



Roj: **SAP B 1081/2018 - ECLI:ES:APB:2018:1081**

Id Cendoj: **08019370182018100115**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **23/01/2018**

Nº de Recurso: **520/2017**

Nº de Resolución: **42/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARGARITA BLASA NOBLEJAS NEGRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1081/2018,**
AAAP B 11643/2018

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0818442120148117087

Recurso de apelación 520/2017 -F

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Divorcio contencioso 760/2014

Parte recurrente/Solicitante: Jenaro

Procurador/a: Begoña Callejas Mas

Abogado/a:

Parte recurrida: Sofía

Procurador/a: Gloria Ferrer Massanas

Abogado/a: CARMEN ROMERA HERNANDEZ

SENTENCIA N° 42/2018

Magistradas:

Margarita B. Noblejas Negrillo

Mª José Pérez Tormo

Ana Mª García Esquiús

Barcelona, 23 de enero de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO



Primero . En fecha 8 de junio de 2017 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 760/2014 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Begoña Callejas Mas, en nombre y representación de Jenaro contra la sentencia de 2 de noviembre de 2016 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Gloria Ferrer Massanas, en nombre y representación de Sofía .

Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Que **ESTIMANDO** la demanda formulada por la Procuradora Da M3 CARMEN ROMERA HERNÁNDEZ, en nombre y representación de Da Sofía contra D° Jenaro , debo declarar y declaro la disolución del matrimonio por causa de divorcio de los expresados, con la consiguiente revocación de consentimientos y de poderes que se hubieren otorgado y el cese del deber de convivencia con efectos desde la interposición de la demanda, con todos los efectos legales siguientes:

1)Se atribuye la guarda y custodia de la hija menor Carmela a la madre Da Sofía .

2)El ejercicio de la patria potestad se efectuará por ambos progenitores de forma conjunta conforme a las previsiones del Código Civil.

3)Como régimen de visitas a favor de D° Jenaro se establece un régimen amplio, flexible y, para el caso de que exista desacuerdo entre los progenitores, se fija el siguiente régimen de visitas, comunicación y estancia de la hija menor con el padre:

-Todos los miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguiente que la reintegrará en el centro escolar y fines de semana alternos con pernocta desde el viernes a la salida del colegio hasta lunes que la reintegrará en el centro escolar.

-En cuanto a las vacaciones de Navidad, le corresponderá a cada progenitor estar en los siguientes periodos que se dividirán en dos mitades:

a)La primera desde las 20 horas del último día de finalización de las clases escolares hasta las 20 horas del día 31 de diciembre le corresponderá al padre. b) y la segunda mitad desde las 20 horas del día 31 de diciembre hasta las 20 horas del día 7 de enero le corresponderá a la madre.

El día de Reyes, ambas partes procurarán que el menor pase al menos 3 horas con el otro progenitor, que en defecto de acuerdo serán de 17 a 20 horas.

-En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos mitades:

a)La primera desde las 20 horas del último día de finalización de las clases escolares hasta el miércoles Santo a las 20 horas, le corresponderá al padre.

b) y la segunda mitad desde el miércoles Santo a las 20 horas hasta el lunes de pascua a las 20 horas le corresponderá a la madre.

-En cuanto a las vacaciones estivales, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas empezando a disfrutar la primera quincena el padre (los años pares) y la madre los años impares alternándose las quincenas. Los meses de junio y septiembre regirá el régimen de visitas ordinario de un día intersemanal y fines de semana alternos.

-Los días festivos intersemanales se alternarán entre los progenitores, empezando a disfrutar del primero el padre.

-Los puentes escolares se unirán al fin de semana y corresponderán al progenitor que le corresponda estar ese fin de semana con la menor.

4)Se fija la prohibición expresa de salida del territorio nacional de la menor, salvo autorización judicial previa.

5)Procede atribuir el uso exclusivo de la vivienda que fue domicilio conyugal (sito en CALLE000 número NUM000 , NUM001 de DIRECCION001 - Barcelona) y ajuar doméstico a la Sra. Sofía por un plazo de 17 años, a computar desde la sentencia de divorcio.

6)Como contribución de D° Jenaro en concepto de alimentos para su hija Carmela , se establece la cantidad mensual de SEISCIENTOS EUROS (600 euros). Dicha cantidad será pagadera en todo caso por mensualidades anticipadas que deberán ingresarse dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto le designará y comunicará la madre 13" Sofía , pensión alimenticia que se incrementará anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. nacional, o índica que legalmente le sustituya en Cataluña.



