



Roj: SAP IB 1219/2012
Id Cendoj: 07040370042012100274
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 4
Nº de Recurso: 59/2012
Nº de Resolución: 238/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA PILAR FERNANDEZ ALONSO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00238/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE PALMA DE MALLORCA

Rollo: RECURSO DE APELACION 59 /2012

SENTENCIA NUM. 238/12

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Miguel Ángel Aguilo Monjo

MAGISTRADOS

Dña. María del Pilar Fernández Alonso

D. Miguel Álvaro Artola Fernández

En Palma de Mallorca, a veinticinco de mayo de dos mil doce.

VISTOS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos **Modificación de Medidas** paterno-filiales, seguidos por el **Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Palma**, bajo el **Nº 469/2011**, Rollo de Sala nº 59/2012, entre partes, de una como **demandante-apelante**, D. Mariano, representada por la Procuradora Sra. Matilde Segura Seguí, y de otra, como **demandada-apelante**, Dª Candida, representada por el Procurador Sr. Sastre Santandreu, asistidas ambas de sus respectivas Letradas, Dña. Elena Agote Diez y Dª Consuelo Pau Pérez.

Es parte el MINISTERIO FISCAL.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María del Pilar Fernández Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma, en fecha 23.7.2011, se dictó sentencia, cuyo fallo dice: "Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Dª Matilde Teresa Segura Seguí, en nombre y representación de D. Mariano contra Dª Candida, en solicitud de modificación de medidas relativas a la guarda y custodia del menor Adrián y a la pensión alimenticia que se fijaron en las Sentencias de 7 de marzo de 2006 y de 30 de octubre de 2007, deben hacerse las siguientes modificaciones:

Se acuerda la guarda y custodia compartida del menor Adrián que se llevará a cabo de la siguiente manera: el menor estará con su padre los lunes y los martes pernoctando con el menor y la madre el miércoles desde la salida del colegio o desde las 10 horas 30 minutos que lo recogerá en el domicilio del padre si no fuera lectivo el miércoles hasta el sábado. Alternarán los fines de semana, de manera que el fin de semana

que le corresponda a la madre lo recogerá el viernes a la salida del colegio y si le correspondiera al padre éste acudiría al domicilio de la madre el sábado a las 10 horas 30 a recogerlo, los fines de semana se alternarán entre padre y madre comprendiendo del sábado hasta el lunes que acompañarán al menor quien lo tenga ese fin de semana al colegio. Si el lunes fuera no lectivo y el domingo hubiera pernoctado con la madre, el padre lo recogerá a las 10 horas 30 en el domicilio materno.

Las vacaciones escolares del hijo en los periodos de Navidad, Semana Santa, semana blanca se disfrutarán por mitades, eligiendo los años impares el padre y los pares la madre. Las vacaciones de verano de julio y agosto serán disfrutadas por mitad entre ambos progenitores, por quincenas alternativas correspondiendo, salvo acuerdo en otro sentido, a la madre elegir el periodo en que el niño esté en su compañía, en los años pares, y al padre, en los años impares. El progenitor que no tenga al hijo en su compañía tendrá derecho a estar con él los miércoles desde las 16 hasta las 21 horas salvo viaje del niño. Los días de vacaciones de junio y septiembre se regirán igual que el resto del año.

Se acuerda que el Sr. Mariano abonará la cantidad mensual de 200 euros que serán pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas, cantidad que administrará la Sra. Candida y que será ingresada en la misma cuenta que en su día designó la Sra. Candida. Dicha cantidad será incrementada anualmente el día 01 de enero, de conformidad con el porcentaje de la variación del índice general nacional de precios al consumo.

Cada litigante sufragará las costas causadas a su instancia, siendo sufragadas las comunes por mitad de guales partes entre ambos litigantes."

En fecha 26/09/2011, se dictó Auto aclaratorio de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva, es del tenor literal siguiente: "SE ACUERDA: Aclarar la sentencia en los siguientes términos:

A) En períodos vacacionales el progenitor que no tenga al menor consigo podrá comunicarse con el hijo cada día en una franja horaria de las 19 horas a las 20 horas, debiendo las partes facilitar número de teléfono a través del cual se llevará a cabo dicha comunicación y facilitar la misma.

B) Las partes deberán comunicarse con 15 días de antelación el periodo vacacional elegido.

