



Roj: **SAP IB 260/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:260**

Id Cendoj: **07040370042015100052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **18/02/2015**

Nº de Recurso: **426/2014**

Nº de Resolución: **53/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00053/2015**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES**

**APELACIÓN CIVIL; SECCIÓN 4ª**

Rollo nº 426/14

Autos nº 1002/13

Ilmos. Sres.

Presidente: Dº Álvaro Latorre López.

Magistrados: Dª María Pilar Fernández Alonso.

Dº Miguel Álvaro Artola Fernández.

**SENTENCIA nº 53/2015**

En Palma de Mallorca, a dieciocho de febrero de dos mil quince.

**VISTOS** en fase de apelación por los Ilmos. Sres. referidos los autos de proceso especial de familia sobre divorcio y adopción de medidas, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Palma, estando el número de autos y actual rollo de Sala consignados arriba, actuando como parte demandante en el juicio principal y demandada en el juicio acumulado, hoy parte **apelada**, Don Bernardino, representado por el Procurador Don Juan María Cerdá Frías y defendido por la Letrada Doña Belén Pérez-Torres Carballo, siendo parte demandada en el juicio principal y demandante en el juicio acumulado, hoy parte **apelante**, Doña Emma, representada por el Procurador Don Onofre Perelló Alorda y defendida por el Letrado Don Antonio Redondo Pomar, **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 el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Palma en fecha 14 de abril de 2014 en los presentes autos de procedimiento especial de familia en ejercicio de acción de divorcio y adopción de medidas contenciosas, seguidos con el número 1002/13, de los que trae causa el presente rollo de apelación, exponía en su Fallo, objeto del presente recurso, lo que se transcribirá:

*"Estimando en parte la demanda principal formulada por Don Bernardino contra Doña Emma, y estimando en parte la demanda acumulada presentada por Doña Emma contra Don Bernardino, acuerdo la disolución*



por divorcio del matrimonio de los expresados cónyuges, con todos los efectos legales inherentes, y en especial los siguientes:

Primero.- Hasta el día 1 de marzo de 2015 regirán las siguientes medidas complementarias:

1º) Se atribuye la guarda y **custodia** de la hija menor Valentina a la madre Sra. Emma ; ejerciendo conjuntamente ambos progenitores la patria potestad.

2º) Se atribuye el uso de la vivienda familiar sita en CALLE000 número NUM000 , de esta ciudad, a la hija menor Valentina y a la madre Sra. Emma , con su ajuar y mobiliario domésticos.

Los gastos derivados de la propiedad de la vivienda (impuesto sobre bienes inmuebles, derramas de la comunidad, etc.) serán satisfechos por ambos litigantes por mitad, mientras que los gastos dimanantes de su uso (suministros, tasas por prestación de servicios, cuotas ordinarias de la comunidad, etc.) serán pagados por la demandada. Las cuotas del préstamo hipotecario y las primas de los contratos de seguro que hayan podido concertar los litigantes serán abonadas conforme al título constitutivo.

3º) El padre Sr. Bernardino disfrutará de derecho de visitas con la hija menor Valentina en los términos que acuerden ambos progenitores, y en su defecto dicho régimen de visitas será el siguiente:

a) Tres mañanas de los días entre semana, que a falta de acuerdo serán los lunes, miércoles y viernes. Cada visita tendrá dos horas de duración. El horario de dichas visitas será establecido de común acuerdo por las partes, y en su defecto será decidido por la madre, comunicándolo al padre con dos días naturales de antelación.

b) Dos tardes de los días entre semana, que a falta de acuerdo serán los martes y jueves. Cada visita tendrá dos horas de duración. El horario de dichas visitas será establecido de común acuerdo por las partes, y en su defecto será decidido por la madre, comunicándolo al padre con dos días naturales de antelación.

c) Los sábados y domingos, mediante dos estancias del padre con la hija en cada uno de ambos días, de dos horas de duración cada una de ellas, la primera por la mañana y la segunda por la tarde. El horario de dichas visitas será establecido de común acuerdo por las partes, y en su defecto será decidido por la madre, comunicándolo al padre con dos días naturales de antelación.

d) En todas las visitas el padre podrá llevarse consigo a la hija, debiendo recogerla y reintegrarla en el domicilio materno o en la guardería, según corresponda.

4º) El demandante Sr. Bernardino abonará a la demandada Sra. Emma en concepto de pensión de alimentos para la hija menor Valentina la cantidad de 350 euros mensuales, con efectos desde el día 15 de noviembre de 2013, por meses anticipados y dentro de los días 1 a 5 de cada mes, en la cuenta de titularidad de la demandada que ésta designe.

5º) Los progenitores abonarán por mitades e iguales partes los gastos extraordinarios ocasionados por la hija menor Valentina . Se incluyen en tal concepto los gastos de guardería y los muebles y ajuar necesarios para la menor.