Asimismo, ambos progenitores abonarán por mitad los gastos extraordinarios de carácter no periódico que se devenguen a favor del menor, tales como actividades extraescolares, colonias o gastos farmacéuticos, de dentista u otros médicos no cubiertos por la Seguridad Social.

7) Se fija una pensión compensatoria a favor de la Sra. Da Sofía que deberá pagar el Sr. Jenaro ascendiente a la cantidad de 500 euros mensuales durante 5 años.

No se efectúa expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia, a ninguna de las partes".

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos, y se designó ponente a la Magistrada Margarita B. Noblejas Negrillo .

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 16/01/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se alza el apelante contra la resolución impugnada interesando que se acuerde un sistema de guarda y custodia compartida de la hija común por semanas alternas o dos días laborales para cada uno y fines de semana alternos. Cada progenitor abonaría el 50% del colegio y gastos extraordinarios y cada uno los ordinarios cuando la tenga; subsidiariamente el que no tuviere la guarda abonaría 200 € de alimentos. Atribución de la vivienda a él hasta la venta o hasta la finalización de la guarda en caso de custodia compartida o exclusiva; subsidiariamente a la madre caso de mantenerse la guarda a su favor , hasta la finalización de ésta o hasta la venta. Que se revoque la prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial previa, se acuerde la no procedencia de la prestación compensatoria , ello con efectos retroactivos desde la sentencia de instancia y finalmente, que se deje sin efecto la obligación de pagar el 50% de la cuota mensual del préstamo con garantía hipotecaria que grava la vivienda de propiedad común. El Ministerio Fiscal se opuso a tales pretensiones.

SEGUNDO .- Por lo que se refiere a la guarda y custodia, como señala la sentencia del TSJC de 9-1-2014 : "La norma a tener en cuenta, es el artículo 233-8 , 1 del CCCat que se refiere a la responsabilidad parental estableciendo que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos y que, en consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. No obstante, el art. 233-10, 2 dispone que el juez, si no existe acuerdo o si este no se hubiese aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda , ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1 aunque también permite que el juez pueda disponer que la guarda se ejerza de modo individual *si conviene más al interés del hijo*.

Para ello se establecen una serie de criterios a considerar por la autoridad judicial en caso de desacuerdo entre los cónyuges, criterios que identifican el superior interés del menor. Vienen recogidos en el artículo 233-11 que vienen a positivizar los que la jurisprudencia había tenido ya en cuenta, así: la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que en su caso convivan en los respectivos hogares; la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad; la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores; el tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar; la opinión expresada por los hijos competentes; los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; y la situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores."

En el caso vemos que el auto de medidas provisionales de 30-7-2014 la otorgó a la madre con visitas padre el padre de miércoles desde la salida del colegio hasta la entrada al mismo el día siguiente y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada y mitad de las vacaciones, sistema que no podemos sino que ratificar a la vista de las pruebas obrantes en autos.

Según el informe del EATAF de 16-2-2016, el padre manifestó que trabajaba como comercial y adaptaba el horario en función del tiempo con la hija. La madre ha sido la principal referente en la crianza de Carmela , mientras que el aquél ha sido complementario y más centrado en aspectos lúdicos, presentando una menor

profundidad en las necesidades y particularidades de su hija, así como una previsión poco detallada de los cambios que implicaría para la menor la propuesta que formula y como abordaría dichas situaciones

La menor presenta un buen ajuste personal y un vínculo positivo con los progenitores y con los respectivos contextos familiares.

En cuanto a la organización familiar se valora que los posicionamientos de ambos están mediatizados por intereses económicos contrapuestos; no mantienen una relación de cooperación en lo que hace a la crianza de la menor, siendo el proyecto paterno poco definido y realista, por lo cual, en el momento actual, no se considera viable la responsabilidad parental compartida y sí el mantenimiento de la guarda materna y que en todo caso, se amplíe la relación paterno filial.

