



Roj: SAP IB 485/2012
Id Cendoj: 07040370042012100082
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 4
Nº de Recurso: 31/2011
Nº de Resolución: 74/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MIGUEL ANGEL AGUILO MONJO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

APELACIÓN CIVIL; SECCION 4ª

Rollo nº 31/2011

Autos nº481/2009

SENTENCIA NUM. 74/12

ILMOS SRS.

PRESIDENTE:

D. Miguel Ángel Aguiló Monjo

MAGISTRADOS:

Dª. María del Pilar Fernández Alonso

Dª. Juana María Gelabert Ferragut

Palma de Mallorca a diecisiete de febrero de dos mil doce.

VISTOS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos juicio divorcio contencioso y seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº divorcio contencioso, bajo el nº 481/2009, Rollo de Sala nº 31/2011 entre partes, de una como demandada-apelante D. Primitivo , representada por el Procurador D. Miguel Sociás Rosselló, y de otra, como actora, asimismo apelante, Dª. Esther , representada por el Procurador Dª. Amaya Vicens Jiménez, asistidas ambas de sus respectivos letrados D. Jesús Valls Flores y D. Miguel Artigues Fiol. Ha sido parte, apelada en esta alzada, el Ministerio Fiscal.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Aguiló Monjo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma, en fecha 11 de octubre de 2010, se dictó sentencia, cuyo fallo dice: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales Doña Amaya Vicens Jiménez, actuando en nombre y representación de Dña

Esther frente a Don Primitivo , debo declarar y declaro haber lugar al divorcio del matrimonio celebrado en la localidad de Palma de Mallorca en fecha 29 de octubre de 1.999, entre Doña Esther y Don Primitivo , con adopción de las siguientes medidas.- 1.- Se establece un sistema de **custodia compartida** respecto de las menores Nadia y Vera **con intercambio semanal** que se producirá los lunes en el colegio. En el supuesto que el lunes no fuera lectivo, el progenitor al que le corresponda la semana que vaya a comenzar pasará recoger a las menores a las 17 horas en el domicilio en el que las mismas se encuentren.- El progenitor a quien no le corresponda el periodo de estancia semanal disfrutará de la compañía de las menores los **miércoles** desde la salida del colegio hasta las 20 horas, que las reintegrará en el domicilio del progenitor a quien corresponda el disfrute semanal. Si el miércoles indicado fuera festivo o no lectivo el progenitor a quien le corresponda disfrutar de este día puntual recogerá a las menores a las 10 horas en el domicilio materno o paterno, según proceda y

