



Roj: **SAP IB 819/2012 - ECLI: ES:APIB:2012:819**

Id Cendoj: **07040370042012100143**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **16/04/2012**

Nº de Recurso: **523/2011**

Nº de Resolución: **151/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00151/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

APELACIÓN CIVIL; SECCION 4ª

Rollo nº 523/11

Autos nº 1186/10

Ilmos. Sres.

Presidente: Dº Miguel Ángel Aguiló Monjo.

Magistrados: Dª María Pilar Fernández Alonso.

Dº Miguel Álvaro Artola Fernández.

SENTENCIA nº151/2012

En Palma de Mallorca, a dieciséis de abril de dos mil doce.

VISTOS en fase de apelación por los Ilmos. Sres. referidos los autos de proceso especial de familia sobre divorcio y adopción de medidas contenciosas, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palma, estando el número de autos y actual rollo de Sala consignados arriba, actuando como parte demandante **-apelada** Dº Florentino , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales Dº/ª Concepción Zaforteza Guasp, y defendida por el/la Letrado/a Dº/ª Isabel Blanco Pasamar, y como parte demandada **-apelante** Dª Asunción , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales Dº/ª Juana Rosa González Montiel, y defendida por el/la Letrado/a Dº/ª Bartolomé Antich Guasp, siendo parte el Ministerio Fiscal; ha sido dictada en esta segunda instancia la presente resolución judicial.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Miguel Álvaro Artola Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palma en fecha 5 de mayo de 2011 en los presentes autos de procedimiento especial de familia en ejercicio de acción de divorcio y adopción de medidas contenciosas, seguidos con el número 1186/10, de los que trae causa el presente rollo de apelación, exponía en su Fallo, objeto del presente recurso, lo que literalmente se transcribirá:

"Se acuerda el divorcio del matrimonio contraído por Dº Florentino Y Dª Asunción con todos los pronunciamientos inherentes a dicha declaración. Serán medidas complementarias las siguientes:



a) *La guarda y custodia del hijo menor del matrimonio será compartida en el sentido de que el menor estará con en compañía de uno y otro progenitor por periodos semanales, de lunes a domingo a las 20'30 horas que será reintegrado al domicilio del otro progenitor. El progenitor que no le corresponda tenerlo durante la semana podrá verlo los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 19 horas. Las vacaciones de navidad y semana santa se repartirán por mitad y las de verano por periodos de 10 días.*

b)

c) *Se acuerda que los gastos fijos del menor como son los escolares, médicos, farmacéuticos etc. así como los de naturaleza extraordinaria deberán ser abonados por mitad por ambos progenitores, mientras que los gastos diarios serán abonados por el progenitor que tiene al menor, en cuanto a los gastos de actividades extraescolares del hijo, viajes etc. serán abonados por mitad por ambos progenitores siempre y cuando exista consenso entre ellos en su defecto se abonarán por el progenitor que decida su realización.*

Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas de este juicio."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma, el cual correspondió a esta Sección Cuarta en virtud de reparto efectuado por la Oficina correspondiente.

TERCERO.- El referido recurso de apelación fue interpuesto por la representación procesal de la parte señalada en el encabezamiento como apelante, sin que fuera propuesta prueba en esta fase de apelación por ninguna de las partes del litigio, siguiéndose el recurso con arreglo a los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando el rollo de apelación concluso para dictar sentencia en esta alzada tras la aportación de los correspondientes escritos de parte, de apelación y de oposición a la apelación, cuyos argumentos serán objeto de resumen en los fundamentos de derecho de la presente resolución.

CUARTO.- En la tramitación antedicha se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que es objeto del recurso, en lo que no se opongan a los que se dirán.

PRIMERO.- En la demanda instauradora del presente litigio, la parte actora, D. Florentino, ejercitaba acción contra D^a Asunción relativa a demanda de divorcio respecto del matrimonio otorgado en fecha 17.3.96 del que nació un hijo, Jose Enrique, el 22.7.05, en base a los hechos y consideraciones que obran en su escrito inicial. Emplazado el demandado, contestó concordando la petición de divorcio pero oponiéndose a las medidas solicitadas, remitiéndose, por su parte, el Ministerio Fiscal, al resultado de la prueba. La sentencia de instancia, tras estimar la petición de divorcio ex artículo 86, en relación con el 81, ambos del Código civil, acordó, en cuanto a las medidas complementarias, que la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio sería compartida, en el sentido de que el menor estará con en compañía de uno y otro progenitor por periodos semanales, de lunes a domingo a las 20'30 horas, en que será reintegrado al domicilio del otro progenitor; que el progenitor que no le corresponda tenerlo durante la semana podrá verlo los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 19 horas; que las vacaciones de Navidad y Semana Santa se repartirán por mitad, y las de verano por periodos de 10 días. Asimismo, la sentencia dispuso que los gastos fijos del menor, como son los escolares, médicos, farmacéuticos etc., así como los de naturaleza extraordinaria, deberán ser abonados por mitad por ambos progenitores; mientras que los gastos diarios serán abonados por el progenitor que tenga al menor; y, en cuanto a los gastos de actividades extraescolares del hijo, viajes etc., la sentencia acordó que serían abonados por mitad por ambos progenitores, siempre y cuando exista consenso entre ellos, y, en su defecto, que se abonarán por el progenitor que decida su realización.