Segundo.- A partir del día 1 de marzo de 2015 regirán las siguientes medidas complementarias:

1º) La patria potestad y la guarda y **custodia** sobre la hija menor Valentina será **compartida** por ambos progenitores. La **custodia compartida** será ejercida del siguiente modo:

a) Durante el curso escolar y durante los días no lectivos de los meses de junio y septiembre, la hija estará con la madre y con el padre en semanas sucesivas, que se iniciarán y concluirán a las 19 horas del domingo. El primer turno de estancias corresponderá al padre, y se hará efectivo a partir del domingo día 1 de marzo de 2015.

b) Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos períodos para estancias de la hija menor con cada uno de los progenitores. El primer período incluirá desde las 19 horas del día de finalización de las clases del primer trimestre hasta las 19 horas del día 30 de diciembre, y el segundo período se extenderá desde dicho día y hora hasta las 19 horas del día previo al de comienzo de las clases del segundo trimestre. Salvo acuerdo de las partes, en los años pares la menor estará con el padre en el primer período, y con la madre en el segundo período. En los años impares será a la inversa.

c) Las vacaciones escolares de Semana Santa se dividirán en dos períodos para estancias de la hija menor con cada uno de los progenitores. El primer período incluirá desde las 19 horas del día de finalización de las clases del segundo trimestre hasta las 19 horas del domingo siguiente, y el segundo período se extenderá desde dicho día y hora hasta las 19 horas del día previo al de comienzo de las clases del tercer trimestre. Salvo acuerdo de los progenitores, en los años pares la menor estará con el padre en el primer período, y con la madre en el segundo período. En los años impares será a la inversa.



d) Para las vacaciones escolares de verano se establecen dos bloques de estancias. El primer bloque incluye desde el día 30 de junio al día 15 de julio, y desde el día 31 de julio al día 15 de agosto. El segundo bloque incluye desde el día 15 de julio al día 31 de julio, y desde el día 15 de agosto al día 1 de septiembre. Los intercambios de la menor tendrán lugar a las 19 horas. Salvo acuerdo de las partes, en los años pares la hija estará con el padre durante el primer bloque, y con la madre durante el segundo bloque. En los años impares será a la inversa.

e) En todos los casos la menor será recogida por el progenitor que deba hacerse cargo de su **custodia** o por persona autorizada, en la guardería, en el centro escolar o en el domicilio del otro progenitor, según corresponda.

f) Durante todo el año, el progenitor no custodio tendrá consigo a la hija en régimen de visitas durante una tarde a la semana, que en defecto de acuerdo será la del miércoles, desde la salida del colegio o guardería (o desde las 16 horas, en su defecto) hasta las 20 horas. En estos casos la menor será recogida y reintegrada a su domicilio por el progenitor no custodio.

2º) Se atribuye a la hija menor Valentina y al progenitor que la tenga consigo durante la estancia correspondiente el uso de la vivienda familiar, sita en CALLE000 número NUM000 , de esta ciudad, con su mobiliario y ajuar.

Los gastos derivados del uso y de la propiedad de la vivienda serán satisfechos por ambos litigantes por mitad. Las cuotas del préstamo hipotecario y las primas de los contratos de seguro que hayan podido concertar los litigantes serán abonadas conforme al título constitutivo.

3º) En cumplimiento de su respectiva obligación de alimentos para con la hija menor Valentina , cada uno de los progenitores se hará cargo de sus necesidades ordinarias (ropa, calzado, higiene, transporte, alimentación, ocio, etc.) durante sus períodos de convivencia.

4º) Además, en concepto de pensión de alimentos para la hija menor, el padre Sr. Bernardino abonará a la madre Sra. Emma la cantidad de 150 euros mensuales, a partir del mes de marzo de 2015 inclusive. Dicha cantidad será ingresada en la cuenta corriente o libreta que designe la demandada, por meses anticipados y en los cinco primeros días de cada mes, y será actualizada anualmente con efectos a la misma fecha, conforme a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadístico u organismo que lo sustituya, sin necesidad de previo requerimiento.

5º) Los gastos de carácter médico y farmacéutico no cubiertos por póliza de seguro o por la Seguridad Social, así como los gastos derivados de la educación de la hija menor que tengan carácter obligatorio y/o necesario serán abonados por ambos progenitores por mitad.

De la misma forma serán satisfechos los gastos extraordinarios de la hija menor que sean concordados por ambos progenitores. A falta de acuerdo, el gasto será abonado por aquel progenitor que decida su realización.

Tercero.- Estimando la petición contenida en la demanda principal, se aprueba la extinción de la copropiedad que los litigantes ostentan sobre la referida vivienda familiar sita en CALLE000 número NUM000 , de esta ciudad. La división de la cosa común podrá hacerse efectiva a partir del día NUM001 de 2014.

Desestimo las restantes pretensiones formuladas por las partes.

No se hace expreso pronunciamiento en costas."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación que correspondió a esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Baleares. Dicho recurso fue instado por la representación procesal de Dª Emma , y se fundó en las alegaciones que obran en su escrito, de entre las cuales cabe subrayar las que se resumirán:

**PRIMERO.-** Infracción del artículo 94 del Código Civil en relación al régimen de Guarda y **Custodia** acordado en el Fallo de la sentencia a partir del 1 de marzo de 2015.

La sentencia recurrida establece otorgar la Guarda y **Custodia** de la niña, de 9 meses de edad y aún lactante, a mi representada, pero dicha guarda y **custodia** es limitada hasta el día 1 de marzo de 2015, esto es, dentro de un año.