Según el informe (fol.245) elaborado por la Psicóloga Sra. Virginia el 25-3-2015 con exploración de la menor (el padre fue oportunamente citado para la entrevista) , ésta manifestó que cuando está en casa de " papi" le gustaba ver la tele con su él, jugar al pádel....,"pero pasa mucho rato con Eduardo , Angustia y Rodolfo , los encargados de cocinar y limpiar la casa de Papi" y con el tío Jose Daniel y " Rubi " (sus tíos paternos), lo que fue reconocido por el padre. Se encontraba perfectamente acogida en el entorno materno, con gran afinidad y armonía en la relación materno-filial, una convivencia cordial, armoniosa, cálida y empática.

La madre contaba con disponibilidad para atender a la menor y adecuados recursos personales, buenas capacidades parentales e infraestructura apropiada.

Concluía que la hija mostraba cierta preocupación cuando estaba en casa del padre, ya que le gustaría estar más tiempo con él y sentirse más protegida, por lo que recomienda mantener el sistema de guarda de provisionales. Y no constando prueba alguna que nos lleve a modificarlo, es más, el padre no conocía con exactitud las actividades extraescolares de la menor, siendo la distancia de las que viven los progenitores, DIRECCION002 - DIRECCION001 es de 20 km, con lo que ello supone a la hora de los desplazamientos al colegio de la menor en horas punta, es por lo que en este particular debemos desestimar el recurso.

TERCERO .- En cuando a la pensión de alimentos que la sentencia fija en 600 €, el padre alegaba en su contestación que carecía de ingresos, sin embargo, al EATAF reconoció que trabajaba de comercial. Pues bien, de las pruebas que constan en estas actuaciones, vemos por la documentación aportada por la actora, notas simples del Registro (doc. 8 a 11), que constaba como apoderado y/o administrador de diversas mercantiles, tales como CUCA?S LUXURY, TIRAMISU SPAIN, GOLD HOUSE 2.000 SL (la cual consta disuelta en 28-4-2010) y DIAMONDS CENTER INT. ESPAÑA de la que es Director según la propia web. En la misma se dice que se graduó como experto en diamantes en 1996 del HRD Antwerp en Bélgica. " Jenaro cuenta con un laboratorio de diamantes totalmente instalado a su disposición en Barcelona". (doc. 13).

Consta en el informe del detective de la empresa Activa Investigación de 1-4-2015 (fol.530) que el mismo, tras dejar a su hija en el colegio, a la que lleva en motocicleta, se desplaza a las dependencias donde están los rótulos de las empresas TIRAMISU SL, CUCA?S LUXURY PRPIETERS y DCI sitas en la calle Isaac Peral 65, local 2 de Badalona , en cuya web aparece como miembro de la bolsa de diamantes de Antwerp desde 2014 y en LinkedIn como director de Marketing en España y Latinoamérica de Diamond Center Internacional y de relacionarse con Tiramisú y Gold House 2000.

Según datos del PNJ (fol.638) a 1-7-2014 está de alta en Tiramisú España SL, la cual certificó el 10-7-2015 (fol.686) que percibe una nómina de 545,89 €. De tal entidad, es administrador marido de la madre del apelante, Sr. Ovidio , de **nacionalidad** holandesa, y el apelante apoderado, (fol.862) y consta que el 7-2-2017 (fol.837), es decir, con posterioridad a la sentencia que se recurre, aquél le revocó los poderes de CUSA?S LUXURY PROPERTIES, SL. Finalmente diremos que el apelante es socio del Club Deportivo Masnou por lo que paga 45 €/mes y 950 de alquiler aunque dijo que lo pagaba su madre.

En cuanto a la actora, trabaja en un negocio familiar de bisutería y complementos, y es titular de un amarre en Port Aiguadolç que está en venta , una casa unifamiliar sita en la CALLE001 NUM002 de DIRECCION003 que adquirió por 8.100 € en la Comunidad Valenciana que está alquilado por 600 €, y un apartamento en copropiedad sito en la DIRECCION004 NUM003 , DIRECCION005 (Illes Balears) sobre la que pesa una hipoteca que paga su madre. Al 2015 cobraba nóminas de 751,40 € (fol.638).

El colegio del menor supone un coste al curso 2016/2017 de 3.084 €, es decir, 257 €/mes, y la mutua sanitaria 76 €/mes. En estas circunstancias, teniendo en cuenta que el padre reconoció que ambos han de abonar el 50 % del préstamo que grava la vivienda común, 836 €, pero muy fundamentalmente la carencia de prueba plena de los ingresos del padre, prueba que a él le correspondía por ser la fuente directa de conocimiento (art. 217 LEC), no entendiéndose cómo con los ingresos que reconoce pueda hacer frente a los gastos , por ejemplo, de cocinero y servicio doméstico al no haber quedado acreditado que los satisfaga su madre o el esposo de ésta, ni la causa de la revocación de los poderes de alguna de las empresas para las que presta sus servicios....



