



Roj: SAP B 4487/2012
Id Cendoj: 08019370122012100308
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 12
Nº de Recurso: 670/2011
Nº de Resolución: 317/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº 670/2011-R

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 1 SABADELL (ANT.CI-1)

DIVORCIO CONTENCIOSO (ART.770 - 773 LEC NÚM. 1026/2008

SENTENCIA Nº 317/12

Ilmos. Sres.

DON JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

DON AGUSTIN VIGO MORANCHO

DON JOAQUIN BAYO DELGADO

En la ciudad de Barcelona, a nueve de mayo de dos mil doce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso (art.770 - 773 Lec , número 1026/2008 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 1 Sabadell (ant.CI-1), a instancia de D^a. Adelina , representada por el procurador D. ALEJANDRO TORELLO CAMPAÑA y dirigida por la letrada D^a. ESTHER SUSIN CARRASCO, contra D. Damaso , representado por la procuradora D^a. MONTSERRAT COLOMINA DANTI y dirigido por la letrada D^a. MARIA GUIU CASTILLO; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 4 de diciembre de 2010, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que declaro disuelto por DIVORCIO del matrimonio formado por Adelina y Damaso , con todos los efectos legales que de ello se derivan estableciendo las siguientes medidas con respecto al hijo común JOSEP nacido el NUM000 .2006:

Primero.Mantengo la Patria potestad compartida entre ambos progenitores

Segundo.- Atribuyo la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores por quincenas, debiendo el progenitor que lo tenga a su cargo entregarlo en el colegio por la mañana del primer día del periodo y el otro progenitor recogerlo en el colegio por la tarde a la salida de sus clases ocupándose de que asista las actividades extraescolares que tenga concertadas , todo ello a fin de que con el tiempo se suavicen las tensiones de los padres y que afecten lo menos posible al menor, en caso de que se corresponda con día festivo o vacacional, deberá ser tercera persona de confianza que determine el progenitor que tenga en ese

momento la guarda ,quien realice la entrega en el domicilio del progenitor al que deba realizarse el cambio de quincena.

En la quincena que permanezca en el domicilio paterno la madre podrá comunicarse con el hijo telefónicamente una vez al día en horario que no entorpezca su actividad escolar y a la inversa cuando el menor este en el domicilio materno será el padre quien podrá comunicarse telefónicamente con este una vez al día.

Los progenitores deberán comunicarse fehacientemente cualquier incidencia que afecte a la salud , integridad o cualquier afectación de relevancia del menor durante su respectiva guarda .

En consecuencia no cabe determinar ningún periodo vacacional ya que corresponderá al progenitor al que le corresponda la quincena.

Tampoco debe establecerse ninguna pensión alimenticia para ninguno de los padres toda vez que estos sufragaran la causada por el menor mientras este bajo su custodia.

Tercero.-- Los gastos de escolarización (escuela y gastos ordinarios) se costearan por ambos progenitores en partes iguales.

Las actividades extraescolares y demás gastos extraordinarios se sufragara por el padre Sr Damaso debido a que se ha acreditado que dispone de un mayor poder económico

No caben más pronunciamientos por lo expuesto en los fundamentos de derecho ".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para la celebración de vista el día 24 de abril de 2012.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia de 1ª instancia, salvo en lo que se dirá.

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia que ha estimado parcialmente la demanda de divorcio y ha fijado las medidas reguladoras de los efectos misma que han quedado transcritas en los antecedentes, ha sido recurrida por las dos partes.

La representación de la actora impugna el sistema de custodia compartida que ha sido establecido y solicita que se asigne a la madre, con régimen de visitas para el padre y constitución de pensión alimenticia fija mensual a cargo del demandado, de 500 # mensuales.

El demandado, que impugnó la sentencia, sostiene que ante las dificultades que la madre opone al cumplimiento del régimen establecido, se otorgue la custodia al padre o, subsidiariamente, se modifique la alternancia por periodos más cortos que la hagan compatible con la necesidad de que el hijo pueda mantener una relación frecuente y normalizada con ambos progenitores.

El Ministerio Fiscal solicita que se confirme la sentencia en cuanto al sistema de custodia, aun cuando interesa que se adapte la misma a las necesidades del menor.

SEGUNDO.- Procede considerar en primer lugar la conveniencia e idoneidad del sistema de ejercicio de la responsabilidad parental que viene establecido por la sentencia que se recurre.