Esta parte entiende que la sentencia que se dicte en este procedimiento debe tener en cuenta el interés de la menor, que no es citado en la sentencia, y debe valorar las circunstancias actuales de la misma, sin hacer prospecciones ni especulaciones sobre cual será el interés de la menor dentro de un año.

Si queda la sentencia como está, independientemente de cuales sean las circunstancias de las partes en fecha 1 de marzo de 2015, la guarda y **custodia** pasará a ser **compartida** y con régimen de estancia de la niña con ambos progenitores por semanas alternativas, aunque ello no sea lo mas conveniente para el interés de la niña en esa fecha (¿Qué ocurriría si el día 1 de marzo de 2015 la niña continúa la **lactancia materna**?). Ambos progenitores afirmaron en la vista oral que el pediatra de la niña ha aconsejado a los progenitores que se mantenga la **lactancia materna** el máximo tiempo posible. Que esto es beneficioso para los recién nacidos no hace falta que lo diga un



pediatra, es de público conocimiento. Pero no se trata únicamente del período de **lactancia** de la niña, sino de que se está determinando a un año vista qué será lo mejor para ella y ello puede dar lugar a desajustes y errores que, en esta materia, no debe correrse el riesgo de que puedan llegar a suceder.

Entendemos por tanto, dicho sea con el debido respeto, que un tema tan delicado como el régimen de guarda y **custodia** de un bebé debe decidirse en función de las circunstancias actuales de la familia y de la menor.

Y dichas circunstancias familiares actuales son las que se han acreditado y admitido por ambas partes, que se trata de una niña que acaba de nacer, aún lactante, y ello no deja lugar a dudas sobre el régimen de guarda y **custodia** que conviene a la niña actualmente. Sobre lo que pueda convenirla dentro de un año ya se podrá estudiar en ese momento, o mas adelante, pero no podemos especular con que régimen será el más adecuado en tal fecha por que podríamos equivocarnos y dicha equivocación sería muy perjudicial para la niña.

Es cierto que el padre, hasta que se dictó la sentencia, ha estado viendo a la niña por la mañana una hora u hora y media, pero también lo es que ha estado con la madre 24 horas al día desde que nació, incluyendo la hora u hora y media que estaba el padre con ellos. Esto y la tan temprana edad de la niña hacen que la única decisión sobre la guarda y **custodia** aceptable en estos momentos sea la de su atribución a la madre.

En nuestra demanda interesábamos un régimen de guarda y **custodia** para la madre por que es la única posibilidad actualmente, y así es recogido en la sentencia para el momento actual, e interesábamos un régimen de visitas para el padre que se fuera ampliando conforme fuera creciendo la niña. Entendemos que dicho régimen de visitas sí que se puede ir ampliando poco a poco, pero decidir ahora que el 1 de marzo de 2015 lo mejor para la niña será que pase de estar 24 horas con la madre y 2 con el padre a estar toda una semana con uno y con otro entendemos que es demasiado especular y arriesgarse a que ocurra sin que sea lo mejor para la niña en tal fecha.

También quedó acreditado que el Sr. Bernardino tiene dos trabajos, uno que le ocupa toda la mañana desde las 9'30 aproximadamente hasta gran parte de algunas tardes, y otro que le ocupa las otras tardes, y ambos le ocupan también con eventos muchos fines de semana, tanto sábados como domingos.

El Sr. Bernardino lo niega, pero por el tipo de trabajos que son, es público y notorio que es así. Sobre todo cuando se acercan campañas electorales como la que actualmente está en marcha y las que vendrán en el próximo año y medio como mínimo (Europeas, municipales, autonómicas y nacionales). Eventos electorales, reuniones de partido, planificación de campañas, reuniones con colectivos, cenas y comidas de partido y de campaña, etc. De forma que la guarda y **custodia** que solicita de contrario de forma **compartida** no es para él sino para sus padres.

En cuanto al uso de la vivienda, ésta debe ser atribuida a quien ostenta la posición mas débil de entre ambos progenitores aun en el caso de que la guarda y **custodia** fuere **compartida**, de hecho el Sr. Bernardino aportó a la vista oral del juicio un contrato de arrendamiento de una vivienda en la que afirmó viviría en adelante, por tanto otorgar el uso de la vivienda por semanas a uno otro progenitor cuando tengan su semana de estancia con la niña en el caso de que la guarda y **custodia** fuere **compartida**, sería en este caso, innecesario. Mi representada no tiene otro sitio donde ir a vivir, ni podrá tenerlo pues sus ingresos no le permiten hacerse cargo de todos los gastos que debe asumir y además alquilar otra vivienda.

SEGUNDO.- Interpretación errónea de los artículos 91 , 93 y 14.2 y ss. CC en relación a la prestación de alimentos y del art 100 del referido texto legal ERROR EN LA INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA.

Tratándose de alimentos, el Código Civil adopta un concepto amplio, a tenor de lo que dispone el art. 142 , y establece un criterio de proporcionalidad entre los ingresos de quienes deben prestarlos y las necesidades de quien ha de recibirlos (art. 146); y no debe olvidarse que a la prestación alimenticia, en caso de separación matrimonial, están obligados ambos progenitores, pero debe considerarse el cuidado y atención de los hijos como contribución de parte de quien los tenga bajo su **custodia**. Y dicha contribución ha de ser proporcional a los ingresos de cada uno de los progenitores.

