



Roj: SAP B 9671/2014 - ECLI:ES:APB:2014:9671
Id Cendoj: 08019370182014100580
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 18
Nº de Recurso: 620/2013
Nº de Resolución: 598/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA JOSE PEREZ TORMO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA N. 598/14

Barcelona, quince de septiembre de dos mil catorce
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez

María José Pérez Tormo (Ponente)

Maria Dolors Viñas Maestre

Rollo n.: 620/2013

Proceso sobre: Divorcio contencioso (Art.770 - 773 LEC nº 771/2011

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Terrassa

Apelante: Eladio

Abogado: Manuel Jurado Navarro

Procurador: Manuel Sugrañes Perotes

Impugnante: Luisa

Abogado: M^a Dolores Brocal Rodergas

Procurador: M^a Paz López Lois

y el Ministerio Fiscal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La parte dispositiva de la sentencia Apelada de fecha 15-01-2013 es del tenor literal siguiente: " FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora D^a Agnès Dagnino Puig, en nombre y representación de D. Eladio , contra D^a Luisa , debo declarar y declaro la **disolución por divorcio del matrimonio contraído** por los litigantes el 9 de enero de 2010 en Sabadell, con todos los efectos legales inherentes y, en especial los siguientes:

1.- Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores de edad, Otilia y Raquel , a D^a Luisa , si bien la potestad continuará siendo de titularidad y ejercicio conjuntos del padre y de la madre.

2.- Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con las hijas el derecho de visitarlas, comunicar con ellas y tenerlas en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres, procurando el mayor beneficio de las menores; y en caso de desacuerdo, y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos:

a) tener consigo a las hijas menores desde las 17 horas del domingo hasta las 19,30 horas del lunes, de forma alterna, debiéndolas recoger y reintegrar en el domicilio materno.

b) dos días intersemanales -martes y jueves-, desde la salida del colegio de Otilia o desde las 17 horas respecto de Raquel , hasta las 19,30 horas, en que las reintegrará en el domicilio materno.

3.- La vivienda familiar, sita en la CALLE000 , nº NUM000 de Vacarisses, y de los objetos de uso ordinario en ella se atribuyen a D^a Luisa , pudiendo el otro cónyuge retirar de la misma sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia.

4.- En concepto de alimentos D. Eladio abonará a D^a Luisa la cantidad total de quinientos euros (500#) mensuales para las hijas, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe la esposa a tales efectos.

Dicha cantidad será actualizada con efectos de primero de enero de cada año de acuerdo con la variación experimentada por el índice general de precios de consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

5.- Los gastos extraordinarios tanto de carácter médico o quirúrgico y demás de salud no cubiertos por la Seguridad Social o mutua privada, así como todos los gastos extraordinarios, no periódicos y que sean necesarios o consensuados por ambas partes, serán abonados por mitad entre los progenitores, sin necesidad de consentimiento previo, bastando la comunicación posterior. El progenitor que satisfaga la totalidad del gasto habrá de justificarlo documentalmente con aportación de copia de la factura o recibo del importe satisfecho, a fin de que el otro progenitor liquide el porcentaje establecido.

Igualmente las actividades extraescolares o complementarias, como colonias, excursiones, actividades educativas y las demás excluidas de la enseñanza reglada serán satisfechas por ambos litigantes por mitad, previo acuerdo sobre la realización de las mismas, decidiendo, en caso de discrepancia, la Autoridad Judicial, sin ulterior recurso.

La presente sentencia una vez que sea firme ha de producir la disolución del régimen económico matrimonial.

No procede acordar ninguna otra medida ni hacer expresa condena en costas".

SEGUNDO .- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria, que impugnó asimismo la resolución, habiéndose opuesto al recurso el Ministerio Fiscal , y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO .- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 09/09/2014.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a los de la presente.

PRIMERO .- Recurre el Sr. Eladio la sentencia de primera instancia que además del divorcio entre las partes, ha acordado atribuir a la madre la guarda y custodia de las dos hijas comunes con un régimen de visitas paternofamiliar que estima exiguo; el uso de la vivienda familiar a favor de la progenitora custodia sin fijar a su favor el uso del garaje de la vivienda, y a cargo del padre una pensión alimenticia para las dos hijas comunes de 500 euros al mes.

Solicita el actor en su recurso que se establezca de forma compartida la custodia de las menores con distribución de la vivienda de forma alterna entre los progenitores cuando tengan a las menores bajo su custodia. Subsidiariamente, para el caso de que se mantenga la guarda materna solicita que se amplíen las visitas paternofiliales, se le atribuya el uso del garaje de la vivienda familiar y se cuantifique su aportación a los alimentos de las menores en 150 euros mensuales para cada una de ellas.

