



Roj: **SAP IB 314/2020 - ECLI: ES:APIB:2020:314**

Id Cendoj: **07040370042020100045**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **30/01/2020**

Nº de Recurso: **430/2019**

Nº de Resolución: **37/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **GABRIEL AGUSTIN OLIVER KOPPEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00037/2020

Rollo núm.: 430/2019

S E N T E N C I A N° 37/2020

Ilmos. Sres.

Doña María del Pilar Fernández Alonso, presidente

Doña Juana María Gelabert Ferragut

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a, treinta de enero de dos mil veinte.

Esta Sala ha visto, en grado de apelación, los presentes autos de juicio de divorcio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Palma, bajo el número 916/2017 , **Rollo de Sala número 430/2019**, en los que han intervenido como:

Demandada-apelante: D.^a Santiago , representada por el procurador D. Jeroni Tomás Tomás y dirigida por el letrado D. Francisco Gabriel Reig Sáez.

Demandada-apelada: D. Carlos , representado por la procuradora D.^a María José Andreu Mulet y dirigido por el letrado D. Fernando López Torres.

Ha sido parte apelada el Ministerio Fiscal.

Es ponente el Ilmo. Sr. don Gabriel Oliver Koppen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Palma, dictó sentencia en fecha 18 de marzo de 2019, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

«Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales doña María José Andreu Mulet, actuando en nombre y representación de don Carlos frente a doña Santiago y estimando parcialmente la demanda presentada por el procurador de los Tribunales don Jeroni Tomas Tomas, actuando en nombre y representación de doña Santiago , debo declarar y declaro haber lugar al divorcio del matrimonio celebrado en la localidad de Ciudad de Méjico (Méjico) en fecha 25 de noviembre de 2015, entre don Carlos y doña Santiago , con adopción de las siguientes medidas.



1.- La patria potestad/ RESPONSABILIDAD PARENTAL sobre la hija menor será compartida, lo que conlleva que llegada la hora de tomar decisiones de cierta trascendencia que afecten a la hija menor de edad, éstas deban adoptarse de común acuerdo.

Entre las decisiones que han de ser adoptadas de forma conjunta entre ambos padres están, a título enunciativo:

Elección y/o cambio de centro escolar o elección y/o cambio de modelo-sistema educativo, clases de recuperación, aprendizaje de idiomas, actividades deportivas, artísticas, culturales y, en general, cualquier actividad que se entienda útil para complementar su educación y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.

En caso de enfermedad grave o problemas de salud de la hija menor de edad para cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico no banal, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por la Seguridad Social, o sanidad privada concertada por los progenitores; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas a la menor. Corresponde a ambos padres la decisión consensuada de los médicos y especialistas que hayan de prestar sus servicios a la hija común.

Queda sometido al régimen de decisión conjunta las relativas a fijación y/o cambio de lugar de residencia de la hija, siempre que dicho cambio pudiera afectar de manera significativa al reparto del tiempo de estancia de la menor con uno y otro progenitor.

Si no se establece otro medio la comunicación entre los progenitores para la adopción de decisiones objeto de responsabilidad parental se hará mediante comunicación escrita (fax, correo electrónico, carta, whats up, burofax) y el otro progenitor deberá contestar por el mismo medio. Si no contesta en el plazo de diez días desde su recepción, siempre y cuando se pueda acreditar, de forma fehaciente, la remisión y consiguiente recepción, se entenderá que presta su conformidad o propuesta planteada. Deberá quedar constancia por escrito de los pactos y decisiones alcanzadas.

Los dos progenitores tienen derecho, como titulares de la patria potestad, a ser informados por terceros (médicos, profesores, tutores...) de todos aquellos aspectos que afecten a su hija, a que se les facilite a los dos toda la información académica, y los boletines de evaluación e igualmente a obtener información médico de su hija y a que se les faciliten informes que cualquiera de los dos soliciten durante la minoría de edad de la hija.

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de la hija podrá adoptar decisiones respecto al mismo, sin previa consulta o consenso con el otro progenitor, en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias, que en el normal devenir de la vida con una menor puedan producirse.

La patria potestad sobre la menor se ejercerá siempre en su beneficio, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica.