En cuanto a la situación económica de ambas partes, también quedó acreditado que ambos trabajan, que el Sr. Bernardino tiene unos ingresos que superan el doble de lo que cobra mi representada, y que constante matrimonio ambos ingresaban en la cuenta común sus salarios y de esa cuenta se cobraban todos los gastos de la familia, hipoteca, impuestos, etc.

En cuanto a lo decidido en la sentencia en el Primer punto del fallo, entendemos que, si la ley establece que las cargas económicas del matrimonio se satisfarán en proporción al caudal económico de ambas partes, así debe ser abonado el crédito hipotecario de la vivienda que fue familiar y en la que reside la niña.

TERCERO.- Régimen de visitas y estancia de la niña. Tal como ya se ha mencionado al final de la Alegación primera de este escrito, el régimen de visitas que esta parte propuso, con una ampliación progresiva a medida que la niña vaya creciendo, sí que es adecuado para ella y para la correcta evolución de la relación de ésta con ambos progenitores.





Tengamos en cuenta que, de ratificarse la sentencia tal como está, la niña pasará de un día para otro, de estar 22 horas con su madre todos los días, a estar una semana sin verla prácticamente, ni de día ni de noche, mas que unas horas los miércoles por la tarde. Entendemos que ese es un cambio demasiado radical para la niña, y que, dada su corta edad, debería ser algo mas progresivo.

Aun en el caso de que por la Audiencia se decidiera mantener la fecha fija del 1 de marzo de 2015 para el cambio de guarda y **custodia**, esta parte entendería mas adecuado para la niña que estuviera al menos un año mas con un régimen de estancias de Lunes, Miércoles y Viernes con un progenitor y Martes, Jueves y fin de semana con el otro progenitor, alternativamente, al menos hasta que empiece el colegio con tres años, cuando podría empezar a ser un régimen de semanas alternativas.

En cuanto al régimen acordado en el punto primero del fallo, hasta el 1 de Marzo de 2015, para el fin de semana de dos horas por la mañana y dos horas por la tarde de cada día sábado y domingo, es un horario que no permite que la madre esté con la niña de paseo o de visita ningún día del fin de semana, por ello entendemos que debería fijarse, bien solo las visitas por la mañana o por la tarde, o bien al menos uno de los dos días del fin de semana fuera alternativo, de forma que un sábado o un domingo de cada fin de semana alternativo la madre no tuviera problema alguno.

En su virtud, la parte apelante terminó suplicando que se dicte nueva sentencia "...que revoque la de instancia y acuerde de conformidad a lo peticionado por ésta parte en su escrito de demanda y de oposición a la demanda acumulados con la salvedad de que el régimen acordado en el Auto de medidas provisionales (Letra A del régimen de visitas solicitado) se mantenga hasta que la niña cumpla un año y medio (Dado que es aún lactante y previsiblemente lo seguirá siendo tras cumplir el año) manteniendo el resto de peticiones de nuestro referido escrito. SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que por la Sala se decidiera mantener la fecha de 1 de marzo de 2015 para el cambio de régimen de guarda y **custodia** de la niña, interesamos que el régimen de estancias del punto 1º letra a) se distribuya de la siguiente manera: Lunes, Miércoles y Viernes con un progenitor y Martes, Jueves y fin de semana con el otro progenitor, alternativamente, hasta que la niña empiece el colegio con tres años cumplidos, cuando podría empezar a ser un régimen de semanas alternativas. Con atribución en todo caso del uso de la vivienda que fue Sra. Emma y a la menor que convivirá con ella."

**TERCERO** .- La representación procesal de la parte apelada se opuso a los motivos del recurso reiterando y desarrollando lo que ya expusiera en primera instancia, a todo lo cual procede remitirse en orden a la brevedad. No obstante, cabe destacar las alegaciones siguientes:

- Durante el acto de juicio, celebrado el pasado 1 de abril, quedó probado que la **lactancia materna** se había reducido a momentos puntuales ya que resultaba totalmente incompatible con el horario laboral de 8 a 3 de la Sra. Emma , apelante.
- ¿Por qué modificar el fallo de la sentencia de primera instancia en cuanto a la atribución de la guarda y **custodia compartida** de Valentina desde el 1 de marzo de 2015? si:
  - La menor habrá finalizado totalmente la alimentación **materna**.
  - La Sra. Emma NO se opuso durante el acto de juicio a la guarda y **custodia compartida**, no alegó razón alguna que indique que la guarda y **custodia** atribuida en exclusiva a la madre sea más beneficiosa para Valentina .
  - Permite involucrarse a ambos progenitores en todos los aspectos relativos a salud, educación y ocio de su hija.
  - El padre ya habrá podido relacionarse con su hija de manera amplia atendiendo al régimen de visitas acordado en la sentencia de primera instancia.
  - Idoneidad de ambos progenitores.
  - La menor ya irá a la guardería, los progenitores ya han consensuado el centro y la fecha de comienzo que será el mes de septiembre, de 2015 porque la niña pasa de estar 24 horas con la madre y 2 con el padre a estar una semana con uno y con otro, totalmente falso, la madre se va a trabajar y la niña se va a casa de los abuelos maternos hasta que la madre finaliza la jornada laboral a las 15:00 horas.
  - La Sra. Emma utiliza de forma reincidente la **lactancia materna** de su hija para justificar la guarda y **custodia** en exclusiva y como estratagema para (dicho sea en términos de defensa) que se le adjudique el uso de la vivienda familiar.
  - Falsa la afirmación de adverso cuando dice que el Sr. Bernardino tiene dos trabajos y dice que lo niega, cuando en realidad lo que tenía eran dos cargos políticos sólo uno remunerado; el apelado afirmó en el acto de juicio que en fecha 5 de mayo de 2014 cesaba su cargo de Secretario General Insular de nuevas generaciones por cumplir 30 años. Carece de todo sentido dar a entender de manera torticera que al ejercer el padre un cargo político, las campañas electorales, las reuniones de partido, cenas y comidas no le permitan ejercer la guarda y **custodia**