C) En cuanto al resto de lo pedido, al no haberse modificado en la sentencia de fecha 23 de julio, ha de entenderse vigente lo acordado en sentencia de fecha 30 de octubre de 2007."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes litigantes y, seguido el recurso por sus trámites, quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo, con arreglo al turno establecido correspondiente.

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 .- La sentencia dictada en primera instancia sobre modificación de medidas paterno filiales, aclarada por auto posterior, y cuyo fallo ha quedado transcrito en los precedentes antecedentes de hecho, es recurrida en apelación tanto por el padre actor, como por la madre demandada, esta última mostrando su disconformidad con la denominación de custodia compartida considerando que no merece tal calificación dos días intersemanales y la mitad del tiempo libre; que no se ha demostrado con dos pernoctas intersemanales sea lo más beneficioso para el menor, y que existe una mala relación entre los padres que impide la colaboración y comunicación entre ambos, considerando que debe mantenerse el anterior régimen de custodia materna que si se ha mostrado mas beneficioso para el menor, así como la pensión alimenticia que las partes pactaron en su integridad y no rebajarse a 200 euros mensuales.

El padre, Sr. Mariano, apela la sentencia con la única pretensión de que se declare la extinción de la pensión alimenticia teniendo en cuenta el establecimiento de una guarda y custodia compartida, la capacidad económica de cada progenitor y la cargas que soportan, abonando cada uno los gastos del menor cuando esta en su compañía.

SEGUNDO .- Pues bien, en realidad el recurso del madre viene a oponerse, tal y como declaro en el acto de interrogatorio, a que padre e hijo pueda estar juntos durmiendo entre semana. Esta oposición no viene avalada por medio de prueba que lo ponga de manifiesto. La falta de comunicación entre los padres no puede erigirse en obstáculo que impida el establecimiento de guarda y custodia compartida, pues si bien sería deseable una relación fluida y buena entre los progenitores, lo cierto es que las mayores dificultades

que puede representar también se dan en el supuesto de guarda y custodia exclusiva por uno solo de los progenitores, en este caso de la madre.

Las relaciones entre estos dos progenitores nunca fue de estrecha colaboración, hasta el punto que el padre hubo de interponer demanda para que le fuera reconocida su paternidad sobre el niño y para el establecimiento de un régimen de visitas a fin de acercar al padre y al hijo.

A este respecto se ha de considerar, siguiendo la doctrina consolidada del TSJ de Cataluña (SSTJJ Cataluña de 16.6.2011, 25.6.2009 y 31.7.2008) que cualquier grado de conflictividad no puede excluir a priori el ejercicio conjunto, sin procurar su implantación cuando resulta beneficiosa para los hijos, aun cuando sea imponiendo en determinados casos la mediación o terapias educativas (artículo 79.2 CF).

Evidentemente lo deseable es que haya un grado de comunicación óptimo entre el actor y la demandada en todo aquello que afecta al bienestar de Adrian, mas no es suficiente aludir a la mala relación si no se analiza en qué medida la inexistencia de cauces normalizados para cumplir las obligaciones compartidas sean responsabilidad de la actitud intransigente de uno u otro, ni en qué grado tal incomunicación puede afectar al ejercicio de la responsabilidad parental conjunta. En todo caso corresponde a la parte que alega el perjuicio para los hijos la carga de la prueba de que existen razones constatadas de que la guarda conjunta puede ser perjudicial para los mismos.

La doctrina general sobre la custodia de los hijos tras la separación o el divorcio es la recogida por el Tribunal Supremo en la nº 623/2009, de 8 de octubre . Esta resolución, unificadora de los criterios dispersos hasta ese momento, marca un punto de inflexión en la materia desde que entrara en vigor la Le 15/2005, que introdujo la custodia compartida en el ordenamiento español, y destaca que el punto de vista esencial para determinar la modalidad de ejercicio de la guarda ha de ser el del superior interés del menor, recogido en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y en los sucesivos textos legales que han desplazado las consideraciones de otra índole, ante el esencial eje de toda decisión administrativa o jurisdiccional en la materia.

En la actualidad, Adrian, cuenta con 7 años de edad, en cuanto nacido el día NUM000 del año 2004, y ha venido aumentado sus estancias con el padre de forma progresiva, disfrutando de un amplio régimen de visitas con su padre que en modo alguno consta resulte perjudicial para el niño, consistente en dos tardes a la semana hasta las 20h, los fines de semana alternos desde el sábado a las 10h hasta el lunes por la mañana y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano así como comunicarse con el menor cada día en la franja horaria comprendida entre las 19 y 20 horas, por cualquier medio de comunicación existente vía internet, telefónica, etc.