La Sra. Luisa impugna la sentencia y solicita que no se fijen pernoctas en el régimen de visitas paternofamiliar en tanto el padre no disponga de una vivienda en condiciones para tener consigo a las menores. Propone un régimen de visitas para el período anterior a los tres años de la hija Raquel , que ahora ha sido superado pues la menor tiene ya 4 años, y otro mas amplio a partir de aquella fecha, que incluye pernoctas siempre que el padre disponga de una vivienda en condiciones de habitabilidad para las menores y siempre que no sea perjudicial para ellas, y el reparto de las vacaciones estivales que la sentencia no había previsto; solicita que la pensión alimenticia a cargo del padre se aumente a 800 euros al mes, y que las colonias,

excursiones escolares y actividades extraordinarias se sufraguen en un 60% por el padre y el 40% por la madre, previo acuerdo de las partes.

SEGUNDO .- La solicitud de guarda y custodia compartida que solicita el Sr. Eladio debe ser desestimada.

Como se ha señalado de forma reiterada por esta Sala, la primacía del interés superior de las menores debe prevalecer sobre cualquier otro interés concurrente, y sobre el de los progenitores,

El Libro II del Código Civil de Cataluña entre los criterios a ponderar para atribuir la guarda de las hijas comunes establece en el artículo 233-11 : a) La aptitud y la disponibilidad de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y cooperar con el otro para garantizar la máxima estabilidad al hijo o hija; b) Los deseos expresados por el hijo o hija mayor de 12 años o menor si tiene suficiente conocimiento; c) La viabilidad de la guarda compartida, teniendo en cuenta la ubicación de los respectivos domicilios de los progenitores, los horarios y actividades del hijo o hija, los horarios y actividades de los progenitores y sus medios económicos; d) Los acuerdos de los progenitores, anteriores a la ruptura, sobre la guarda del hijo o hija.

El criterio del TSJC en sentencia de fecha 31 de julio de 2008, entre otras, ha señalado que en la aplicación de la custodia "habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como 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 similares."

Y el Tribunal Supremo ha señalado que deben tenerse en cuenta entre otros criterios, la edad de los menores, la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado de los hijos antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores, las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado, 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 que se aporten y, en definitiva, cualquier otro dato que permita a los menores una vida adecuada en orden a su desarrollo integral.

De todo ello se concluye que el sustrato o denominador común de todos los criterios o factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, no es otro que la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto y que para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento, así como la posibilidad de establecer una dinámica u organización lo mas similar posible, con preservación de los intereses de los menores, para lo que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos.

Debe recordarse que la guarda y custodia compartida no implica el reparto igualitario del tiempo de los hijos comunes, sino que se precisa un plus en el reparto de las responsabilidades parentales siendo básico para proporcionar a los menores un entorno tranquilo emocionalmente y estable que ambos progenitores preserven a los niños del conflicto entre ellos, si es que persiste, y muestren un extremo respeto a la función paterna y materna que el otro debe seguir ejerciendo.

Y tal actitud no se observa en las partes de este procedimiento, tal como consta en el informe del SATAF de fecha 25-10-12 obrante en las actuaciones, y manifiestan ambas partes en sus respectivos interrogatorios.

Si bien se constató y consta en el referido informe que la estima de ambas partes por sus hijas es profunda, el conflicto que persiste entre ellos, del que no preservan a las menores, ocasiona un malestar que ya está afectando a la menor Otilia que precisa de una terapia psicológica.

Los estilos educativos de ambas partes son distintos y la dinámica familiar es disfuncional con posicionamientos antagónicos.

Así las cosas, considera esta Sala, como el Juzgador de 1ª Instancia, que no debe establecerse de forma compartida la guarda de las menores, sino que debe mantenerse a favor de la madre, que es la referente principal de las hijas y con quien siempre han vivido, siendo atendidas de forma adecuada en sus necesidades.

No puede esta Sala dejar de exhortar a las partes para que intenten superar sus diferencias y discrepancias, de la forma menos traumática posible en beneficio de sus hijos, finalidad que ambos sin duda persiguen, recomendándoles que si, pese a intentar llegar a otros acuerdos, a los que sin duda tendrán

que llegar en los múltiples problemas que se irán presentando en la vida de las menores, no logran coincidencias en la forma de dirimir las diferencias, acudan a un mediador o a una entidad mediadora, de acuerdo con lo indicado en el art 233-6 del Código Civil de Cataluña , pues lo único que se consigue con una actitud beligerante, acudiendo reiteradamente a los Tribunales para dirimir sus controversias, es perturbar la tranquilidad de las menores, tan necesaria para su correcto y sano desarrollo integral.

