



Roj: **SAP B 10119/2011 - ECLI: ES:APB:2011:10119**

Id Cendoj: **08019370182011100474**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **02/09/2011**

Nº de Recurso: **901/2010**

Nº de Resolución: **512/2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCION DECIMO OCTAVA

ROLLO Nº 901/2010

DIVORCIO CONTENCIOSO (ART.770 - 773 LEC Nº 224/2007

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 6 TERRASSA

S E N T E N C I A núm. 512/2011

Ilmas. Sras.

D^a ANNA MARIA GARCIA ESQUIUS

D^a MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLO

D^a M^a JOSE PEREZ TORMO

D^a MARIA DOLORS VIÑAS MAESTRE

En la ciudad de Barcelona, a dos de septiembre de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimooctava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso (art.770 - 773 Lec , número 224/2007 seguidos por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 6 TERRASSA, a instancia de D^a. Estefanía , contra D. Genaro , los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por D^a. Estefanía representado en esta alzada por la Procuradora D^a M^a TERESA AZNAREZ DOMINGO contra la Sentencia dictada en los mismos el día 29/06/2009, por la Sra. Juez del expresado Juzgado, con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por el procurador Dña. MARÍA ANTONIETA MORERA AMAT, en nombre y representación de Dña. Estefanía contra D. Genaro , debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio que ambos cónyuges contrajeron en Terrassa (Barcelona) el día 31 de enero de 2004, acordando la disolución del régimen económico matrimonial, y adoptando como medidas definitivas las siguientes:

PRIMERA.- La patria potestad de los hijos menores de edad, Andrea y Alejandro, será compartida por ambos progenitores. Se atribuye su guarda y custodia a la madre, a la que corresponderá el ejercicio ordinario de la patria potestad.

SEGUNDA.- El régimen de visitas, comunicación y estancia del padre respecto de sus hijos menores será, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el siguiente:



- a) fines de semana alternos desde el viernes a las 17 horas hasta las 20 horas del domingo, en que respectivamente el padre recogerá y devolverá a los niños al domicilio de su madre, entregándolos bañados y cenados.
- b) los martes y jueves de cada semana, el padre recogerá a sus hijos en el domicilio de la madre a las 17 horas, y los devolverá a las 20:30 horas ya bañados y cenados.
- c) Las vacaciones de Semana Santa, Navidad y verano, el Sr. Genaro gozará de la compañía de sus hijos durante la mitad de los periodos vacacionales de que estos disfruten estableciéndose iguales periodos para el padre y para la madre, que serán alternativos de año en año.

En Navidad, el primer periodo se iniciará con el inicio de las vacaciones escolares de los niños hasta el día 31 de diciembre a las 10 horas, y el segundo desde el 31 de diciembre a las 10 horas hasta la incorporación de los menores al colegio.

En Semana Santa se establecen igualmente dos turnos de iguales días que serán alternativos de año en año.

En verano, se establecen turnos quincenales el primero de ellos coincidiendo con el inicio de las vacaciones escolares de los menores y finalizando con la incorporación de los menores tras el periodo vacacional.

Ambas partes procurarán que los periodos vacacionales laborales del padre coincidan con los periodos en que tenga en su compañía a sus hijos, y de no ser así, podrá optar por dejar a sus hijos en compañía de los abuelos paternos.

TERCERA.- Se atribuye a la madre y a los hijos menores el uso de la **vivienda** conyugal, sita en C/Periodista Grané nº 156, 1º 1ª de Terrassa, junto con el ajuar familiar.

CUARTO.- Se fija como pensión para el mantenimiento de los hijos menores, a satisfacer por el progenitor no custodio, la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS (150 euros) mensuales para cada uno, lo que hace un total de TRESCIENTOS EUROS (300 euros) mensuales, que habrán de ser abonados por meses anticipados y dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta bancaria que la **esposa** designe a tal efecto y que será actualizable conforme a las variaciones que experimente el IPC, sufragando ambos progenitores por mitad los **gastos** extraordinarios que requieran los menores.

Todo ello se entiende sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora mediante escrito motivado, dándose traslado a la contraria quien lo impugnó, habiéndose opuesto asimismo el Ministerio Fiscal elevándose tras los trámites legales los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 14 de julio de 2011, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

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

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. ANNA MARIA GARCIA ESQUIUS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Plantea recurso de apelación la demandante en el procedimiento, Sra. Estefanía , discrepando de varios de los pronunciamientos de la sentencia de instancia que declara la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, contraído en fecha 31 de enero de 2004 , unión de la que han nacido dos hijos, Andrea, nacida el 14 de septiembre de 2004 y Alejandro, nacido el 1 de diciembre de 2005. En concreto manifiesta su disconformidad con lo siguiente: A) el régimen de visitas de los periodos vacacionales , solicitando su división en dos periodos ininterrumpidos de igual duración, con fijación de los periodos concretos en que habrán de permanecer con cada uno; b) la atribución del uso de la **vivienda** familiar; c) importe de la pensión de alimentos y no declaración expresa del compromiso adquirido por el demandado de aumentar de forma automática el importe de dicha pensión en el caso de encontrar trabajo.

