizando los servicios que a tal fin facilitan las compañías aéreas. Los gastos de vuelos y demás que origine la recogida del niño en Palma de Mallorca serán a cargo de don Ramón; y los derivados de la entrega en As Pontes de García Rodríguez, por cuenta de D^a Emma.

6º.- D. Ramón deberá abonar a D^a Emma, en concepto de alimentos para su hijo común Juan Manuel, la cantidad de trescientos euros (300,00 Eur.), por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que D^a Emma designe. Este importe será revisado en el mes de enero de cada año, en proporción directa a la variación del Índice de Precios al Consumo experimentada en la anualidad anterior. Si hubiese incremento que excediese de la proporción en que se elevasen los ingresos que perciba don Ramón, se atenderá al importe del incremento o disminución producido en los emolumentos del obligado al pago. La primera actualización se efectuará con efectos de primero de enero del año 2012. Esta prestación no se efectuará en los meses de julio y agosto de todos los años; y en el mes de diciembre se abonará la mitad del importe. Además abonará la mitad de los gastos extraordinarios e imprevistos que necesite el menor.

Tercero.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias.

Cuarto.- Procédase por el Sr. secretario del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de la procuradora que representa a don Ramón por el importe del depósito constituido.

Quinto.- Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma podrían interponerse recurso de casación, por el cauce previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , y extraordinario por infracción procesal, en término de cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación, por escrito, ante este tribunal, para ante la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo; debiendo acreditarse que previamente se constituyó un depósito por importe de cincuenta euros (50 Eur.) por cada recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Español de Crédito, S.A.", con la clave 1524 0000 12 0310 10.

Sexto.- Fírmese que sea la presente resolución, líbrense certificación para el Juzgado de instancia, con devolución de los autos.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Publicación. Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, secretario, certifico.-

