

AUTO

En Gijón a 22 de junio de 2010

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la procuradora D^a. en nombre y representación de D^a. se presento escrito de demanda de medidas provisionales-coetáneas, contra su esposo D. , que se registro como expediente nº XXX/10 interesando se adoptasen las medidas que se enumeran en el suplico de dicho escrito.

SEGUNDO.- El día 22 de junio se celebro la comparecencia de los esposos, en la que la solicitante se afirmo y ratifico en la solicitud inicial; por su parte el esposo se opuso a las medidas solicitadas, en base a las alegaciones que manifestó en dicho acto. Así mismo en dicha comparecencia se recibió el pleito a prueba, a instancia de parte, la cual se practico con el resultado que es de ver en las actuaciones una vez declaradas pertinentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Conforme a lo dispuesto en los arts. 103 del c.c. en relación con el Art. 773 de la L.E.C., es procedente decretar las medidas siguientes:

- Primero. Se recuerda a las partes litigantes, que tratándose de medidas provisionales coetáneas, las medidas del art. 102 del Cc. se producen por ministerio de la ley, por lo tanto no tienen que ser solicitadas por los cónyuges ni concedidas por el juez.

- Segundo. En relación a la guarda y custodia, se debe tener en cuenta que:

a) Ante una crisis matrimonial o de pareja, que conlleve el cese de la convivencia, lo que se rompe es la pareja y no las relaciones parentales de los hijos con cada uno de sus progenitores. Por tanto, ese cese de la convivencia, deben llevarse a cabo, de forma que afecte los menos posible a ese derecho y necesidad de los hijos de estar y relacionarse con cada uno de sus progenitores, y las familias extensas.

b) La Convención de Derechos del Niño, en su art 3, dice que el principio rector de cualquier medida que influya en el niño/a es el INTERES SUPERIOR DEL MENOR; en su art 9 se consagra el derecho de todo niño/a a tener contacto y relacionarse con ambos progenitores y en el art 12 el derecho del MENOR a ser escuchado y a que su opinión sea valorada y tenida en cuenta a la hora de adoptar una medida que le pueda afectar.

c) El reglamento 2201/2003 dice custodia: Son aquellos derechos y obligaciones relativas al cuidado de la persona de un menor, y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

d) Examinando y leyendo el articulado del código civil, se puede decir, que no exista una regulación expresa sobre el contenido concreto de esta figura. Pudiendo definir la misma, como el derecho-deber de un progenitor a tener consigo al hijo, cuidarlos mientras esta con él y adoptar las medidas básicas del día a día sobre alimentación, higiene, ocioetc.

e) El art 90 y siguientes, no dice realmente que la sentencia deba atribuir expresamente a uno de los progenitores la guarda y custodia y al otro un derecho de visitas, sino que el art 90 habla de régimen de comunicaciones y estancias con el progenitor que no viva habitualmente con ellos

f) Uno de los obstáculos con que podíamos encontrarnos, para distribuir de una manera, mas o menos, equitativa, el tiempo de convivencia y estancias de los hijos con cada uno de sus progenitores, tras el cese de su convivencia, seria la actual redacción del art 92 del c.c., por la ley 15/2005, que dice que cuando no están de acuerdo los progenitores, para acordar la guarda y custodia compartida es necesaria el informe favorable del MF. Al respecto decir dos cosas: a) que esa necesidad de un informe favorable del MF, debe ser entendida e interpretada, desde el prisma del interés superior del menor, es decir se puede entender que es preciso un informe favorable del MF, que puede ser expreso o tácito; en una palabra se debe entender que hay informa favorable siempre que el MF no informes de forma motivada su negativa expresa a esa guarda y custodia compartida y b)

Como dice la sentencia del TS de 28/9/09, esta normativa del art 92, debe completarse con el art 91 del c.c., donde dice que el juez tiene una amplia facultad para decidir cual debe ser la situación adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, y por otro lado el art 92.6 donde dice que el Juez DEBE VALORAR, las alegaciones de las partes y pruebas practicadas. Todo ello, pone de manifiesto, que el juez esta obligado a adoptar las medidas que mejor protejan los intereses de los hijos menores de edad.