La idea que preside la adopción de cualquier medida que se adopte respecto a los hijos en los supuestos de crisis matrimonial, es el interés del menor, principio del favor filii recogido en nuestro ordenamiento jurídico art92 CC 32 ce y en normas internacionales

Todas estas consideraciones las hacemos para poner de relieve que es el interés de los menores y no la conveniencia de los padres lo que ha de primar al resolver los temas relacionados con su guarda, visitas y alimentos.

Asegurar una forma de guarda y custodia lo más equilibrada posible que garantice el más adecuado desarrollo psíquico y social de los menores, sobre todo cuando empiecen a tomar conciencia de la ruptura de la vida familiar, es tarea que deben perseguir los Tribunales. Los padres, en muchas ocasiones, parecen olvidar que, tanto desde el punto de vista ético, como legal, las medidas que se adopten en los casos de que éstos vivan separados con respecto al cuidado y educación de los hijos han de ser en beneficio de ellos; lo esencial no son los intereses de los padres, sino los de los hijos.

Teniendo en cuenta estas premisas básicas, la no constancia en autos de causa alguna que impida o dificulte, en atención al interés de Adrian, un mayor contacto y participación en la vida diaria de su padre, estando apoyada la petición de este por el Ministerio Fiscal, requisito preceptivo ex art. 92 cc , debe confirmarse la decisión judicial de guarda y custodia compartida, que no supone necesaria e imperativamente una distribución igualitaria de los tiempos de estancia de ambos progenitores con el hijo o hijos.

TERCERO .- Hasta el dictado de la sentencia que nos ocupa, el padre venia abonando a la madre custodia una pensión de alimentos de 250 euros al mes. La sentencia recurrida rebaja dicha suma hasta los 200 euros mensuales. El padre esta disconforme con este pronunciamiento y solicita formalmente la extinción de la citada pensión.

En realidad, la pensión de alimentos no puede ser extinguida dada la minoría de edad del hijo, siendo no solo un deber moral sino también legal prestarlos a los hijos menores y aun mayores de edad cuando no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable (art. 142 cc). Lo que pretende el padre es que cada progenitor sufrague los gastos del hijo mientras lo tenga en su compañía.

Los ingresos de ambos progenitores son diferentes, el padre dispone de un sueldo fijo todo el año como funcionario de prisiones, sueldo que en año de unos 1800 euros netos al mes, mas dos pagas extraordinarias.

La madre, por el contrario trabaja en hostelería como fija discontinua durante unos seis meses al año, con salario de 1089 euros mensuales, y el resto del año percibe prestaciones por desempleo.

La vivienda de la madre es de su propiedad exclusiva y esta gravada con una hipoteca. Los dos litigantes conviven en la actualidad con su nueva pareja.

El tiempo de estancia con el hijo es mayor en el caso de la madre.

Todo lo precedentemente relatado justifica, a juicio de esta Sala, el mantenimiento a cargo del padre de una pensión de alimentos en la cuantía dicha de 200 euros mensuales.

CUARTO .- Con respecto a las costas no procede hacer especial pronunciamiento sobre las causadas por ninguno de los dos recursos pese a su desestimación, dada la especial materia sobre la que recaen (Art. 398 Lec).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1) **Desestimar los RECURSOS DE APELACION** interpuestos por los Procuradores Sres. Matilde Segura Seguí y José Luis Sastre Santandreu, en nombre y representación de don Mariano y doña Candida , respectivamente, contra la sentencia de fecha 23.7.2011 , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma, en los autos Juicio Modificación de Medidas paternofiliales, de los que trae causa el presente Rollo , **DEBEMOS confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos.**

2) No se hace especial pronunciamiento sobre costas en esta alzada.

RECURSOS.- Conforme al art. 466.1 L.E.C . 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer al recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de **veinte días** a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal, en virtud de la reforma introducida por la Ley 37/2011 de 10 de octubre.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D^a María del Pilar Fernández Alonso, Ponente que ha sido de la misma en este trámite, en el mismo día de su audiencia pública, que certifico en Palma de Mallorca, a 25 DE MAYO DE 2012.