Frente a dicha resolución, la representación procesal de la parte apelante centra su recurso en dilucidar si, a pesar del establecimiento como medida definitiva del divorcio de una guarda y custodia compartida del hijo común de los contendientes -el menor Jose Enrique, nacido el día 22.7.05 (por lo que cuenta en la actualidad con seis años de edad)-, ello es motivo suficiente para no fijar una pensión que deba pagar el actor, don Florentino, a la demandada, doña Asunción, en concepto de alimentos para el menor. Por cuanto que, en la consideración de la parte apelante, existe un gran desequilibrio económico entre uno y otro progenitor, denunciando las que considera privaciones sufridas por el niño cuanto esta custodiado por la madre, frente a las concesiones que obtiene cuando lo esta por el padre. En dicho sentido, refiere que Doña Asunción trató, por todos los medios a su alcance (dice haberse gastado, en el informe aportado a la causa y elaborado por la entidad "Cabanach Detectives Privados S.L.", el dinero que tenía y aún el que le prestaron sus amistades), de acreditar que el padre ejerce en la actualidad tres trabajos remunerados, si bien parcialmente en dinero no declarado; y que ella tiene tan sólo su ocupación como limpiadora, en la que hace todas las horas que puede, pero que, aún así, sus ingresos no superan jamás los 800 euros mensuales. Cuestiona la apelante, asimismo,



el hecho de que, en las conclusiones efectuadas en Sala por el Ministerio Fiscal, "se dio por probado" que la demandada compartía piso con "su nueva pareja" y que, además, "se había tratado de ocultar dicha realidad al Tribunal", lo que ella considera que no es más que una *intuición* del Ministerio Fiscal, respetable como toda otra, pero en este caso falsa y huérfana de prueba; de hecho -añade-, doña Asunción ha solicitado al actor autorización para cambiar al niño de colegio, dado que piensa trasladarse a vivir al domicilio de su madre a los efectos de que ésta pueda guardarle a su hijo mientras ella hace más horas de trabajo, para obtener más dinero. Afirma que es el padre el que tiene una nueva pareja, a la que puede agasajar con regalos cuando le convenga, tal vez con el dinero que esta parte suplica para los alimentos del hijo común de los contendientes, dinero que el padre niega ganar, sin que dicha cuestión mereciera indagación ni sospecha alguna por parte del Ministerio Fiscal. En dicho sentido, cita la sentencia de 28 de noviembre de 2006, dictada por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, en la cual, tras establecer la Sala, revocando la sentencia de instancia, una guardia y custodia compartida de los menores, pasó a estudiar a continuación la fijación de una pensión por alimentos para los mismos. Por todo ello, solicita que se establezca una pensión por alimentos a favor del menor, Jose Enrique , de 300.-€ mensuales actualizables, que don Florentino deberá abonar a la madre, doña Asunción , mensualmente en la cuenta bancaria que la madre designe.

La representación procesal de la parte apelada se opuso a los motivos del recurso refiriendo como un hecho importante, que no menciona la apelante, que cuando los cónyuges tomaron la decisión de vivir separados firmaron el acuerdo sobre medidas personales y familiares de fecha 30 de julio de 2009, en el cual, en el punto sexto del Convenio, se decidió que no se establecería pensión de alimentos y que, únicamente los gastos extraordinarios, serían abonados por ambos progenitores, a saber: "*Cláusula Sexta del Convenio Regulador: Teniendo en cuenta el régimen de guardia y custodia compartida, no se establece pensión de alimentos para el hijo. No obstante, se señala que los gastos extraordinarios que afecten al menor serán satisfechos por ambos*". Por lo demás, y respecto de los ingresos del padre y de la madre, afirma que, en el acto de la vista y mediante la documentación aportada y la declaración realizada por ambos, quedó acreditado que los progenitores tenían ingresos similares (700 € al mes y 800 € al mes), presentando el Sr. Florentino nóminas correspondiente a los ingresos que percibía por su trabajo como chofer a media jornada y por los cuales percibía unos ingresos que ascendían a 500 euros al mes, y reconoció que realizaba algunas horas extras como instructor de Kárate cuando se lo solicitaba algún gimnasio o como entrenador personal, tratándose de ingresos que no tenían un carácter de retribución fija y que, debido a la situación actual de crisis general, éste último trabajo era realmente escaso. Asimismo, añade que quedó también acreditado en el acto de la vista que el Sr. Florentino se había hecho cargo del pago de todas las deudas y préstamos pendientes de liquidar, que ambos habían contraído antes de producirse la separación. Seguidamente, la parte apelada considera sorprendente el hecho de que la Sra. Asunción resida con su nueva pareja en unos de edificios más exclusivos de Puerto Portals, EDIFICIO000 , CALLE000 , cuando la misma declara no tener ingresos suficientes para atender las necesidades básicas de su hijo, siendo dicho domicilio donde el padre acompaña y recoge a su hijo cuando tiene que realizar la entrega del menor; no siendo de recibo que, a pesar de la situación económica precaria que manifiesta tener la apelante, encargará un informe a un detective privado (Cabanach Detectives privados) que no es la agencia más económica de Palma, y ello para acreditar que el Sr. Florentino realizaba otro trabajo no remunerado como instructor de kárate, cuando éste lo reconoció. Considera que el Ministerio Fiscal realizó una valoración oportuna y adecuada, ajustada a la realidad existente en dicho momento, y que, si bien el Sr. Florentino tiene pareja sentimental, actualmente no comparte el domicilio con nadie, por lo que tiene que hacer frente el sólo a los gastos de la vivienda y, cuando su hijo permanece con él, están solos los dos. Por todo ello, solicitó que se desestime íntegramente el recurso de apelación formulado de contrario. Por su parte, el Ministerio Fiscal se opuso a los motivos del recurso por considerar que la resolución de instancia era ajustada a Derecho, por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la controversia jurídica elevada a esta alzada se centra, en primer término, en dilucidar si, a pesar del establecimiento como medida definitiva del divorcio de una guarda y custodia compartida del hijo común, ello es motivo suficiente para no fijar una pensión de alimentos que deba pagar, en este caso el actor don Florentino , para el hijo común.