TERCERO .- En cuanto al régimen de visitas paternofilia debe recordarse que el interés prevalente en toda situación de conflicto familiar es el de las hijas, de acuerdo con el principio de mayor beneficio de las menores que debe imperar este procedimiento, por lo que a pesar de ser conveniente establecer un régimen de relación y comunicación paterno-filial lo mas amplio posible, no deben ser obviadas en cada caso concreto, las circunstancias y hechos trascendentes si existieran, a la hora de fijar el régimen de visitas a adoptar o en su caso, modificar, teniendo en cuenta la edad de los menores y su relación con el progenitor no custodio y demás circunstancias concurrentes.

En el presente caso debe tenerse en cuenta la importante vinculación paternofilia existente pero lo poco adecuada que es la vivienda que ocupa el padre, que carece de agua caliente y habitación independiente para las menores, que deben compartir habitación y cama con su padre, tal como éste reconoció en su interrogatorio.

Por tanto, y en tanto el padre carezca de vivienda adecuada para tener a sus hijas consigo se acuerda que el régimen de visitas paternofilia se llevará a cabo sin pernocta de las menores en el domicilio paterno, los fines de semana alternos desde las 17h del domingo hasta las 20'30h y los lunes por la tarde desde la hora de salida del colegio hasta las 20h, manteniéndose las dos tardes intersemanales.

En los períodos vacacionales de verano, semana santa y Navidad, se seguirá el mismo reparto del tiempo de las menores de domingos alternos pero el lunes permanecerán con el progenitor desde las 10h de la mañana hasta las 20'30.

Además se repartirán los días 25 y 26 de diciembre y 1y 6 de enero, de manera que en los años pares el padre tendrá consigo a las niñas el día 25 de diciembre y 1 de enero y en los años impares el día 26 de diciembre y el 6 de enero, de 10h a 19h, recogiendo y retornando a las menores al domicilio materno.

CUARTO .- Se alza el recurrente contra el pronunciamiento de la sentencia recurrida que ha denegado su petición de atribución a su favor del uso del garaje existente en la vivienda unifamiliar familiar.

Entre los pronunciamientos que sobre las medidas o efectos del divorcio debe hacer el órgano judicial , art 233-4 CCCat , no existe precepto alguno que determine la atribución de uso del garaje, como pretende la parte actora, pues no se justifica ni se comprende en la protección que el derecho de familia ha querido dar al interés que debe protegerse en caso de crisis familiar.

Debe tenerse en cuenta que el garaje forma parte de la vivienda unifamiliar, se entra por la misma puerta exterior que la que se usa para entrar en la vivienda y por ello forma parte integrante del inmueble, de forma tan conexas, dependiente e intercomunicada, que hace inviable su aprovechamiento independiente por el cónyuge a quien no se le concedió la utilización del domicilio familiar. No es susceptible de aprovechamiento independiente de la vivienda, y forma con ella una única unidad registral.

Debe por ello desestimarse este motivo del recurso.

QUINTO .- Debe recordarse que la obligación alimenticia que establece el art. 237,1 CCCat , incluye todo lo que es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, y también los gastos para la formación si los alimentados son menores de edad y para la continuación de la formación una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha acabado antes por una causa que no les sea imputable, siempre que mantengan un rendimiento regular, obligación que debe ser compartida por ambos progenitores, fijándose en proporción a las necesidades alimenticias de los alimentistas, y las posibilidades y medios de quien ha de prestarlos, que deben satisfacerlos, en este caso los progenitores de forma mancomunada y tal carga se ha de distribuir, según sus respectivos recursos y posibilidades, conforme establece el art. 237-7 del mismo texto legal .

De la prueba practicada se ha acreditado que la Sra. Luisa percibe por su trabajo 17.000 euros brutos al año, lo que representa unos mil euros mensuales netos. Tiene el uso de la vivienda familiar, titularidad exclusiva del actor, con lo que implica de aportación alimenticia por parte del Sr. Eladio , y tiene la demandada los gastos de su propia manutención y los de las menores con la ayuda paterna.

El Sr. Eladio se dedica a la venta ambulante. Tributa por el sistema de estimación objetiva, lo que dificulta conocer sus verdaderos ingresos. En su interrogatorio reconoció haberse hecho cargo de los gastos de su aportación a la seguridad social (254 euros/mes), mutua privada (200 euros/mes), internet, mobil, hipoteca (675 euros/mes), préstamo personal (480 euro/mes), entre otros gastos de alimentación, y demás gastos de la vivienda y mantenimiento de la familia con dos hijas. Difícilmente puede esta Sala admitir que perciba por tanto, los exiguos ingresos que manifiesta, siendo mas verosímil que sus percepciones ascendieran a los 2350 euros que alegaba la actora y se consideraron acreditados en la sentencia recurrida. También es cierto, que la propia demandada reconoció que sabía que las ventas del actor habían disminuido.