lo reintegrará en los términos antes indicados.- En el supuesto que no pudiera cumplirse la visita intersemanal los miércoles dicha imposibilidad deberá ser preavisada al otro progenitor, cambiándose al martes y en caso de imposibilidad al día que se fije de mutuo acuerdo.- Los progenitores deberán ofrecerse respectivamente un e-mail a través del cual poder verificar las comunicaciones.- Ambos progenitores disfrutarán del día del **cumpleaños de las menores** alternativamente, esto es, los años pares el padre y los años impares la madre, con independencia de con quien se encuentren esa semana las menores, siendo recogidas las menores a la salida del colegio o las 17 horas si no fuera lectivo hasta las 20 horas, que serán reintegradas, en su caso, al domicilio que corresponda.- De igual modo, los progenitores podrán disfrutar de sus **respectivos cumpleaños, así como del día de la madre y del padre**, con las menores desde la salida del colegio o desde las 10 horas si no fuera lectivo hasta las 20 horas, que serán reintegradas, en su caso, al domicilio que corresponda.- En relación a las festividades de **Navidad y Semana Santa** serán repartidas por mitades entre ambos progenitores, eligiendo el padre en los años pares y la madre los años impares.- En relación a las **vacaciones estivales (julio y agosto)** cada uno de los progenitores disfrutará de un periodo continuado e ininterrumpido de quince días con las menores, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares. Esta elección deberá realizarse con al menos un mes de antelación al inicio del periodo estival, en caso contrario, elegirá el otro progenitor.- Ambos progenitores **podrán comunicarse con sus hijas** todos los días en que no estuvieran en su compañía en un horario comprendido entre las 19'30 y las 20'30 horas facilitándose asimismo la comunicación tanto con los progenitores como con sus respectivos **familiares**.- **Se insta a las partes a que acudan a los Servicios de Mediación Familiar de los que dispone el Juzgado en aras a facilitar la custodia compartida que establece. Si las partes tienen interés en acudir a dichos Servicios podrá solicitarlo mediante escrito conjunto dirigido al Juzgado en el que se les proporcionará día y hora para una primera entrevista.**- 2.- Ambos progenitores abonarán los gastos ordinarios (alimentación, medicación ordinaria y ocio) de las menores durante los periodos que las tengan consigo.- 3.- Ambos progenitores procederán a la apertura de una cuenta corriente en la que se domiciliarán los gastos fijos de las menores que se **abonarán por mitades**, ingresando cada progenitor los cinco primeros días de cada mes la suma que sea precisa, en función de las necesidades de los menores.- 4.- Los gastos extraordinarios se satisfarán por partes iguales, conforme al régimen general, con las precisiones siguientes: - Los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores o, en su defecto, hubiesen sido autorizados judicialmente se abonarán por mitades. - Los tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con la autorización supletoria por aquél que determine su realización, si es que el gasto llegase a producirse.- Los gastos extraordinarios reclamados deberá ser justificados oportunamente en cuanto a su importe y a su devengo.- 5.- Don Primitivo abonará a Doña Esther una suma de seiscientos cincuenta euros (650 euros) en concepto de **pensión alimenticia para sus hijas menores**. Esta cantidad se ingresará mensualmente los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que tenga designada o designe la Sra. Esther y se actualizará anualmente conforme al IPC publicado por INE u organismo que puede sustituirle.- 6.- Se atribuye a las menores Nadia y Vera, en compañía de su madre Doña Esther el uso y disfrute del domicilio que fue conyugal y del ajuar doméstico.- 7.- Los gastos que genere el uso y disfrute del domicilio **familiar** deberán ser afrontados por Esther. Los gastos derivados de la propiedad, tales como, la cuota hipotecaria, el seguro del hogar el IBI y los gastos extraordinarios de la comunidad de propietarios deberán ser afrontados por mitades.- 8.- No ha lugar a otorgar la titularidad del 50% de la vivienda **familiar** a la Sra. Esther, al exceder del objeto del presente procedimiento.- 9.- No ha lugar a liquidar y adjudicar los bienes del matrimonio, al exceder del objeto del presente procedimiento.- 10.- Don Primitivo satisfará en concepto de pensión compensatoria para Doña Esther la cantidad de doscientos cincuenta euros (250 euros) durante dos años pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas las cuales se actualizarán cada año con referencia al uno de Enero a las variaciones que experimente el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial equivalente.- Sin expreso pronunciamiento en costas".

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso, tras su preparación, recurso de apelación por la representación de ambas partes, que fueron admitidos y, seguidos los recursos por sus trámites, se presentaron sendos escritos de oposición por las dos partes y, elevados los autos a esta Audiencia Provincial, quedaron concluidos para sentencia.

TERCERO .- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO .- El primer motivo de apelación que debe ser abordado en el presente proceso de divorcio contencioso, es el que se refiere a la guarda y custodia compartida de las hijas menores de los litigantes, que la sentencia de instancia decide, en frente a las medidas provisionales previas adoptadas por auto de 16 de marzo de 2009, por el que se acordaba conceder a la madre la referida guarda y custodia exclusiva, con un limitado derecho de visitas (folio 65 de la pieza de medidas provisionales).

Lo cierto es que la guarda y custodia compartida se encuentra en el caso ajustada a derecho. Es cierto que el sistema de guarda y custodia compartida ha sido mirado, de antaño, con cierto disfavor por doctrina y jurisprudencia y que, tal vez, precisa de una especial colaboración de los progenitores, no en orden a resolver sus conflictos interpersonales, sino en su relación con los hijos. Sin embargo, cual se apuntaba en anteriores decisiones de este mismo tribunal y como se refleja acertadamente en la sentencia combatida, el sistema puede dar buenos frutos en supuestos especiales. Casi no cabe recordar, por obvio y evidente, que la medida que haya que acordarse debe estar dirigida a proteger a los menores y procurar su mayor beneficio. El principio "quasi" universal del "favor filii", la invocación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1.989, ratificada por el Estado Español el 31 de diciembre de 1.990 y el art. 39.4 de la Constitución Española, son cita obligada. Sin embargo, la verdadera dimensión decisoria no es tanto el reconocimiento o recordatorio de los grandes principios sin más, sino descender a su concreción en cada particular conflicto. La especial sensibilidad que el tema suscita, con repercusiones más sociológicas y de orden personal de los afectados, que jurídicas, es la que dota a la materia de dificultad decisoria.

En el recurso interpuesto por la Sra. Esther, precisamente, se invoca el "favor minoris" para descartar, a su juicio, la alternancia en la guarda y custodia, alegando que siempre ha sido ella la que se ha hecho cargo de las niñas, que el Sr. Primitivo ha mostrado desinterés en su atención, incluso desde el dictado del auto de medidas provisionales; que el horario laboral de éste no le permite atender a las menores, pues está sujeto a llamadas de urgencia inmediatas, dada su profesión y que, además, la relación entre los progenitores está profundamente deteriorada, lo que dificulta o impide la guarda y custodia compartida que se discute.

Para justificar el alegato, se argumenta que la sentencia de instancia ha incurrido en error en la valoración de la prueba y error, atribuido al perito, en los datos objetivos sobre el que se sustenta el informe psico-social obrante en autos, dando por sentado que su apreciación es la correcta y que es la que mejor favorece los intereses de la menor.

Y, sin embargo, el informe del psicólogo adscrito al Juzgado de Familia nº 16 de procedencia (folios 583 y ss.), de cuya objetividad inicial no puede dudarse, es exhaustivo, sin dejar de mencionar los datos, afirmaciones, sentimientos tanto de los litigantes como de los menores en toda su extensión comunicada y filtrada técnicamente, dando su opinión profesional fundamentada, siendo así que en sus últimas valoraciones concluye que "una custodia y custodia compartida puede ser la mejor opción". La misma opinión comparte el Ministerio Fiscal, que en el acto de la vista interesó la guarda y custodia compartida, como finalmente fue acordada.

La medida que se analiza, por tanto, cuenta con avaluos sólidos en los que sustentar una decisión judicial, sin que frente a ella puedan oponerse, meras apreciaciones particulares, en este caso sí subjetivas y emocionales, sin que se considere necesario profundizar en la constancia de datos que ya vienen previamente acreditados en autos, añadiéndose "ex abundantia" que los horarios labores de los progenitores no imposibilitan la guarda compartida, pues ambos cuentan con apoyos **familiares** para cubrir sus posibles ausencias, como sucede, por otra parte, en la mayoría de las familias estructuradas, aunque precisen de ayuda externa o extensa ocasional.

El motivo de apelación analizado debe, pues, ser desestimado.

SEGUNDO .- También discute la Sra. Esther la cuantía de la pensión alimenticia a cargo del padre, partiendo de la consideración, como premisa inicial, de que la guarda y custodia de las menores debe serle atribuida, de modo que se interesa que dicha pensión sea elevada desde los 650 €/mes a 1.000 € mensuales, a razón de 500 € por hija.

La primera condición que falla en el argumento es que se mantiene en la presente resolución la guarda y custodia compartida. Pero es que, asimismo, esta cuestión enlaza con el recurso autónomo de apelación interpuesto por el Sr. Primitivo. Se dice en dicho escrito por el Sr. Primitivo que, a tenor de lo resuelto en la instancia, debería abonar 650 € de alimentos, 250 € de pensión compensatoria, la mitad de la hipoteca de la casa, la mitad del IBI y demás impuestos, ingresar en la cuenta común de las niñas los gastos comunes y mantenerlas cuando se encuentren a su cuidado. Al mismo tiempo se razona que los emolumentos que la sentencia de instancia atribuye al demandado-recurrente en el año 2009 no ascendieron a 45.079'98 € según

se señala en el certificado de la empresa pagadora INAER o su equivalente de 3.770 €/mes aproximadamente, y que se toma en consideración en dicha resolución, pues se trata de ingresos en bruto, resultando -se dice- que descontadas las retenciones de Seguridad Social y Hacienda, la cifra en neto que percibe es de 2.400 €, sensiblemente inferior a la reflejada en la sentencia combatida. También se alega que los ingresos de la Sra. Esther se han dejado establecidos en unos 800 a 1.000 € al mes con sólo su declaración y reconocimiento con ocasión de su interrogatorio en juicio.