El demandado ha sostenido desde el inicio su convicción y voluntad de que fuera implantado un régimen de coparentalidad, e incluso ha mantenido que era él, en todo caso, el progenitor con mayor capacidad para atender las necesidades del hijo.

La sentencia recurrida expresa la convicción de la magistrada que conoció el asunto en primera instancia de que ambos progenitores se hallan en disposición y capacidad para el cuidado del niño, y establece un sistema de alternancia quincenal, sin otras medidas reguladoras que el reparto de las obligaciones alimenticias por mitad.

Los antecedentes y circunstancias de hecho que son trascendentes para el enjuiciamiento y resultan de las pruebas practicadas, y especialmente del interrogatorio de ambos litigantes y dictámenes periciales incorporados a los autos, son: 1) que actor y demandada tienen su residencia en domicilios relativamente

próximos (separados entre sí unos 40 km), lo que posibilita los desplazamientos sin mayores dificultades; 2) que el hijo común, JOSEP (nacido el NUM000 .2006), fruto de esta unión, ha mantenido y mantiene unos fuertes vínculos afectivos con ambos progenitores y ha vivido con normalidad el sistema de alternancia establecido por la sentencia de primera instancia, puesto que ambos progenitores han procurado que sus diferencias no repercutieran en el menor; 3) que tanto en el domicilio paterno como en el materno el niño dispone de habitación propia y de un entorno favorable, tanto por parte de la madre y la familia extensa de la madre, como de la nueva familia del actor; 4) que, aun cuando las relaciones entre los progenitores son inexistentes tras la ruptura como pareja, y han sido frecuentes las denuncias y quejas recíprocas, tanto el actor como la demandada son personas equilibradas, responsables y sumamente preocupadas por el bienestar de su hijo; 5) tanto el padre como la madre coinciden en la importancia de que se mantenga un contacto frecuente del niño con el otro progenitor, aun cuando sus puntos de vista respecto a compartir la custodia es discrepante.

El argumento esencial de la representación de la actorade que no existe buena relación entre los progenitores no puede ser prioritario al interés de la menor por mantener los vínculos equilibrados e igualitarios con el padre y con la madre. Tampoco es criterio que impida compartir las responsabilidades la lejanía de los domicilios, puesto que los 40 kms que los separan no impiden el ejercicio conjunto cuando el padre se ha implicado en facilitar él mismo los traslados del menor, sin que a la demandante le signifique carga adicional alguna.

Tras el análisis de las circunstancias de este caso, la sala alcanza convicción de que las dificultades que se han puesto de manifiesto en el cumplimiento del régimen de visitas han venido determinadas por el sistema de alternancia quincenal que se estableció, y no por el propio régimen de custodia compartida. La separación durante tan largo periodo de tiempo de un menor de tan corta edad de sus progenitores provoca en el niño temores hacia la pérdida o alejamiento de personas a las que está unido por fuertes vínculos de apego, como es el caso de la madre, que vive la angustia y los miedos de perder a su hijo o de que éste sufra algún tipo de incidente. La psicología especializada pone de relieve que la percepción del tiempo en la infancia es muy diferente que en las personas adultas, por lo que la alternancia quincenal establecida puede ser fuente de inestabilidad psicológica para el niño, que es preciso evitar.

Por otra parte, la organización de la intendencia diaria que el menor necesita es también compleja, especialmente si se ha de combinar la atención directa con la de cuidadores **familiares** o externos. Otro tanto ocurre con el seguimiento de las actividades extraescolares o deportivas. Tales razones aconsejan la implantación del sistema solicitado por el padre de reparto proporcional de los días de la semana, en cadencias fijas y estables.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina del Tribunal Supremo, la posibilidad de convivir de forma igualitaria con el padre y con la madre no es un derecho de los progenitores, sino un derecho del propiomenor (sentencia del TS de 22.7.2011) que, siempre que se den las condiciones mínimas para que pueda mantenerse tras la ruptura de la relación de pareja de aquellos, se debe favorecer en beneficio e interés del mismo. Ello supone que los padres tienen el deber superar la conflictividad que ha generado el proceso de ruptura, que no es incompatible con el cumplimiento de las responsabilidades que les atañen según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia consolidada (SSTTJJ Cataluña de 16.6.2011, 25.6.2009 y 31.7.2008) al establecer la doctrina de que no cualquier grado de conflictividad debe excluir el ejercicio conjunto cuando resulta beneficiosa para los menores, aun cuando sea imponiendo en determinados casos la **mediación o terapias educativas (artículo 79.2 CF)**.