g) Al ser la guarda y custodia, una parte integrante de la patria potestad; se ha de entender que el progenitor, titular de la patria potestad, que tenga consigo a su hijo, lo tiene en ese momento bajo su guarda y custodia. No se puede interpretar esa situaciones de otra manera, y decir que un hijo esta de visita con su padre; o que cuando un menor esta con un progenitor durante todo el periodo vacacional por ejemplo de verano, casi tres meses, esta de visita en vez de bajo su guarda y custodia.

h) Si en cambio se puede hablar, en su caso de visitas, en relación a un progenitor que haya sido privado de la patria potestad, y por tanto de la guarda y custodia. Visitas que se interpretaran en función de lo dispuesto en el reglamento 2201/2003.

i) Así mismo, y en relación a la guarda y custodia compartida, se debe tener presente que el TS en su sentencia de 8 de octubre de 2009 dice ""Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una

vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Codi de Família de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio de todos estos sistemas, se llega a la conclusión que 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; 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" Ver también sentencia del TS de 11 de marzo de 2010.

Recientemente en Aragón se ha aprobado una ley en la que se fija como criterio general la guarda y custodia compartida, en el sentido de que para atribuir en exclusiva dicha guarda a uno de los progenitores, se debe acreditar que aquella no es viable, en sentido similar va la futura reforma del codi familia catalán, y así mismo se están admitiendo a tramite iniciativas legislativas en otras comunidades, como Navarra a instancia de IU.

A la vista de todo lo expuesto hasta ahora, y teniendo presente: a) que ambos progenitores, en el acto de la vista, ha manifestado que el otro es un buen progenitor, que tiene buena relación con sus hijos, y que hasta la fecha el cuidado y atención de X e Y, lo hacían entre ambos, casi por un igual; b) la disponibilidad horaria de ambos cónyuges, Y tiene libres las tardes, y X de cada doce días descansa seis; es decir trabaja seis días y descansa otros seis, y los días de trabajo los hace por turnos de seis días

de mañana, seis días de tardes y seis días de noche; c) ambos tiene la ayuda de sus familias, d) X se mostró conforme con la guarda y custodia compartida, al igual que el Ministerio Fiscal; mientras que Y se opuso a ella, sin dar causas justificadas para esa postura, salvo el llamado síndrome del niño maleta, que se puede evitar, bien: 1.- teniendo cada progenitor en su casa la ropa y enseres precisos para los hijos, o 2.- quedando los hijos en la casa y siendo los progenitores lo que entran y salen del mismo, e) el derecho de los hijos a estar el máximo tiempo posible, en caso de que sus progenitores dejen de vivir juntos, con el padre y con la madre, y f) la edad de los hijos, que ya están escolarizados hasta las 17,15 h. Procede acordar un régimen de guarda y custodia compartida, por periodos alternos de seis días con cada progenitor. De tal forma que los hijos estarán con el padre, los periodos de seis días que descansa.

Así mismo se acuerda que el tercero o cuarto día, de esos periodos de seis días, los hijos estarán con el progenitor al que no le corresponda la guarda y custodia, desde la salida del colegio hasta las 20,00 h. El padre, quedará exento de este régimen los periodos en que trabaje de tardes.

No se fija horario concreto para iniciar esos periodos, en función de los turnos en que trabaja el padre, de ahí que ambos progenitores deberán acomodar el inicio de esos periodos, por el bien de sus hijos, a esa circunstancia. Advirtiéndoles a ambos progenitores, que cualquier actuación interesada o injustificada que obstaculice esos intercambios en perjuicio de los menores, podrá sufrir las consecuencias de dicho comportamiento.

Así mismo los periodos vacacionales, según el calendario oficial del Principado de Asturias, se distribuirán al 50 % entre ambos progenitores. Eligiendo el padre los años pares y la madre los impares; elección que deberá ser comunicado al otro con al menos tres semanas de antelación

Para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia establecido en interés del menor; se aconseja a los progenitores el cumplimiento del siguiente decálogo:

1. Nunca desacredite a su ex-cónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten "parte de su mamá" y "parte de su papá", con lo que la crítica puede dañar su autoestima.
2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su ex-cónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.
3. Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.
4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su ex-cónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.
5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a si mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por los que no debe incluirlos en ninguna negociación.