Por su parte el demandado impugna también la sentencia en lo que concierne a la concreción del régimen de visitas en periodos vacacionales y la suspensión de las visitas intersemanales .

SEGUNDO.- En cuanto al régimen de visitas existe coincidencia entre los dos litigantes en que el régimen establecido en la sentencia no resulta suficientemente claro y puede provocar incidentes en su ejecución.

Partiendo de que en todo procedimiento en que se dirimen cuestiones que afectan a los menores de edad, el principio que ha de regir la actuación judicial no puede ser otro que el del interés del menor a quien se ha de proteger en todo caso y cuyo bienestar se trata de garantizar , conciliar la observancia del principio del



interés del menor con la conveniencia de los progenitores es posible, si se ajusta el régimen de visitas a las circunstancias concretas del caso. Es por ello que el artículo 82 del vigente Codi de Família catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, establece que " A l'hora de decidir sobre la cura dels fills i els altres aspectes a que fá referencia l'article 76, l'autoritat judicial ha de tenir en compte preferentment l'interès dels fills ", pero también reconoce el mismo Codi, en su artículo 135 el derecho del progenitor con quien el hijo no convive a relacionarse personalmente con él y en este sentido debe tratarse que la relación sea lo más positiva para ambos de manera que se eviten las posibles incidencias en su cumplimiento, tanto para el hijo como para el padre.

El Sr. Genaro en el momento de seguirse el procedimiento en la instancia había fijado su residencia en su lugar de origen, en la **Comunidad** Valenciana, y por lo tanto el régimen de visitas intersemanal es de difícil seguimiento, no sólo por la distancia, sino también por el coste económico que ello comporta. En esta tesitura mantener un régimen de visitas de cuasi imposible cumplimiento no parece razonable cuando la situación puede revertir en cualquier momento y en este caso, podría en el trámite de ejecución de sentencia restaurarse un régimen de relación personal acorde con la situación e incluso con el horario escolar de los menores que siempre ha de ser respetado, por lo que procede acoger este concreto motivo de recurso.

Asimismo en cuanto a los períodos de estancia de cada uno de los progenitores con los hijos durante las vacaciones escolares hemos de indicar que la sentencia dice que en Navidad, Semana Santa y Verano, el padre y la madre podrán disfrutar de la compañía de los hijos en iguales períodos, que serán alternativos de año en año. El primer período de Navidad coincidirá con el inicio de las vacaciones y se prolongará hasta el 31 de diciembre a las 10 horas y el segundo comenzará el 31 de diciembre a las 10 horas y finalizará con la incorporación de los menores al colegio. Resulta pues perfectamente concretado y no parece necesaria mayor precisión y si bien podría haberse indicado exactamente si el primer período correspondería en años pares al padre o a la madre y al revés, en esta alzada, dada la fecha en que se dictó la sentencia y que el régimen de visitas ya se ha iniciado ignorando la Sala a quién correspondió en primer lugar el primer período en esta Navidad 2010/2011, no puede efectuarse pronunciamiento expreso sin perjuicio de las concreciones que puedan efectuarse en ejecución de sentencia. Otro tanto puede decirse de las vacaciones de Semana Santa, ya que la sentencia lo que hace es repartirlas por mitad. Pudo precisarse algo más, pero no por ello el pronunciamiento no es claro. Aún así, en esta alzada y únicamente a los efectos de evitar mayores incidentes en ejecución se acuerda lo siguiente: A) (Se mantiene el reparto acordado para las vacaciones de Navidad y la alternancia. B) En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, igualmente se disfrutarán por mitad, repartiéndose en dos períodos iguales, con la alternancia que se ha mantenido hasta la fecha. C) En cuanto al verano, se dividirán en dos períodos iguales, En cuanto a las Vacaciones estivales, se dividirán asimismo en dos períodos, el primero desde el último día lectivo hasta el 31 de julio a las 21'00 horas y el segundo desde el día 31 de julio a las 21 horas hasta el inicio del nuevo curso escolar que reintegrará a las menores al centro.

Todo ello en el bien entendido que el régimen de visitas se acuerda para facilitar la relación personal del progenitor no custodio con los hijos, no con los abuelos paternos o maternos, sin perjuicio de que el propio progenitor facilite luego la relación entre ellos

TERCERO.- Respecto a la atribución del derecho de uso de la que fuera **vivienda** conyugal a favor de la **esposa** e hijos, manifiesta la actora su desacuerdo alegando la titularidad en exclusiva de la **vivienda**, motivo por el cual estima improcedente efectuar atribución. La alegación no puede prosperar pues la posibilidad ya está previsto legalmente, así como las consecuencias de que de ello se derivan.