**compartida** cuando hay que manifestar que a pesar de la elecciones europeas celebradas recientemente el Sr. Bernardino cumplió minuciosamente con todas sus obligaciones como padre.

· En conclusión, esta parte considera que el fallo de la sentencia impugnada en cuanto a la atribución de la guarda y **custodia compartida** por ambos progenitores de la hija menor, Valentina, se haga efectiva el día 1 de marzo de 2015 y atribuya el uso de la que fuera vivienda familiar junto con el ajuar a la hija y al progenitor que la tenga consigo en cada momento ampara el interés superior de la menor si además de ello, el padre cumple de manera impecable con los horarios de visitas impuestos por la madre, con todas las visitas al pediatra y contribuyendo puntualmente a sus gastos, no hay motivo alguno para que dicho acuerdo sea revocado en segunda instancia, en este sentido cabe mencionar las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2013, 19 de julio de 2013, 12 de diciembre de 2013 entre otras.

· La impugnación relativa al concepto de alimentos carece de base, a lo largo de su escrito ni detalla cuales son los gastos exactos de la menor ni argumenta el porqué de su impugnación, siendo el único razonamiento que el Sr. Bernardino recibe unos ingresos superiores a la Sra. Emma, motivo por el cual la sentencia ya establece que desde el momento que se haga efectiva la guarda y **custodia compartida** el padre deberá abonar la suma de 150 mensuales para paliar ese posible desequilibrio.

Reiterar nuevamente el ímpetu de la apelante de dejar constancia del desequilibrio actual del tiempo de estancia con la menor siendo incongruente y carece de veracidad, ni la madre está 20 horas al día con su hija ni permite que el padre pueda estarlas.

A mayor abundamiento, el sueldo de que disfruta el apelado, Sr. Bernardino, se presume asegurado hasta el mes de mayo de 2015.

· Ha quedado probado durante el juicio que el régimen de visitas propuesto por la madre en su demanda de divorcio y contestación a la demanda principal acumulada es totalmente restrictivo, el régimen establecido en la sentencia impugnada permite la correcta evolución de la menor con ambos progenitores durante tiempo suficiente para comenzar a ejercer la guarda y **custodia compartida**, el 1 de marzo de 2015.

· La propuesta de **custodia compartida** propuesta por la madre no hace más que entorpecer el disfrute de la misma y complicar el uso de la vivienda familiar por el progenitor que le corresponda en cada momento el ejercicio de la **custodia**. Dicha propuesta carece de toda lógica desde el momento que Valentina comienza la guardería en el mes de septiembre cuando ya haya cumplido un año de edad y la guarda y **custodia compartida** se iniciará cuando la menor tenga 18 meses, año y medio. Petición que atiende más a la solicitud de uso en exclusiva de la vivienda familiar por parte de la Sra. Emma tal y como solicita de manera subsidiaria en el Suplico de su Recurso de Apelación.

Por lo expuesto, la parte apelada terminó suplicando que se dicte sentencia "...por la que desestime el recurso de apelación y confirme íntegramente la sentencia de fecha 14 de abril de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 20, quedando el Auto de medidas provisionales sin efecto y condene a las costas del mismo a la parte recurrente. Y SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que la Sala considere que es más oportuno iniciar el régimen de guarda y **custodia compartida** desde el día 1 de marzo de 2015 y hasta que Valentina cumpla 3 años, es decir, el NUM001 de 2016, como propone la apelante, interesamos se ejercite como se detalla a continuación con el fin de evitar malos entendidos, atribuyendo el uso de la vivienda y ajuar a la menor Valentina y al progenitor con el que conviva en cada turno de estancias de manera alternativa, tal y como establece la sentencia de primera instancia además de mantener la pensión por alimentos a favor de la menor por la cantidad de 150 desde el 1 de marzo de 2015:

-. Lunes, miércoles y viernes: al progenitor que corresponda dichos días recogerá a la menor en el centro escolar, pernoctará con la hija en la vivienda familiar y la reintegrará al día siguiente en el centro escolar, en caso de ser día no lectivo el cambio de **custodia** se realizará a las 10:00 horas. Al progenitor que corresponda estos días permanecerá en el domicilio familiar con la menor hasta el sábado a las 10:00 horas.