6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su "corresponsal" en la casa de su ex-cónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.

7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.

8. Cumpla con sus obligaciones económicas, "alimentos" de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.

9. Si usted es un padre/ madre responsable, y no está recibiendo los "alimentos" por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.

10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio de sus padres.

Tercero.- Cada progenitor hará frente a los gastos ordinarios que generen los hijos durante el tiempo que estén bajo su guarda y custodia.

Cuarto.- El concepto de gasto extraordinario, por su propia naturaleza es indeterminado, inespecífico y su cuantía ilíquida, necesitando predeterminación y objetivación en cada momento y caso; lo que presupone para exigir su pago, y en su caso poder presentar demanda ejecutiva, que los cónyuges actúen sobre una base de transparencia y de mutuo acuerdo; solicitando si este no es posible la correspondiente autorización judicial, salvo casos de urgencia.

Por lo tanto para ser calificado de gastos extraordinario debe ser:

Necesario.- En contraposición a lo superfluos o secundario, de lo que evidentemente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista.

No tener una periodicidad prefijada.

Ser imprevisibles en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística.

Ser acordes y asumibles por el caudal del alimentante.

La contribución a dichos gastos, por cada progenitor, debe ser acorde a la proporción que guarden entre si los ingresos y disponibilidad económica de cada uno de ellos. Y a falta de concreción, dicha contribución será al 50 %.

A la vista de todo ello se acuerda que ambos progenitores abonaran al 50 % los gastos extraordinarios del menor que se generen a partir de esta sentencia. Teniendo en cuenta para ello, que si bien la esposa, ahora gana

menos que el esposo, también es cierto que ella misma ha renunciado a un puesto de trabajo, al que se puede incorporar en cualquier momento, en que sus ingresos serían solo un poco menores que los de X.

Se advierte a ambos progenitores, que cualquier gastos extraordinario que se realice sin consentimiento del otro progenitor o en su defecto autorización judicial, no permitirá reclamarle su importe vía demanda ejecutiva.

Quinto.- Por acuerdo de ambos cónyuges, se atribuye a la esposa el uso del Renault Megane y al esposo el Renault Scenic. Cada cónyuge, abonará los gastos derivados del uso de esos vehículos (viñetas, gasolina, reparaciones, seguros)

Sexto.- En relación al préstamo, nada se acuerda; pues al ser una deuda ganancial, como tal se debe seguir pagando. No pudiéndose hacer una novación subjetiva, en la posición de la parte deudora, sin conocimiento y consentimiento de la parte acreedora.

Séptimo.- En relación al uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, se debe tener presente que

a) Al fijarse un régimen de guarda y custodia compartida, la atribución se hará en función de los intereses de los hijos menores de edad y la situación real de cada cónyuge en relación a sus disponibilidades de acceder a otra vivienda.

b) Los hoy litigantes tiene en la actualidad a su disposición dos viviendas, una la vivienda familiar en la c/ ----, y otra que es un apartamento privativo de Y, que se viene pagando ahora por ambos cónyuges. Ambos inmuebles con sus respectivas plazas de garaje y ambas libres de cargas.

c) Respecto a la atribución del uso del que fuera domicilio conyugal, se debe tener en cuenta lo gravoso que representa para el cónyuge excluido del uso - interés menos protegible para el art. 96 del CC-, cuando el otro cónyuge ostenta la custodia de los hijos menores; la perpetuación en el tiempo del uso por el cónyuge custodio y los hijos, teniendo que atender a sus propias necesidades de habitación. Así mismo es cierto que el art. 96 del CC, cree un derecho de uso ilimitado a favor del progenitor custodio y los hijos menores; siendo cierto que los perfiles de este derecho no están bien descritos en la ley y tampoco en la jurisprudencia. No obstante, si la resolución judicial no limita temporalmente el derecho, bien fijando un término final o una condición resolutoria como el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, el derecho de uso se entiende atribuido por tiempo indefinido y se mantiene y protege inclusive frente a terceros; siempre y cuando ese uso acceda al Registro de la Propiedad.

d) No obstante, lo expuesto hasta ahora, no impide que el título que constituye el derecho de uso, es decir, la sentencia que aplica el art. 96 del CC, introduzca limitaciones en este derecho. Ya que el

art. 96 del CC se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protegen por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor -intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente- pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante.

e) Atribuir el uso de la vivienda indefinidamente, supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge cotitular, y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar y el mantenimiento de la paz en las relaciones entre ambos progenitores.