El artículo 76 del Codi de Família, que establece que aspectos habrán de ser objeto de regulación al producirse la separación, nulidad o divorcio, expresamente recoge en su apartado 3, a) dice que debe regularse la atribución del uso de la **vivienda** familiar, con el correspondiente ajuar e incluso, añade, el de las demás residencias. En todo caso, y con independencia de la titularidad de la **vivienda** o si se tratará de **vivienda** ocupada en régimen de propiedad, arrendamiento u otro, se debe efectuar atribución del uso. sólo excepcionalmente y por otra clase de circunstancias no afectantes a la titularidad, puede no efectuarse atribución.

Por si existiera alguna duda, el art. 83 del Codi de Família precisa todavía más diciendo que, si hay hijos, el uso de la **vivienda** se atribuye "preferentemenet" al cónyuge que tenga **atribuida** la guarda. Al utilizar esa expresión, "preferentemente", la norma indica que no se efectúa atribución automática al progenitor custodio por serlo, sino que otras circunstancias pueden y deben ser valoradas y añade que en el caso de no existir esos hijos, el uso se atribuirá al cónyuge que tenga más necesidad.

La atribución del uso en este caso en nada afecta al derecho de propiedad de la actora, consolidándose ambos derechos.



CUARTO.- Por último y en lo que concierne a los alimentos, la actora no discrepa tanto del importe, habida cuenta de la actual situación económica del padre , si no por que la sentencia no recoge el compromiso del padre de abonar 300 euros para cada uno de los hijos en caso de venir a mejor fortuna y haberse incorporado al mercado de trabajo.

La sentencia actua correctamente e incluso en este caso, al no recogerse este concreto compromiso, en beneficio de los hijos y la madre pues la fijación de un importe con antelación para ese supuesto podría en realidad quebrar el principio de proporcionalidad y a la postre, perjudicarles.

En la cuantificación de los alimentos al hijo debe observarse el criterio de proporcionalidad, criterio doble en la medida que se refiere por una parte a las necesidades del menor en relación a los medios y posibilidades económicas del padre obligado y por otro, a la posibilidad de cada uno de los dos progenitores obligados de contribuir a los **gastos** y necesidades del menor en relación con el otro obligado. A ello ha de añadirse que la atención, el cuidado y la asistencia constante que el progenitor con quien el hijo convive le está prestando, en este caso la madre, también son susceptibles de ser valorados, todo ello en los términos establecidos en los artículos 259 , 264 y 267 del Código de Familia de Catalunya y que el concepto " alimentos" incluye todo lo indispensable para la alimentación, habitación, vestido, asistencia médica y formación, según detalla el artículo 259 del Código de Familia .

Para el caso de que el padre se reincorporase al mercado laboral , lo correcto es proceder a la revisión del importe de la pensión para calcular en que proporción habra de contribuir el padre a los **gastos** y necesidades de los hijos en relación a sus ingresos , de modo y manera que pudiera ocurrir que se fijase una pensión muy superior a la comprometida de 300 euros por hijo o que las necesidades de los hijos fueran mayores a las ahora calculadas . Son las circunstancias existentes en cada momento las que han de ser objeto de valoración al fijarse el importe de la pensión. De ahí que la ley prevea la posibilidad de modificación de las medidas acordadas en proceso precedente a través del procedimiento establecido en el at. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , estimándose parcialmente las pretensiones de la apelante, no ha lugar a efectuar imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos legales citados y demas de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO parcialmente** el Recurso de Apelación interpuesto por **DOÑA Estefanía** representada por la Procuradora Doña M^a Teresa Aznarez y la **impugnación** formulada por **DON Genaro** contra la sentencia dictada en fecha 29 de junio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Terrassa en el procedimiento de Divorcio, Autos nº 224/2007, **SE REVOCA** la referida sentencia en el exclusivo particular de concretar que el régimen de visitas del padre con las hijas será el siguiente: A) Se mantiene el reparto acordado para las vacaciones de Navidad y la alternancia . B) En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, igualmente se disfrutarán por mitad , repartiéndose en dos períodos iguales , con la alternancia que se ha mantenido hasta la fecha. C) En cuanto al verano, se dividirán en dos períodos iguales , En cuanto a las Vacaciones estivales, se dividirán asimismo en dos períodos, el primero desde el último día lectivo hasta el 31 de julio a las 21'00 horas y el segundo desde el día 31 de julio a las 21 horas hasta el inicio del nuevo curso escolar que reintegrará a las menores al centro. **SE CONFIRMAN** los restantes pronunciamientos sin que haya lugar a efectuar imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y verificado que sea , devuelvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia con copia de ésta resolución.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que integran este Tribunal.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.