Oscurantismo en definitiva en este particular que nos hace inviable establecer la proporcionalidad en el pago de la pensión en los términos del art. 237-9 CCC, es por lo que debemos mantener el pronunciamiento impugnado.

CUARTO .- Por lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda, el art. 233-20 CCC viene a decir que en los casos en que existan hijos menores de edad o mayores sin ingresos propios, ante una situación de ruptura familiar ha de procurarse mitigar las consecuencias de tal ruptura en interés de éstos, razón por la cual, a falta de acuerdo entre los cónyuges, si existen tales hijos la vivienda se atribuirá al cónyuge que ostente la guarda y custodia, y sólo para el caso de que no existan hijos, o si existen sean mayores, se atribuirá preferentemente al cónyuge más necesitado de protección, y aún en este caso de forma temporal, y en ordinal 7 que si la vivienda pertenece en todo o en parte al cónyuge no beneficiario, debe ponderarse esa atribución en especie para la fijación de los alimentos y de la prestación compensatoria.

En nuestro caso se ha atribuido a la madre durante diecisiete años a contar de la sentencia de divorcio, y el padre la pide para sí hasta la venta o hasta la finalización de la guarda caso de custodia compartida o exclusiva, a lo que debemos acceder al amparo del art. 233-20.2 del mismo texto legal.

QUINTO .- En lo relativo a la prestación compensatoria , que la sentencia fija en 500 ? durante cinco años, antes de nada diremos que el art. 233.14.1 CCC dispone que el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. Y por otro lado, como dice la sentencia del TSJC de 27-9- 2012," el pago de dicha prestación en forma de pensión, el art. 233.17. 3 y 4 CCCat , dispone que debe pagarse en dinero y por mensualidades avanzadas, siendo de añadir que, a tenor de lo establecido en el pfo. 4º del art. 233. 17 CCCat , ha de otorgarse por un período limitado, salvo que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido".

En el caso presente vemos que la actora siempre ha trabajado en el negocio familiar, percibiendo nóminas de 751 ? y cobra 600 del alquiler de la vivienda de Calvet, además de ser propietaria y/o copropietaria de los inmuebles arriba señalados ,en tanto que el demandado, no obstante las dudas mencionadas sobre sus ingresos, cobra nóminas de 545,89. La convivencia ha tenido una duración de nueve años. Así las cosas entendemos que no se dan los requisitos arriba expuestos para el reconocimiento de la prestación, máxime cuando le ha sido atribuido el uso de la vivienda común, con lo cual debemos dejar sin efecto la misma .

SEXTO .- Acerca de la pretensión de que se revoque la prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial, dado que el mismo realiza frecuentes viajes al extranjero, tales como a Bruselas, Madrid, Amsterdam, Berlín, Niza, Málaga, Amberes..... Al respecto debe indicarse que El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, creado el 25 de octubre 1980, es un convenio multilateral creado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. Constando que en todos los países en los que están dichas ciudades son firmantes del convenio, por lo que no existe riesgo de que la menor pueda ser retenida en los mismos, dado el sistema de protección que ofrece dicho Convenio, debe dejarse sin efecto la prohibición de salida.

SEPTIMO .- Finalmente, en lo que se refiere a que se deje sin efecto la obligación de pagar el 50% de la cuota con garantía hipotecaria que grava la vivienda común y que acuerda el auto de aclaración, debemos rechazarla dado que así lo dispone el art. 233-23 CCC que literalmente se refleja en el mismo.

OCTAVO .- Dada la resolución que se adopta o procede hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jenaro contra la sentencia de fecha 2- 11-2016 y auto aclaratorio de 2-1-2017, dictados por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia 6 de los de DIRECCION000 , debemos revocar y revocamos la primera resolución en el sentido de que el uso de la vivienda se atribuye a la Sra. Sofía hasta que la hija común alcance la mayoría de edad, se deja sin efecto la prestación compensatoria, así como la prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial previa, confirmando los demás extremos de la misma, ello sin que proceda hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.



Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