-. Martes, jueves y fin de semana: al progenitor que corresponda dichos días recogerá a la menor en el centro escolar, pernocta en el domicilio familiar con la menor hasta el día siguiente que la reintegrará en el centro escolar, en caso de ser día no lectivo el cambio de **custodia** se realizará a las 10:00 horas. El fin de semana se inicia el sábado a las 10:00 horas. "

**CUARTO.**- 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.

**ÚLTIMO** .- Por la representación procesal de la parte apelada fue propuesta en esta alzada prueba consistente en unión de documental bancaria, de la lista definitiva de alumnos admitidos en la escoleta Son Espases, y relativa al pago de la matrícula y abono del 50% en concepto de gasto extraordinario por parte del padre. Prueba



a cuya unión no se opuso la adversa, siendo la misma acordada por la Sala. Siguiéndose después 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.

## 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 principal, Don Bernardino , solicitó la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, celebrado el día 22 de mayo de 2012 y del que nació una hija llamada Valentina , en fecha día NUM001 de 2013; solicitando, igualmente, la adopción de las correspondientes medias derivadas de la ruptura, la cuales obran en el escrito correspondiente.

Por su parte, D<sup>a</sup> Emma instó igualmente demanda de disolución por divorcio del citado matrimonio, la cual, al igual que la primera demanda, se fundaba en el hecho de haber transcurrido el plazo legal prevenido en los artículos 86 y 81.1 del Código Civil ; y solicitó, asimismo, las medidas complementarias que figuran en el " *petitum* " de la misma.

En los autos principales fue presentada contestación a la demanda, por parte del Ministerio Fiscal, oponiéndose a su estimación en tanto no quedasen acreditados los hechos en ella expuestos. E igualmente, en los autos acumulados el Fiscal presentó escrito en el mismo sentido.

Por su parte, la demandada principal presentó escrito de contestación, adhiriéndose a la solicitud de divorcio por ella instada, e interesando el establecimiento de sus propias medidas complementarias. Mientras que en el juicio acumulado el demandado presentó contestación en el mismo sentido que ya expusiera en su demanda.

La sentencia de instancia, tras decretar el divorcio, consideró, respecto de las medidas solicitadas y, en concreto, con relación a la guarda y **custodia** de la hija común (a la sazón encomendada a la madre por decisión adoptada en el auto número 360/2013, dictado por el mismo Juzgado el día 30 de septiembre de 2013 en la pieza de medidas provisionales previas número 680/2013), que tal y como expuso la representante del Ministerio Fiscal durante sus conclusiones orales, esta situación debe cesar una vez que la menor pueda prescindir de la alimentación **materna**, para dar paso a la **custodia compartida** de la niña mediante estancias semanales con cada uno de los progenitores y reparto de las vacaciones por mitad. Las razones que sustentaron en la sentencia de instancia esta conclusión son de índole material y de orden jurídico, concretándose en las siguientes:

*En lo primero, el padre de la menor viene cumpliendo de manera impecable sus obligaciones como tal, contribuyendo puntualmente a sus gastos y ejerciendo sin fallo alguno su derecho de visitas.*

*Y en lo segundo, estamos ante uno de los supuestos contemplados en el artículo 92.8 del Código Civil , con los matices introducidos por la jurisprudencia que ha hecho interpretación de tal precepto, en cuyas sentencias más recientes ( STS de 29 de abril de 2013 ) se acota la nota de excepcionalidad que acompaña a dicho instituto.*

Por lo tanto, y en atención a la edad de la menor y a su condición de lactante, la sentencia dispuso, en cuanto a la guarda y **custodia** y en lo que a la asignación de la vivienda familiar afecta, los siguientes acuerdos:

*La **custodia compartida** comenzará el domingo día 1 de marzo de 2015, una vez que la menor haya cumplido dieciocho meses, en que ya no requerirá de alimentación **materna**. Para instrumentarla se habilitan estancias alternas de la menor con cada uno de los progenitores, y se dividen por mitades los períodos vacacionales, estableciéndose igualmente una visita intersemanal de la niña con el progenitor no custodio, que a falta de acuerdo tendrá lugar los miércoles por la tarde.*

*Hasta la citada fecha continuarán en vigor las medidas provisionales aprobadas, si bien se intensificarán los contactos entre padre e hija, mediante la habilitación de cuatro nuevas visitas, que tendrán lugar los martes, jueves, sábados y domingos por la tarde.*

*Lo anterior determina que a partir del día 1 de marzo de 2015 el uso de la vivienda familiar sea atribuido a la menor Valentina y al progenitor con el que conviva en cada turno de estancias, ex artículo 96 del Código Civil . Los gastos derivados del uso de la vivienda serán repartidos por mitad, y los derivados de la propiedad serán satisfechos por ambos litigantes, también por mitades.*

*El préstamo o préstamos por ellos concertados, así como los seguros anexos, serán satisfechos conforme a su título constitutivo, pues de aprobarse una distribución desigualitaria de los mismos, como solicita la parte demandada, se produciría un enriquecimiento injusto a su favor, porque conservaría la mitad indivisa de la propiedad sin haber satisfecho la mitad del precio del inmueble.*



De otra parte, procede aprobar la petición causada por el demandante en orden a la división de la cosa común constituida por la que fue vivienda familiar para cuando la hija menor haya cumplido un año de edad; y ello en virtud de la reforma introducida por la Ley 5/2012, de 6 de julio, que ha modificado en tal sentido el artículo 438 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En materia de alimentos ( artículo 142 del Código Civil ), la **custodia compartida** conlleva que cada litigante se haga cargo de la satisfacción de las necesidades ordinarias de los hijos durante su correspondiente período de convivencia, cuando los ingresos de ambos progenitores guardan similitud. No ocurre así en el caso de autos, porque los del demandante son superiores a los de la demandada en unos 1.500 euros mensuales aproximadamente, razón por la cual procede establecer en 150 euros la prestación debida por el primero a la segunda.