En dicho sentido, cabe referir que, ciertamente, tal y como pretende la parte apelante, la guarda y custodia compartida no impide el eventual establecimiento de una pensión de alimentos a favor del hijo o hijos comunes, siempre que las circunstancias económicas, patrimoniales y personales de un progenitor con respecto del otro sean suficientemente relevantes y el interés del menor así lo aconseje, por ser el beneficio de éste el que está por encima de cualquier otro interés en conflicto. No obstante ello, dicha concreta contribución que, en tal caso, uno de los progenitores prestaría para cubrir, en mayor o menor medida, los alimentos del menor durante la custodia del otro progenitor, debería respaldarse, por parte de quien lo solicita (hoy parte demandada-apelante), en una prueba solvente que acredite tal aventajamiento paterno en los ingresos o el patrimonio que haga evidente la necesidad de compartir económicamente, en interés del menor, el gasto de alimentos de éste



durante el tiempo en que, en el ejercicio de la guarda y custodia compartida, esté custodiado por la madre. Bien entendido que, al ser compartida la guarda y custodia no cabe atribuir a ningún progenitor, en este caso a la madre apelante, una ventaja por mayor dedicación " *in natura* " al menor, pues se ha de presumir similar la dedicación en la guarda y custodia compartida. Y es aquí donde los argumentos apelatorios no permiten a la Sala concluir que la parte recurrente, pese a los esfuerzos que dice haber dedicado a tal fin, haya acreditado mayores ingresos paternos que maternos. Y menos aún que sean de relevancia para el establecimiento de una pensión por alimentos con cargo al padre y a favor del menor, Jose Enrique , para el periodo de ejercicio de la guarda y custodia (fijada en régimen de compartida) por la madre; pensión que ascendería, según la pretensión apelatoria, a la suma de trescientos euros (300.-€) mensuales actualizables. Por consiguiente, la falta de prueba de tal desequilibrio impide la estimación del recurso de apelación (art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

ÚLTIMO.- Pese a desestimarse el recurso de apelación, habida cuenta de la naturaleza personalísima de la materia objeto de controversia, la cual sobrepasa el ámbito de la autonomía de la voluntad en la medida en que subyacen intereses de menores, otorgándole una naturaleza pública inherente a su proyección de *ius cogens*, y no apreciándose mala fe en las posiciones sostenidas; considera la Sala acorde a Derecho la no realización de pronunciamiento alguno en cuanto a tales costas. Todo ello en aplicación de los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

QUE DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACION interpuesto por D^a Asunción , y en su representación el/ la Procurador/a de los Tribunales D^{o/a} Juana Rosa González Montiel, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palma en fecha 5 de mayo de 2011 en los presentes autos de procedimiento especial de familia en ejercicio de acción de divorcio y adopción de medidas contenciosas, seguidos con el número 523/11, de los que trae causa el presente rollo de apelación, **DEBEMOS ACORDAR Y ACORDAMOS:**

- 1) **CONFIRMAR** la sentencia de instancia.
- 2) No hacer pronunciamiento alguno en materia de costas procesales.

Recursos.- Conforme el art. 466.1 de la 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 el 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 contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, debiendo estar suscrito por Procurador y Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal (Ley 37/11, de 10 de octubre). No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno. Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15^a de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Sección cuarta de la Audiencia Provincial, nº 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

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

Sr. Miguel Ángel Aguiló Monjo Sra. María Pilar Fernández Alonso Sr. Miguel Álvaro Artola Fernández

PUBLICACIÓN

Extendida y firmada que ha sido la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados indicados en el encabezamiento, procédase a su **no** tificación y archivo en la Secretaría del Tribunal, dándosele publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Doy fe.