Salvo ulterior acuerdo, en los años pares será el padre el depositario de la documentación de la menor (tarjeta sanitaria y DNI) y la madre en los años impares, sin perjuicio de facilitársela la misma cuando puedan precisarla.

En caso de desacuerdo deberá recabarse autorización judicial.

2.- La residencia habitual de la menor Zaida es en la isla de Mallorca.

3.- Se establece un sistema de guarda y custodia compartida de la menor Zaida con el siguiente reparto del tiempo:

Durante los periodos lectivos.

? Zaida permanecerá con su padre todos los lunes y martes desde la salida del colegio hasta el miércoles que lo reintegrará en el centro escolar.

? Zaida permanecerá con su madre todos los miércoles y jueves desde la salida del colegio hasta el viernes que lo reintegrará en el centro escolar.

? Los fines de semana serán repartidos por ambos progenitores de manera alterna desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el centro escolar.

Mientras la menor no acuda al colegio y/o en el supuesto que cualquiera de los días de intercambio fuese festivo o no lectivo, la recogida de la menor se efectuará por el progenitor al que le corresponda el periodo entrante, recogiéndole en el domicilio del progenitor donde se encuentre el menor a las 10 horas. Esta norma se aplicará desde el momento en que la madre tenga vehículo o desde el momento en que la menor acuda al colegio.



Mientras la madre no tenga vehículo o la menor no acuda al colegio, será el padre el que se encargará de los intercambios de la menor en el domicilio materno.

El padre podrá acudir personalmente a los intercambios o delegar en persona de su confianza.

Durante los periodos vacacionales.

-El periodo vacacional de **Navidad** se dividirá en dos partes: la primera comprenderá desde la salida del colegio del último día lectivo hasta las 10 horas del día 31 de diciembre, y la segunda desde el indicado día y hora hasta el reinicio de las clases. A falta de acuerdo, en los años pares le corresponderá a la madre el disfrute de la primera parte, estando el menor en compañía del padre, la segunda; en los años impares se invertirá el turno.

El **primer periodo vacacional de Navidad** que se disfrutará será el del año 2019/2020.

- El periodo vacacional de **Semana Santa** se dividirá en dos partes: la primera comprenderá desde la salida del colegio del último día lectivo hasta las 10 horas del martes siguiente al día de Pascua, y la segunda desde el indicado día y hora hasta el reinicio de las clases. A falta de acuerdo, en los años pares le corresponderá a la madre el disfrute de la primera parte, estando el menor en compañía del padre, la segunda; en los años impares se invertirá el turno.

El **primer periodo vacacional de Semana Santa** que se disfrutará será el del año 2020.

- El periodo vacacional de **verano**, entendiéndose por tal los meses de julio y agosto. A falta de acuerdo, en los años pares le corresponderá a la madre el disfrute del mes de julio, estando la menor en compañía del padre el mes de agosto; en los años impares se invertirá el turno.

El **primer periodo vacacional de verano** que se disfrutará será el del año 2019.

Durante el periodo estival, se autoriza a ambos progenitores a viajar con su hija menor, debiendo exhibirse previamente el billete de ida y vuelta.

Durante el periodo estival, siempre que los progenitores se encuentren próximos, el progenitor que no tenga consigo a la menor disfrutará de un día de visitas con ella todas las semanas, concretamente los miércoles desde las 10 horas hasta el día siguiente a las 10 horas.

Expresamente se autoriza a doña Santiago a viajar con su hija menor a Méjico para visitar a su familia durante el mes que le corresponda en el periodo estival, siempre que exhiba previamente al padre el billete de ida y vuelta.

Comunicaciones.

Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente o por cualquier otro medio con la menor durante el tiempo que no lo tengan consigo en la franja horaria comprendida entre las 20 y las 21 horas.

La custodia compartida comenzará la semana del 1 de abril de 2019.

3.- Como medida de apoyo a la custodia compartida que se establece, se acuerda introducir la figura de un COORDINADOR PARENTAL, consensuado entre las partes de mutuo acuerdo o designado judicialmente entre las listas de psicólogas proporcionadas por el Colegio de Psicólogos con especialidad en coordinación parental. Esta designación deberá de efectuarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución.

Los objetivos del coordinador parental serán los siguientes:

1. Intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación que entienda adecuadas.
2. Intentar que los progenitores sean más tolerantes y adopten actitudes de consenso para dar ejemplo como progenitores que son.
3. Procurar una planificación común de las responsabilidades con su hija. Un plan de actuación que garantice la normalidad en el ejercicio de la responsabilidad parental, pacificando los conflictos.

La intervención será temporal durante un plazo de seis meses, prorrogables por justa causa.

Los honorarios de la intervención se satisfarán al 50% entre ambos progenitores.

4.- Se atribuye a don Carlos la facultad de decidir sobre el centro escolar de su hija menor con las siguientes condiciones:

? Intentar previamente un consenso con la madre.

? Que sea un colegio público.



? Que sea un colegio cercano al domicilio de ambos progenitores, aunque no tiene por qué ser en la misma localidad, en aras a evitarle muchos traslados a la menor.

5.- Cada progenitor satisfará los gastos ordinarios de la menor (alimentación, vestido, medicación ordinaria, ocio...) durante el tiempo que la tenga consigo.

5.- Hasta que doña Santiago no tenga un trabajo estable, don Carlos satisfará en concepto de pensión de alimentos para su hija la cantidad de doscientos cincuenta Euros (250 Euros) que ingresará en la cuenta que designe o tenga designada dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas, los cuales se actualizarán cada año con referencia al uno de Enero a las variaciones que experimente el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial equivalente.

6.- Los gastos extraordinarios se satisfarán por partes iguales, conforme al régimen general, con las precisiones siguientes:

- Los que tengan un origen médico o farmacéutico necesarios y urgentes que no sean cubiertos por la Seguridad Social se satisfarán por mitades.

- Los que tengan un origen médico o farmacéutico no urgentes y los que teniéndolo lúdico o académico, cuando hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores o, en su defecto, hubiesen sido autorizados judicialmente se abonarán por mitades.

- Los que tengan un origen médico o farmacéutico no urgentes y los que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con la autorización judicial supletoria por aquél que determine su realización, si es que el gasto llegase a producirse. En este caso, y en aras al necesario respeto a la patria potestad compartida, el progenitor que promueva el gasto deberá acreditar documentalmente haber comunicado previamente al devengo del gasto la existencia de dicho gasto para que, **en el plazo de 10 días**, el otro progenitor pueda, en su caso, oponerse al mismo o efectuar las alegaciones que entienda oportunas.

- Los gastos extraordinarios reclamados deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe y a su devengo.

7.- Se ratifica la medida de protección acordada respecto de la menor Zaida , nacida el NUM000 de 2016 en DIRECCION000 (México) consistente en la PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL, salvo autorización judicial previa y RETIRADA DEL PASAPORTE DE LA MENOR Zaida .

No obstante, se autoriza la salida del territorio nacional de la menor a Méjico durante un mes (julio o agosto) junto con su madre.

8.- Don Carlos satisfará en concepto de pensión compensatoria para doña Santiago la cantidad de doscientos cincuenta Euros (250 Euros) durante el plazo de un año, que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas las cuales se actualizarán cada año con referencia al uno de enero a las variaciones que experimente el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial equivalente.

9.- No ha lugar a fijar indemnización del artículo 1438 del Código Civil a favor de doña Santiago .

Sin expreso pronunciamiento en costas».

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación. La parte demandante formuló recurso de apelación por vía de impugnación. Admitidos y seguidos los recursos por sus trámites se señaló para votación y fallo día 21 de enero de 2020.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

Frente a la sentencia por la que se acuerda la disolución del matrimonio celebrado entre las partes por divorcio, así como las medidas sobre guarda, custodia y alimentos en relación con la hija común, Zaida , nacida el NUM000 de 2016, interponen recurso ambas partes, D.ª Santiago por vía principal y D. Carlos por vía de impugnación.



1.- Recurso de D.^a Santiago .

Se centra en los siguientes puntos:

1.1.- Incorrecta interpretación de la prueba practicada, conforme al art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.2.- Se ha aplicado incorrectamente el principio de protección del menor con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida.

1.3.- Incorrecta interpretación de la normativa aplicable y en especial contraria a la interpretación jurisprudencial de los hechos expuestos, en concreto:

- Respecto a la atribución de guarda y custodia compartidas para ambos progenitores.

- Respecto a la atribución de la facultad para decidir el centro escolar al padre.

- Respecto a la atribución de la pensión de alimentos, así como a la no conveniencia de la petición de una indemnización en favor de la madre, en el presente caso.

2.- Recurso de D. Carlos .

Se refiere el recurso a la autorización de salida del territorio nacional de la menor a México durante el mes de vacaciones que corresponde a la madre.

SEGUNDO.- La guarda y custodia.

En la resolución que es objeto de recurso se acuerda un sistema de guarda y custodia compartida, con un reparto de los días 2+2+3, al entender que es el reparto más adecuado teniendo en cuenta la edad de la menor. Se complementa este sistema, ante el conflicto existente entre los progenitores, con una medida de apoyo consistente en el nombramiento de un coordinador de parentalidad cuyas atribuciones se fijan en la sentencia.

La parte apelante se muestra disconforme con este régimen de guarda y custodia al entender que es contrario al resultado de las pruebas propuestas y admitidas.

Las extensas alegaciones de la parte apelante sobre esta cuestión se pueden resumir en los siguientes puntos:

1.- La resolución adoptada no ha tenido en cuenta el interés superior de la menor y que se han primado los intereses de los padres en aras a mantener su igualdad respecto a la menor, sin tener en cuenta los aspectos negativos para el bienestar de la niña.

2.- El informe psicosocial emitido en el procedimiento estima más favorable el mantenimiento de la guarda y custodia de la madre, con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre en atención al apego de la menor con la madre, a la edad de la menor y a las dificultades de comunicación existentes entre las partes.

3.- Fue la madre la que durante el periodo de convivencia en México y después de trasladarse a Mallorca quien se hizo cargo en exclusiva del cuidado de la menor.

Considera también la parte apelante que la situación más favorable para la menor se encuentra en México, donde la madre cuenta con un amplio entorno familiar, fácilmente adaptable a las necesidades de la menor.

Para resolver la cuestión controvertida procede recordar que el artículo 92 del Código civil, tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, regula dos supuestos en los que procede la adopción de la guarda y custodia compartida: a) El primero a instancia de ambas partes en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento, previo informe del Ministerio Fiscal, audiencia a los menores que tengan suficiente juicio. b) Cuando lo solicite una de las partes fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La reforma exigía el informe «favorable» del Ministerio Fiscal. La mención «favorable» fue declarada inconstitucional y nula por la sentencia del TC 185/2012, de 17 de octubre.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha establecido que la custodia compartida es el sistema prioritario, para custodia de menores, tras los procedimientos de ruptura conyugal o de pareja. (sentencias de 25 de abril de 2014, 5 de abril y 18 de julio de 2019, entre otras).

Como señala la sentencia de 5 de abril de 2019 y reitera la de 25 de noviembre de 2019, resumiendo la jurisprudencia sobre la guarda y custodia compartida:

«La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la



sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de 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» (STS 25 de abril 2014). «Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (Sentencia 2 de julio de 2014), rec. 1937/2013».

Sobre la relación existente entre los progenitores como elemento a tener en cuenta para la adopción del régimen de guarda y custodia compartida, podemos hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2016. Esta resolución fue dictada en un supuesto, en cierta manera similar al presente, en el que se había denegado la guarda y custodia compartida por la inexistencia de acuerdo entre las partes sobre que la guarda y custodia sea compartida, que el informe psicosocial no considera ese régimen como adecuado dada la falta de comunicación entre los progenitores, la relación poco fluida entre las partes y la ausencia de buena relación con denuncias y desacuerdos.

En ella se destaca como circunstancias que deben tenerse en cuenta:

«(i) Como recoge la sentencia de 17 de marzo de 2016, Rc. 2129/2014 , cabe decir, en palabras de la sentencia de 28 de enero de 2016, Rc. 2205/2014 , que «la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida.» (ii) Es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, Rc. 1359/2013 , a que hace mención la de 17 de julio de 2015, Rc. 1712/2014 , afirma que «Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad». Pero ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos».

Por otro lado, de cara a la resolución del supuesto que se analizaba, declara también:

«1.- Si la mera constatación de no ser fluidas las relaciones entre los progenitores fuese suficiente para denegar la guarda y custodia compartida, se lanzaría un mensaje que iría en contra del interés del menor, pues lo que éste exige es un mayor compromiso de los progenitores y una mayor colaboración, a fin de que los efectos de la crisis matrimonial afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad. La mala relación entre las partes se circunscribe, por lo atinente a la menor, a las múltiples denuncias interpuestas por la recurrida por incumplimientos horarios relacionados con el régimen de visitas. Con independencia de que en derecho penal rija el principio de intervención mínima, por lo que el encaje adecuado de las diferencias entre las partes deban dilucidarse en el procedimiento civil, lo que es indudable es que la conflictividad no está en función del régimen que se elija, pues sea uno u otro, la recogida y entrega de la menor existe, y sólo el compromiso y seriedad de los progenitores la pueden evitar.

2.- Por tanto, la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican per se que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio. Sin embargo en la sentencia recurrida no se motiva tal perjuicio».

Sobre esta cuestión puede también citarse la sentencia de 24 de abril de 2018, en la que se dice:



«La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad (sentencias 619/2014, de 30 de octubre; 242/2016, de 12 de abril; 529/2017, de 27 de septiembre; 579/2017, de 25 de octubre). Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014 de 16 de octubre; 433/2016, de 27 de junio, 409/2015, de 17 de julio)».

Es cierto que el informe psicosocial elaborado en el procedimiento ha concluido con la propuesta de mantener la guarda y custodia de la madre, pero no debe olvidarse que, como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 23 de julio y 24 de abril de 2018, las conclusiones del informe psicosocial debe ser analizadas y cuestionadas jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales.

A esa valoración dedica la sentencia dictada en primera instancia una especial atención con unas conclusiones que son compartidas por este tribunal.

Tal y como se desprende de la lectura del informe psicosocial, ambos padres muestran afecto hacia su hija y muestran buenas capacidades parentales para su cuidado. Dos son los aspectos en los que se basa su conclusión favorable a mantener la guarda y custodia por la madre y el carácter extenuante del régimen de visitas fijado en las medidas provisionales.

Pues bien, siendo cierta la mala comunicación, ello no ha impedido que, con ciertas dificultades, se haya podido cumplir el régimen de visitas establecido en las medidas provisionales, que establecía pernoctas en días alternos en el domicilio de cada progenitor.

Sobre el carácter extenuante del régimen de visitas atendida a la edad de la menor, lo cierto es que se trata de una aseveración que se contiene en las conclusiones del informe, pero que no viene soportada en ninguna apreciación que se derive de las entrevistas realizadas o de la observación de la menor. Lo cierto es que en los momentos de las visitas realizadas a los domicilios de los progenitores, en las que estaba presente la menor, se refleja como la hija se encuentra cómoda en ambos domicilios, ambos espacios, como suyos.

Precisamente el régimen de guarda y custodia compartida establecido con el sistema 2+2+3, permite una mayor estabilidad a la menor, sin necesidad de cambio prácticamente diario que las visitas con pernocta los martes y jueves suponían.

Comparte este tribunal la valoración que se hace por la juez *a quo* sobre la escasez de las razones objetivas expresadas por las peritos en el informe y en sus manifestaciones en el acto del juicio sobre la preferencia manifestada a favor de mantener la guarda y custodia paterna y limitar el horario de las visitas que se venían ejerciendo. Dos son los elementos en los que parecen centrar esa conclusión.

En primer lugar, las dificultades de comunicación entre los padres, dificultades que, reales, no han impedido que haya podido mantenerse el régimen de reparto de tiempo derivado de las medidas provisionales, que, como indica la juez *a quo*, era equilibrado y prácticamente igual a una custodia compartida. Tampoco se ha manifestado qué concretos perjuicios ha producido esa defectuosa comunicación en la situación de la menor que resulta contrario a su interés. Esta dificultad en la comunicación, que afecta a la adopción de medidas esenciales para el desarrollo de la menor, tales como la elección del médico pediatra o el colegio al que deba acudir, se intentan compensar con la designación de un coordinador parental, figura a través de la cual se pretenden lograr los acuerdos básicos que deben alcanzarse entre las partes al tener una hija en común, aun con independencia del sistema de guarda que se fije. Se deriva del informe psicosocial que ambos progenitores son conscientes de la relevancia de que se mantenga la relación con la menor por parte de ambos.

En segundo lugar, la edad de la menor y el apego a la madre. Sin embargo, no se desprende del contenido del informe que esta situación haya impedido o causado especiales problemas en la comunicación con ambos progenitores en el amplio régimen de visitas fijado en las medidas provisionales. Como ya se ha señalado, la menor en las visitas que el equipo psicosocial realizó a los domicilios de los progenitores estuvo tranquila e identificó los espacios como propios.

Debe destacarse en el este caso la voluntad manifestada por ambos progenitores para implicarse de forma activa en el cuidado de su hija, lo que constituye un elemento esencial en interés de la menor, que es el prevalente en el momento de tomar una decisión acerca de la guarda y custodia. La relación con ambos progenitores se ha mantenido ya desde pequeña, pues fue mediante auto de fecha 28 de enero de 2018 que



se estableció un régimen de guarda y custodia exclusiva de la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre que se ha desarrollado hasta la sentencia dictada en primera instancia.

Es por ello por lo que no se ven razones para modificar el régimen de guarda y custodia compartida fijado en la sentencia de primera instancia.

Es cierto que la madre carece de familia en la Isla y que su núcleo familiar se encuentra en México. Ahora bien, autorizar un traslado de la madre con la menor a su país supone un obstáculo para la determinación de una guarda y custodia compartida que se muestra como más favorable para el interés de la menor, dado que garantiza una relación equilibrada y constante con ambos progenitores.

A todo ello hay que añadir que la menor ha residido en la Isla desde antes de cumplir un año, que el traslado de los padres a Mallorca para establecer su residencia a Mallorca fue voluntario y que, aunque la madre cuente con su núcleo familiar en México, no por ello acredita mayores posibilidades de desarrollo laboral pues, según se desprende de las entrevistas que mantuvo con el equipo psicossocial, su profesión de modelo la desarrollaba en diversos países. Fue, precisamente, con ocasión de una estancia en el **extranjero** cuando conoció al Sr. Carlos. Es por ello que se considera adecuado que la residencia de la menor se mantenga en Mallorca.

Procede la desestimación del recurso en este punto.

TERCERO.- Salida de la menor del territorio nacional.

En la resolución dictada en primera instancia se mantiene la prohibición de salida del territorio nacional de DIRECCION001 sin autorización judicial, con la salvedad de que se permite a la madre viajar al **extranjero** con su hija y, por lo tanto, viajar a México, durante el periodo estival.

Considera que se mantienen las razones que justificaron la prohibición en su momento, por falta de arraigo en la Isla de la madre, ahora bien, tiene en cuenta también el derecho de la menor a relacionarse con su familia materna, al igual que lo hace con la paterna. Considera razonable el temor paterno, pero no suficiente como para sostener una total desconexión de la hija con sus raíces mexicanas. Valora los vínculos del padre con México, dado que mantiene relaciones profesionales con ese país, que, por otra parte, tiene suscrito el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, lo que constituye una garantía para el padre.

Por la representación de la Sra. Santiago se sostiene que no es procedente el mantenimiento de la prohibición de salida, que carece de legitimidad real, al privar a la menor de sus vínculos con el país de origen simplemente por un temor infundado del padre.

Por otro lado, la representación del Sr. Carlos, se considera incongruente la solución adoptada por la juzgadora de primera instancia, pues contradice la propia medida de protección que se mantiene en la sentencia. Considera que si se valora que existe riesgo de que la menor sustraiga a la menor es ello lo que justifica que la prohibición de salida del territorio nacional se mantenga sin excepción.