Las dos hijas menores, de 12 y 4 años de edad en este momento, tienen los gastos de alimentación, vestido, libros, material escolar, sanidad, farmacia, la mayor acude a colegio público, cuyos recibos mensuales asciende a unos 180 euros por "matines" y comedor, y la pequeña Raquel todavía no acudía a colegio en el momento de la sentencia recurrida, pero sin duda tendrá que ir en poco tiempo, con gastos similares a los de su hermana. Tienen además, los gastos derivados de la contribución a los gastos de la vivienda que ocupan con su madre, entre otros. Además Otilia realiza actividades de teatro e hípica terapéutica, cuyos recibos mensuales ascienden a 37 euros al mes, que se tienen en cuenta para el cómputo de la pensión a cargo del padre.

Ante la situación económica descrita esta Sala considera adecuado mantener la cifra fijada con acierto en la sentencia recurrida con desestimación del recurso planteado sobre este extremo de la sentencia.

En dicho importe se incluirán el pago de las actividades extraescolares que realizan las hijas, pues se han tenido en cuenta para el cómputo de las necesidades alimenticias de las menores a fin de fijar la contribución paterna a sus alimentos.

SEXTO .- En cuanto a los gastos extraordinarios, debe entenderse por tales, los que excedan de la naturaleza de gasto ordinario, que no sean habituales y sean necesarios e imprevisibles en ese momento, sin que sea preciso recabar el consentimiento de la otra parte, siendo suficiente su comunicación. Su coste será sufragado por mitad entre ambos progenitores. Tendrán el mismo tratamiento los gastos en que conste el consentimiento en la asunción del pago y los que hayan obtenido reconocimiento judicial.

Los gastos médicos y de salud tendrán siempre el tratamiento de gasto extraordinario en tanto sean necesarios.

No tienen por tanto, la naturaleza de gastos extraordinarios, como pretende la Sra. Luisa , los relativos a excursiones escolares obligatorias por no ser imprevisibles, pues cada año se llevan a cabo. Tampoco tienen carácter de gasto extraordinario las actividades extraescolares, que ya realiza Otilia pues no son imprevisibles y se ha tenido en cuenta para el cálculo del importe alimenticio a cargo del padre.

En cuanto a la asunción de los gastos extraordinarios en distinta proporción po ambos progenitores que pretende la impugnante, no se va a acordar atendiendo a los ingresos de las partes y al hecho de que la madre tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, en la que vive con las menores, lo que implica una importante aportación paterna a sus alimentos.

SÉPTIMO .- Estimándose en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación del Sr. Eladio y la impugnación a la sentencia presentada por la Sra. Luisa , no procede hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de esta alzada procedimental, conforme a lo dispuesto en el Art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLAMOS

Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Don. Eladio y la impugnación planteada por Doña. Luisa contra la sentencia de fecha quince de enero de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Terrassa , debemos revocar y revocamos dicha resolución en lo que se refiere al régimen de visitas paternofilial.

Se acuerda que en tanto el padre carezca de vivienda adecuada para tener a sus hijas consigo el régimen de visitas paternofilial se llevará a cabo sin pernocta de las menores en el domicilio paterno, los fines de semana alternos desde las 17h del domingo hasta las 20'30h y los lunes por la tarde desde la hora de salida del colegio hasta las 20h, manteniéndose las dos tardes intersemanales que se acordaron en la sentencia recurrida.



En los períodos vacacionales de verano, semana santa y Navidad, se seguirá el mismo reparto del tiempo de las menores de domingos alternos pero el día siguiente lunes, permanecerán con el progenitor desde las 10h de la mañana hasta las 20'30h.

Además se repartirán los días 25 y 26 de diciembre y 1 y 6 de enero, de manera que en los años pares el padre tendrá consigo a las niñas el día 25 de diciembre y 1 de enero y en los años impares el día 26 de diciembre y el 6 de enero, de 10h a 19h, recogiendo y retornando a las menores al domicilio materno.

En cuanto a la aportación alimenticia paterna para las dos hijas comunes, se mantiene la cifra fijada en las sentencia recurrida, en la que se incluirán como alimentos ordinarios, los gastos por actividades extraescolares que realizan las menores.

Se confirma en lo demás la sentencia recurrida, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas causadas en el presente recurso.

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, devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. En Barcelona, 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.D.OY FE.