En consecuencia, deben ser acogidos parcialmente los recursos de ambas partes, y mantener el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales, de tal manera que los progenitores habrán de compartir la custodia de forma que la madre tenga consigo al menor durante el curso escolar todos los domingos por la noche, lunes y martes, y el padre todos los miércoles y jueves, alternándose los fines de semana, así como la mitad de los periodos vacacionales.

TERCERO.- Respecto a las medidas reguladoras del ejercicio de la parentalidad, ha señalado la doctrina que el establecimiento de la custodia compartida no significa que no deban ordenarse adecuadamente las obligaciones alimenticias (SSTSJ de Cataluña 31.7.2008 y 3.3.2010).

En el caso de autos no hay cuestión sobre la vivienda **familiar**, concretándose las obligaciones que deben compartirse en las relativas a la cobertura de las necesidades educacionales y económicas del hijo menor.

Por lo que se refiere a las cargas alimenticias, atendidos los ingresos de cada uno de los progenitores que se cifran en la cantidad de 2.500 # de promedio el padre, que es empresario con cinco trabajadores a su

cargo, y de 750 # la madre, que trabaja en una empresa de su familia, cada progenitor soportará los gastos del hijo cuando lo tenga en su compañía y, para atender los gastos de escolaridad y vestido, cada progenitor ingresará en una cuenta común las siguientes cantidades: 250 # el padre y 100 # la madre. Esta cuenta será administrada por la demandada, que deberá llevar la oportuna referencia contable, de la que pasará nota al padre al vencimiento de cada semestre. Los gastos extraescolares (que deberán ser concertados de común acuerdo), y los extraordinarios (necesarios, no periódicos e imprevisibles, como los relativos a la sanidad en aquello no cubierto por la seguridad social), serán soportados al 40 % (la madre) y el 60 % (el padre). Se atribuye la administración a la madre para dar continuidad al hecho de que hasta ahora la atención directa de las necesidades escolares viene siendo ejercida por la misma, y ha de seguir manteniéndose esta responsabilidad, aun cuando deba esforzarse en comunicar al padre por medios telemáticos cualquier circunstancia que sea relevante en este campo, entre las que en todo caso ha de ser pactada, **utilizando en su caso los mecanismos de mediación, cualquier decisión sobre cambio de centro educativo.**

El seguimiento de las actividades escolares y de las medidas y actuaciones relativas a la salud del menor deberá ser compartido, con obligación de informarse habitualmente de forma recíproca.

CUARTO.- La estimación parcial de los recursos de ambas partes determina que no proceda especial declaración en cuanto a las costas de la alzada, de conformidad con lo establecido en el artículo 398, en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña Adelina , parte actora, y la impugnación de Don Damaso , parte demandada, contra la Sentencia de fecha 4.12.2010 del Juzgado de 1ª Instancia nº UNO de SABADELL (autos 1.026/2008), sobre divorcio, en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal, debemos REVOCAR PARCIALMENTE la misma en cuanto al sistema de ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, que se mantiene de forma compartida, correspondiendo tener a la madre consigo al menor durante el curso escolar todas las noches de los días domingos, lunes y martes, y al padre las de los miércoles y jueves, los fines de semana y festivos intersemanales se alternarán en el domicilio paterno y materno; las recogidas y entregas del menor serán responsabilidad del padre y se efectuarán en el centro escolar o en el domicilio de la madre, los festivos y domingos, a las 10 horas o a las 21 (recogida o devolución, respectivamente); los periodos vacacionales por mitad, correspondiendo al padre el primer periodo en los años pares y el segundo en los impares; las reglas establecidas lo son con carácter de mínimas y sin perjuicio de que, con criterios de flexibilidad y cooperación en beneficio del hijo, puedan concertar los progenitores acuerdos en beneficio del menor; 2) Cada progenitor atenderá directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijo, y para los gastos de educación, vestido y sanidad no cubiertos por el sistema de la seguridad social, se abrirá una cuenta conjunta que administrará la madre, comunicando los apuntes contables semestralmente al otro progenitor, en la que el padre ingresará mensualmente la cantidad de 250 # y la madre 100 # (con el incremento del IPC anual); los gastos extraordinarios se atenderán al 40 % por la madre y el 60 # el padre; 4) **Todas las decisiones de trascendencia para el hijo se habrán de tomar de forma consensuada, recurriendo a los procedimientos de mediación en caso de desavenencia.** Y debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS en los demás extremos dicha resolución impugnada; y ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1.3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.