Además, los progenitores deberán hacer frente por mitad a los gastos de la hija menor derivados de su salud, así como a los gastos escolares o derivados de su educación que sean necesarios u obligatorios, todos los cuales están incluidos en el concepto jurídico de alimentos. El demandante solicita en este punto que una vez se produzca su cese en su actual cargo público las partes paguen por mitad el seguro médico de la niña; petición que debe decaer, pues la hija contará en todo caso con la cobertura médica de la Seguridad Social. Por consecuencia, el seguro médico privado de la menor es un gasto no necesario que, para ser abonado por mitades, deberá ser previamente consensuado por las partes.

Por último, los gastos extraordinarios no consensuados por ambos progenitores serán abonados por aquél que decida su realización.

En consecuencia, la sentencia de instancia estimó en parte la demanda principal, formulada por Don Bernardino contra Doña Emma , y estimó también en parte la demanda acumulada presentada por Doña Emma contra Don Bernardino , acordando la disolución por divorcio del matrimonio de los expresados cónyuges, con todos los efectos legales inherentes, y con adopción de las medidas ya transcritas en el Antecedente primero de la presente sentencia, al cual nos remitimos.

Frente a dicha resolución fue interpuesto recurso de apelación en los términos concretados en el Antecedente de Hecho Segundo de la presente resolución, oponiéndose la apelada y el Ministerio Fiscal, tal y como también se reflejó en los Antecedentes.

**SEGUNDO.**- Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la representación procesal de la parte apelante cuestiona la fijación judicial del día 1 de marzo de 2015 como fecha en que la guarda y **custodia** pasará a ser **compartida** y con régimen de estancia de la niña con ambos progenitores por semanas alternativas; y ello por haber sido establecida sobre la base de que, una vez que la menor haya cumplido dieciocho meses, " *ya no requerirá de alimentación **materna** "*. Aserto que la apelante critica en la medida en que ello no sea lo mas conveniente para el interés de la niña en esa fecha, pues puede ocurrir que el día 1 de marzo de 2015 todavía continúe con la **lactancia materna**; y, como recuerda la apelante y no cuestiona la apelada: " *Ambos progenitores afirmaron en la vista oral que el pediatra de la niña ha aconsejado a los progenitores que se mantenga la **lactancia materna** el máximo tiempo posible. "*

Así las cosas, siendo notorio, como también recuerda la parte apelante, que la **lactancia materna** es beneficiosa para los recién nacidos (incluso combinándola con otros alimentos), entiende la Sala más apropiado fijar como fecha para el cambio de guarda y **custodia**, no la concreta de 1 de marzo de 2015, sino aquélla en que la **lactancia materna** termine. Bien entendido que, en cualquier caso, es conveniente fijar un límite temporal al objeto de evitar que ello constituya nueva fuente de conflictos, por lo que se establece como tal el de dos años, por ser plazo que, por su margen de amplitud, se considera suficientemente prudente en este sentido.

En consecuencia, la Sala entiende procedente mantener el régimen establecido en la sentencia de instancia, si bien con la modificación antedicha, es decir, la de disponer la redacción del párrafo primero del pronunciamiento "Segundo" del Fallo del modo siguiente:

**Segundo.**- A partir del día en que termine la **lactancia materna**, y, en cualquier caso, con la fecha límite del día NUM001 de 2015 en que la menor Valentina cumplirá los dos años de edad, pasarán a regir las siguientes medidas complementarias: ..."

No obstante, como consecuencia de tal cambio, el apartado 4º) de dicho pronunciamiento " Segundo " quedará redactado del modo siguiente:

**4º)** Además, en concepto de pensión de alimentos para la hija menor, el padre Sr. Bernardino abonará a la madre Sra. Emma la cantidad de ciento cincuenta euros (150.-) mensuales, a partir del día en que se establezca la guarda y **custodia compartida**. Dicha cantidad será ingresada en la cuenta corriente o libreta que designe la demandada, por meses anticipados y en los cinco primeros días de cada mes, y será actualizada





anualmente con efectos a la misma fecha, conforme a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadístico u organismo que lo sustituya, sin necesidad de previo requerimiento.