Dicho lo cual, y centrándonos en el caso de autos, se acuerda que sean los hijos quienes se queden en el domicilio familiar, y sean los progenitores, quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos.

A fin de evitar que esa situación, que es evidentemente gravosa para ambos progenitores, pero que favorece la estabilidad de los menores, se establece que esta situación se mantendrá en tanto en cuanto no se proceda a la venta de dicho inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales, Siendo obligación de ambos progenitores, el garantizar a sus hijos un derecho de habitación digno.

Una posible solución, dada la existencia de ese apartamento privativo de la esposa, que al menos en parte ha sido pagado por ambos cónyuges, podría ser alquilar el mismo, y con la renta que se obtenga mas un poco mas de dinero que pondría el padre, que tiene mas ingresos, alquilar una vivienda de dimensiones adecuadas para poder vivir en ella los hijos con el padre, quedándose cuando eso ocurra, y mientras no se venda la vivienda familiar actual, en dicho inmueble la madre con los hijos. No obstante, como ya se informo a las partes en la vista, seria bueno que acudiesen a mediación familiar, a fin de poder entre ambos buscar todas las soluciones posibles, y con el debido asesoramiento de sus letrados, adoptar la mas adecuada a los intereses de los hijos, consiguiendo así mismo que ambos progenitores vean, en la medida de lo posible, satisfechas sus expectativas en cuanto al tiempo que pueden estar con sus hijos, derechos de habitación y contribución a las cargas familiares

PARTE DISPOSITIVA

A la vista de los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación; S. Ilma. S^a DISPONE:

Que procede acordar y acordaba la adopción de las siguientes medidas :

I.- Procede acordar un régimen de guarda y custodia compartida, por periodos alternos de seis días con cada progenitor. De tal forma que los hijos estarán con el padre, los periodos de seis días que descansa.

Así mismo se acuerda que el tercero o cuarto día, de esos periodos de seis días, los hijos estarán con el progenitor al que no le corresponda la guarda y custodia, desde la salida del colegio, donde lo recogerá hasta las 20,00 h en que los llevará al domicilio familiar. El padre, quedará exento de este régimen los periodos en que trabaje de tardes.

Así mismo los periodos vacacionales, según el calendario oficial del Principado de Asturias, se distribuirán al 50 % entre ambos progenitores. Eligiendo el padre los años pares y la madre los impares; elección que deberá ser comunicado al otro con al menos tres semanas de antelación

II.- Cada progenitor hará frente a los gastos ordinarios (ropa, comida, ocio,.) que generen los hijos durante el tiempo que estén bajo su guarda y custodia.

III.- Ambos progenitores abonarán al 50 % los gastos extraordinarios del menor que se generen a partir de esta sentencia. Tendrá la consideración de gasto extraordinario cualquier gasto escolar, realizado por ambos progenitores o por uno de ellos con autorización judicial (libros, material escolar, ropa de deporte, actividades extraescolares, excursiones .)

IV.- Se atribuye a la esposa el uso del Renault Megane y al esposo el Renault Scenic. Cada cónyuge, abonará los gastos derivados del uso de esos vehículos (viñetas, gasolina, reparaciones, seguros)

V.- El préstamo seguirá siendo abonado por ambos cónyuges, en cuanto deuda ganancial que es.

VI.- Se acuerda que sean los hijos quienes se queden con el uso del domicilio familiar y ajuar doméstico, y sean los progenitores, quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos.

Contra este Auto no procede recurso alguno.

Así lo acuerda el Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Campo Izquierdo,
Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón.