



Roj: SAP T 391/2012  
Id Cendoj: 43148370012012100114  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Tarragona  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 87/2012  
Nº de Resolución: 137/2012  
Procedimiento: Incidente  
Ponente: ANTONIO CARRIL PAN  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**TARRAGONA**

**SECCION PRIMERA**

**ROLLO NUM. 87/2012**

**DIVORCIO NUM. 1/2011**

**TORTOSA NUM. TRES**

**SENTENCIA NUM. 137/12**

**ILTMOS. SRES.:**

**PRESIDENTE**

**D. Antonio Carril Pan**

**MAGISTRADOS**

**D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Aguilar Vallino**

**D. Manuel Díaz Muyor**

En Tarragona, a 13 de abril de 2012.

Visto ante la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por Moises , representado por la Procuradora Sra. Muñoz y defendido por el Letrado Sr. Aixalá Olles, en el Rollo nº 87/2012, derivado del procedimiento de Divorcio nº 1/2011 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Tortosa, al que se opuso Valentina , representada por el Procurador Sr. Farré y defendida por la Letrada Sra. Sanz Canto, siendo parte el Ministerio Fiscal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Teresa Garrigosa, en nombre y representación de Dña. Valentina , debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio celebrado entre Dña. Valentina y D. Moises , con todos los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento, entre ellos, el de la disolución del régimen económico matrimonial, rigiendo las siguientes medidas:

- 1) El uso de la vivienda **familiar** corresponde a D. Moises .
- 2) La patria potestad sobre la menor Janira corresponde a ambos progenitores.

La guarda y custodia de la menor corresponde a la madre, la Sra. Valentina .

- 3) En cuanto al régimen de visitas en favor del padre, éste tendrá derecho a tener consigo a la menor los fines de semana alternos recogiénola a las 19:30 horas de la tarde del viernes en el domicilio materno y reintegrándola al mismo a las 19:30 horas del domingo. El padre podrá permanecer con la menor un día a

la semana, el miércoles, recogiénola a la salida del colegio y reintegrándola a las 19:30 horas al domicilio materno.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos mitades: 1º) de las 19:30 horas del día 23 de diciembre a las 19:30 horas del día 30 de diciembre, 2º) de las 19:30 horas del día 30 de diciembre a las 19:30 horas del día 6 de enero.

Las vacaciones de Semana Santa se dividirá en dos mitades: 1º) de las 19:30 horas del viernes anterior al domingo de ramos hasta las 19:30 del miércoles santo, 2º) de las 19:30 horas del miércoles santo hasta el lunes de pascua a las 19:30 horas.

En cuanto a las vacaciones que comprenden la "semana blanca", la menor permanecerá alternativamente un año con cada progenitor.

En cuanto a las vacaciones estivales, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas, permaneciendo la menor alternativamente con cada progenitor.

Para la elección de los anteriores periodos vacacionales, los años pares escogerá la madre y los impares el padre.

Durante los periodos vacacionales en que la menor deba estar con la madre quedará en suspenso el régimen de visitas de fin de semana a favor del padre antes señalado.

La madre facilitará la comunicación fluida de la hija con el padre, bien sea telefónica o por cualquier otro medio electrónico o audiovisual, respetando las horas de descanso de la menor, estableciendo como hora límite las 21 horas.

Ambos progenitores facilitarán la comunicación de la hija con el progenitor en los periodos vacacionales referidos, pudiendo comunicar con ésta diariamente de forma telefónica, electrónica o audiovisual.

En el caso de que la hija se encontrara enferma o accidentada sin poder salir del domicilio **familiar**, el progenitor que no tenga en ese momento a la menor viviendo con él podrá visitarla en el domicilio donde se encuentre, días alternos de 17 a 20 horas.

Cualquier cambio de domicilio de cualquiera de los progenitores deberá ser notificado al otro progenitor, a efectos de llevarse con normalidad el régimen de visitas de la hija.

4) En cuanto a los alimentos en favor de la hija menor, se fija en trescientos euros mensuales (300.- euros), que el padre deberá abonar a la madre durante los cinco primeros días de cada mes, ingresando dicho importe en la cuenta bancaria que designe la Sra. Valentina . La pensión de alimentos se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo.

En cuanto a los gastos extraordinarios (gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, gastos escolares extraordinarios, ...) serán abonados por mitad, debiendo el progenitor custodio presentar las facturas correspondientes al progenitor no custodio.

No ha lugar a expreso pronunciamientos en costas".

**SEGUNDO.-** Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por Moises en base a las alegaciones que son de ver en el escrito presentado.

**TERCERO.-** Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formularan adhesión o se opusieran al mismo, por Valentina y el Ministerio Fiscal se interesó la desestimación del recurso.

**CUARTO.-** En la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Antonio Carril Pan.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La apelación se alza contra la desestimación de la pretensión de fijar la custodia compartida respecto de la hija de los litigantes, y lo hace invocando error en la apreciación de la prueba.

**SEGUNDO.-** Invoca la apelación la procedencia de la aplicación del CCC, lo que trata de fundamentar en la opinión de que la aplicación se determina no en atención a la interposición de la demanda sino al tiempo de dictar la sentencia, postura que choca con lo dispuesto expresamente en la Disposición Transitoria Tercera del referido texto legal, en la que se establece que los procesos matrimoniales iniciados antes de la entrada

en vigor de la presente ley se aplica la normativa vigente en el momento de iniciarlos, remitiendo la posibilidad de aplicación del nuevo texto al acuerdo de las partes manifestado en el momento procesal oportuno, y siendo que el presente procedimiento se inicia el 30 de diciembre de 2010, por tanto antes de la entrada en vigor del CCC, que tuvo lugar el 1 de enero de 2011, tal y como se dispuso en su Disposición Final 5ª, es manifiesto que, pase a la opinión del apelante, la presente litis ha de resolverse con arreglo a la legislación vigente al tiempo de iniciarse, es decir el C de F, lo que bien pudo tener en consideración el apelante ya que el texto y la entrada en vigor del CCC era conocida desde su publicación en el DOGC de 5/8/2010.

**TERCERO.-** Para resolver debemos partir, como ya hemos señalado en anteriores resoluciones, de que el principio rector de la decisión relativa a la modalidad de guarda y custodia ha de ser el interés del menor, representado por el logro de la formación integral de su personalidad, atendida en función de sus aptitudes morales, intelectuales o físicas, de tal modo que en supuestos de divorcio las obligaciones de los padres, comprendidas en la potestad parental, en lugar de reducirse tienden a aumentar en función de la nueva situación no deseada y, generalmente, rechazada por los hijos, lo que tiende a originarles problemas psicológicos, morales o afectivos que han de motivar la adecuada atención y tratamiento por sus progenitores, atendiendo a las características personales de los menores, dentro de las que han de tener una especial consideración la edad, pues si una corta edad puede requerir la necesidad de una mayor estabilidad emocional, la adolescencia requerirá de una mayor libertad, debiéndose prestar una especial atención a la voluntad de los menores, especialmente en función de la entidad de la edad y del grado de madurez del menor, atención que se ha patentizado a través de su derecho a ser oídos, consagrados en diversas disposiciones legales, como el art. 9 de la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor o el vigente art 233-11.e del CCC, que fija como criterio para determinar el régimen y la forma de la guarda a la opinión expresada por los hijos.

Por lo que se refiere al ejercicio conjunto de la guarda de los menores el criterio señalado por el TSJC en su sentencia de 20/12/2010, es que: "La jurisprudencia de esta Sala ha declarado -SSTSJC 29/2008, de 31 de julio , 24/2009, de 25 de junio , 9/2010, de 3 de marzo y 10 /2010, de 8 de marzo , entre otras- que es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra pues es el interés del menor el criterio preferente".

La misma sentencia añade: "Y declaramos en las SSTSJC 9 /2010, de 3 de marzo y 10/2010, de 8 de marzo , que el interés del menor, por tratarse de un concepto indeterminado y no establecer nuestra legislación pautas uniformes y generales - no se encuentra entre aquéllas de derecho comparado que ofrecen lista de criterios referenciales para su identificación- habrá de valorarse en cada caso sobre la prueba practicada en los autos, dando preferencia a los acuerdos de los progenitores siempre que sean respetuosos con el interés de los hijos y atendiendo, a falta de acuerdo, a las relaciones interparentales y valoración de sus capacidades, sin perjuicio de considerar la voluntad del menor cuando contiene suficiente uso de razón. Asimismo, hemos declarado que la guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos - SSTSJC 29/2008, de 31 de julio , 24/2009, de 25 de junio , sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implementación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la **mediación familiar** o terapias educativas ( art. 79.2 CF ), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre presente el preferente interés de los menores".

Atendiendo a lo referido, nos encontramos que la estereotipada y genérica exposición efectuada por la apelación no anula la conclusión expresada por la sentencia de instancia relativa a la falta de prueba de las condiciones que justifiquen la adopción de la custodia compartida, y menos aun anulan la realidad resultante de la prueba pericial aportada a los autos que pone de manifiesto la falta de empatía del apelante y de su hija, con un cierto temor o rechazo por parte de la menor que justifican la no adopción de la modalidad de custodia pretendida, siendo de destacar, al respecto de dicha prueba, que en el ámbito de los procesos de familia la prueba no se rige por las reglas comunes sino por las propias del art. 752 de la LEC , tal y como señala, entre otras, la sentencia del TS de 2/11/2011 , según la que "la regla de la prueba presenta una excepción en el art. 752 LEC , que evita la aplicación en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, del art. 271.1 LEC y del propio art. 460 LEC , dada la naturaleza del objeto del proceso. De este modo, el art. 752.1



LEC contiene reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales, que son: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) que el Tribunal decreta de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.

**CUARTO.-** Respecto de la pretensión subsidiaria de que las vacaciones de Semana Santa sean atribuidas en su integridad por años sucesivos a cada uno de los progenitores, carece de fundamento y restringe la relación de la menor con los progenitores, por lo que no merece estimación.

**QUINTO.-** Pretende el apelante la reducción de la pensión de alimentos para la hija de 300 a 250.-euros, lo que se rechaza dado que la pensión debe fijarse en atención a que la vivienda **familiar** le fue atribuida al padre, por lo que es preciso que se incremente la prestación en orden a proporcionar a la menor una vivienda adecuada, al ser ese uno de los derechos integrados dentro del concepto de alimentos, como se deriva de los arts. 143 y 259 del C de F.

**SEXTO.-** Que la desestimación del recurso planteado obliga a hacer imposición de costas al apelante por disposición del art. 398 de la L.Enj.Civil.

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

#### **FALLAMOS:**

Que declaramos **NO HABER LUGAR** a la apelación interpuesta por Moises contra la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2011, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Tortosa , cuya resolución confirmamos, con imposición de costas al apelante.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.