Siempre sobre la base de que, frente a los argumentos dados en el recurso de apelación, la Sala, al igual que el Magistrado- Juez *a quo* , considera acertado el régimen de guarda y **custodia compartida** para el caso de autos y una vez la **lactancia** concluya. Debiendo recordar, en dicho sentido, lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 29-4-2013, nº 257/2013 (Pte: Seijas Quintana, José Antonio), que estableció criterio doctrinal en el sentido de que la redacción del artículo 92 del Código Civil no permite concluir que la guarda y **custodia compartida** constituya una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Todo ello, bien entendido que si bien la parte apelante terminó suplicando, subsidiariamente, que " *el régimen de estancias del punto 1º letra a* ) (se entiende del pronunciamiento Segundo del Fallo de la sentencia) *se distribuya de la siguiente manera: Lunes, Miércoles y Viernes con un progenitor y Martes, Jueves y fin de semana con el otro progenitor, alternativamente, hasta que la niña empiece el colegio con tres años cumplidos, cuando podría empezar a ser un régimen de semanas alternativas.*". Sin embargo, tal opción no se justifica para la Sala, no ya por la alegación de la contraparte, que reprocha a tal petición el hecho de que parece responder más a la pretensión de mantener la vivienda que a otra cosa; sino porque la guarda y **custodia** por plazos de tres o cuatro días con cada progenitor no presenta en autos ventajas relevantes, en la medida en que la relación de la hija con el padre es buena y se ha venido acrecentando su intensidad con el régimen progresivo fijado en primera instancia. Por otro lado, ya se fija un régimen de visita intersemanal de cuatro horas a favor del progenitor que no ejerza la **custodia** dicha semana, que, en defecto de acuerdo, será los miércoles (punto Segundo, 1º f del Fallo de la sentencia).

**TERCERO** .- Por otro lado, y en relación a la vivienda familiar, pide la apelante en su *suplico* que se asigne la atribución de su uso, en todo caso, " *a la Sra. Emma y a la menor que convivirá con ella.*". Y, por otro lado, si bien no lo lleva al referido *suplico* , en el cuerpo del recurso parece insistir en que el Sr. Bernardino pague más porcentaje en la cuota de hipoteca que la Sra. Emma .

En relación a la primer cuestión, como quiera que la guarda y **custodia compartida** suponen una convivencia alternativa, no sería el caso de concesión del uso de la vivienda al progenitor custodio, como interesa en su *suplico* la apelante, puesto que custodios serán alternativamente ambos. Nótese que la Sala confirma, como hemos visto, el régimen establecido de guarda y **custodia compartida** de la hija menor común, para el cual no prevé propiamente el art. 96 la asignación de la vivienda al progenitor más necesitado de protección; sin que, además, en el caso de autos no hallemos ante un supuesto de perentoriedad de la progenitora que lo solicita, ya que sus ingresos al término de la **lactancia**, para la cual ha solicitado una reducción de jornada, rondarán los 1.200.- mensuales. Por otro lado, la apelante no ataca el pronunciamiento judicial que establece la aprobación de la petición cursada por el Sr. Bernardino , relativa a la división de la cosa común constituida sobre la que fue vivienda familiar para cuando la hija menor haya cumplido un año de edad. Pronunciamiento que, en la sentencia de instancia, se motiva en la redacción, tras la reforma introducida por la Ley 5/2012, de 6 de julio, del artículo 438 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Finalmente, la apelante apunta en su escrito la conveniencia del abono por el Sr. Bernardino de la hipoteca de la vivienda familiar en mayor proporción que la Sra. Emma . Sin embargo, no ataca al respecto la motivación del pronunciamiento judicial merced al cual se denegó tal petición. Por otro lado, tal y como se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 188/2011 de fecha 28/03/2011 , en recurso interpuesto en Interés casacional, el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 del Código Civil .

**ÚLTIMO**.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación no ha lugar a hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales devengadas en esta alzada; 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 ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por Doña Emma , representada por el Procurador Don Onofre Perelló Alorda, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Palma en fecha 14 de abril de 2014 en los presentes autos de



procedimiento especial de familia en ejercicio de acción de divorcio y adopción de medidas contenciosas, seguidos con el número 1002/13, de los que trae causa el presente rollo de apelación, **DEBEMOS ACORDAR Y ACORDAMOS:**

**1. REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de instancia en el único sentido de modificar la redacción del párrafo primero del pronunciamiento " **Segundo** " del Fallo, y, como consecuencia de ello, también se modifica la redacción de la medida señalada en el apartado **4º** ) de dicho pronunciamiento " **Segundo** ". Los cuales quedarán redactados del modo siguiente:

- **Segundo** .- A partir del día en que termine la **lactancia materna**, y, en cualquier caso, con la fecha límite del día NUM001 de 2015 en que la menor Valentina cumplirá los dos años de edad, pasarán a regir las siguientes medidas complementarias: .../...

- **4º**) Además, en concepto de pensión de alimentos para la hija menor, el padre Sr. Bernardino abonará a la madre Sra. Emma la cantidad de ciento cincuenta euros (150.-) mensuales a partir del día en que se establezca la guarda y **custodia compartida**. Dicha cantidad será ingresada en la cuenta corriente o libreta que designe la demandada, por meses anticipados y en los cinco primeros días de cada mes, y será actualizada anualmente con efectos a la misma fecha, conforme a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadístico u organismo que lo sustituya, sin necesidad de previo requerimiento.

**2. CONFIRMAR** el resto de los pronunciamientos del Fallo de la sentencia de instancia.

**3.** 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 15ª 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. Álvaro Latorre López 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.