Dichas consideraciones llevan al actual recurrente a interesar que la pensión alimenticia se reduzca a 300 € al mes, por cierto superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal de 200 € mensuales. A lo anterior cabe añadir que la concesión del uso de la vivienda que fue conyugal se atribuye a las menores y a la madre, cuestión no controvertida por asumida, que se le denegó a la misma el otorgamiento de su titularidad al 50 % y que se impone, asimismo, al demandado el abono de la mitad de los gastos extraordinarios que pueda girar la comunidad de propietarios.

Conjugando todos los anteriores elementos de hecho probados y su co-relación interna, procede estimar el motivo de apelación del Sr. Primitivo y, consecuentemente, desestimar el de la Sra. Esther, fijando definitivamente la cuantía de los alimentos discutidos en la cifra de 300 € al mes ofrecida por el demandado-apelante.

TERCERO .- Queda por resolver el tema de la pensión compensatoria a favor de la actora y por importe de 250 €/mes por el plazo de dos años, según decisión de la sentencia de instancia. También en esta cuestión los recursos de ambas partes se entrecruzan, pues, mientras la Sra. Esther entiende que tiene derecho a una pensión compensatoria de 600 € al mes, con un mínimo de cinco años, el Sr. Primitivo sostiene que no ha lugar a su otorgamiento, pues no hay prueba alguna del supuesto desequilibrio económico tras el divorcio que la propiciaría y que -además- la demandante renunció a su percepción, como se expone en el Auto de medidas previas a la demanda de 16 de marzo de 2009.

No se trata ya de la salvaguarda de intereses públicos, sino de relaciones de índole privada, pero lo cierto es que no puede ampararse el demandado en una renuncia a la pensión que no fue objeto de análisis en el auto referido por no constar en el acuerdo aprobado ni ser posible su estudio en sede de medidas previas, dada la naturaleza de las mismas.

Llagados a este punto, se considera que la solución adoptada en la sentencia recurrida es mesurada, razonable y ajustada a los parámetros de hecho ya anteriormente descritos, de modo que no procede su modificación ni por su aumento ni por su negación, tal como contradictoriamente solicitan las partes.

Ambos motivos cruzados de apelación deben, consecuentemente, ser desestimados.

CUARTO .- En materia de costas, dada la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto por D^a. Esther, se le impondrán las ocasionadas a su instancia en este segundo grado jurisdiccional.

No ha lugar a especial pronunciamiento en costas de la alzada por el recurso de D. Primitivo, que parcialmente se acoge.

FALLAMOS

1) **ESTIMANDO en parte el RECURSO DE APELACION** interpuesto por el Procurador D. Miguel Sociás Rosselló, en nombre y representación de D. Primitivo, contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 2010, dictada por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera instancia nº 16 de Palma, en los autos Juicio divorcio contencioso de los que trae causa el presente Rollo, **DEBEMOS REVOCARLA** y la **REVOCAMOS** en el siguiente sentido:

A) Se mantiene el régimen de guarda y custodia compartida acordado en la sentencia de instancia y discutido de adverso.

B) Se fija en 300 € al mes la cantidad que el Sr. Primitivo debe satisfacer en concepto de pensión por alimentos a favor de sus hijas.

SENTENCIA NÚM. 74/12

C) Se mantiene la cuantía y plazo de la pensión compensatoria señalada a cargo del Sr. Primitivo y a favor de la Sra. Esther en la sentencia combatida, negada en el actual recurso.



2) **DESESTIMANDO EL RECURSO APELACIÓN** interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Amaya Vicens Jiménez, en nombre y representación de D^a. Esther , contra la sentencia indicada **DEBEMOS CONFIRMARLA Y LA CONFIRMAMOS** en todos los extremos por el mismo afectados.

3) Se imponen a D^a. Esther las costas ocasionadas en este segundo grado jurisdiccional por su propio recurso.

No ha lugar a especial pronunciamiento sobre las costas del recurso interpuesto por D. Primitivo que parcialmente se acoge.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