Es cierto que se ha adoptado la medida de prohibición de salida del territorio nacional de la menor Zaida sin autorización judicial, primero en auto de 25 de agosto de 2017 de previas, que fue ratificado en el auto de medidas provisionales de fecha 23 de enero de 2018. También fue denegada la solicitud presentada posteriormente para que se autorizara a la madre a viajar con la menor durante un mes en compañía de su hija a México, lo que fue acordado en auto de fecha 21 de noviembre de 2018, que fue confirmado por el auto de fecha 25 de enero de 2019 dictado por esta sección de la Audiencia Provincial de fecha 25 de febrero de 2019. No obstante, considera este tribunal que en la sentencia de instancia se hace un esfuerzo por encontrar un equilibrio entre las razones que aconsejaron la prohibición de salida, por la falta de arraigo de la madre en la Isla y su voluntad manifestada de regresar a su país de origen, unido a la situación producida en el mes de agosto de 2017, que dio lugar a acordar de forma inicial la prohibición, y el interés de la menor en mantener una relación con su familiar materna, que reside en México.

No puede olvidarse que la situación con el paso del tiempo desde la separación entre los padres ha sufrido una evolución, pues la prohibición inicial se adoptó como reacción a unos hechos acaecidos en el momento inicial de la separación entre los cónyuges. Con posterioridad se adoptaron medidas provisionales en las que se fijó un régimen de guarda y custodia de la madre, con régimen de visitas a favor del padre. Ahora, con la sentencia de divorcio, se ha adoptado un régimen de guarda y custodia compartida, con una equilibrada distribución del tiempo entre los progenitores, así como de las responsabilidades de cuidado de la menor.

Es cierto que se mantienen las razones que justificaron la adopción de la medida de prohibición, por la falta de arraigo en la Isla de la madre, quien no ha conseguido una ocupación estable y que mantiene su residencia en una vivienda que le dejan unos amigos, esto es, en situación de precario, así como la voluntad manifestada de poder trasladar su residencia a México, pues esa era su pretensión en el procedimiento. Ahora bien, se ha



resuelto ahora de forma definitiva cuál será el régimen guarda y custodia de la hija que en común tienen las partes, se ha regulado también una distribución de la estancia de la menor durante los periodos de vacaciones, y es preciso también garantizar que la menor pueda mantener una equilibrada relación con la familia materna.

Es por ello por lo que se considera suficientemente garantizada la situación de la menor con la limitación de la autorización al mes de vacaciones de verano con la cautela de que deberán exhibirse al padre los billetes de ida y vuelta.

La mención a la suscripción del Convenio de 25 de octubre de 1980 alcanza relevancia en este momento en el que ya se ha resuelto de forma definitiva sobre la guarda y custodia y se ha fijado como compartida por ambos progenitores.

El recurso de apelación debe ser desestimado.

CUARTO.- Pensión de alimentos.

Considera la representación de la Sra. Santiago que la pensión de alimentos fijada en la sentencia por importe de 250 euros mensuales resulta insuficiente atendiendo a la falta de estabilidad laboral y a la falta de una vivienda de la que pueda disponer por título propio para poder residir con su hija.

La juez *a quo* hace una ponderada valoración de la prueba practicada sobre las posibilidades económicas de ambas partes y toma en consideración la falta de una ocupación estable de la madre, pero pone de manifiesto circunstancias que hacen dudar de su real situación económica, por la existencia de indicios de que pueda desarrollar una actividad dando clases de yoga, que pueda tener alguna fuente de ingresos que justifique que acuda a un pediatra de pago o que ocupe una vivienda que fue calificada por el equipo psicosocial como "de diseño".

Sobre la alegación acerca de las circunstancias por las que puede ocupar la vivienda en la que reside, no resulta de lo actuado en el procedimiento que exista riesgo de que pueda verse obligada en fechas próximas obligada a dejarla.

Toma por otra parte en consideración las circunstancias económicas del padre, sobre las que no se hace mención alguna en el recurso, sin que existan indicios de que sean superiores a las que se declaran.

Es en atención a ello que se considera adecuada la pensión fijada mientras la madre no consiga un puesto de trabajo estable, con desestimación del recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Compensación económica por la extinción del régimen de separación.

Esta petición es desestimada en la sentencia dictada en primera instancia al no considerar aplicable el artículo 1438 del Código civil, dado que el régimen económico que regía el matrimonio no era el español, aunque no haya quedado acreditado cuál es con exactitud el régimen económico que regía el matrimonio conforme a la legislación mexicana, aplicable por remisión del artículo 9 del Código civil a la ley de la residencia habitual del matrimonio inmediatamente posterior a su celebración.

En el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Sra. Santiago se insiste en la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1438 del Código civil conforme a la interpretación jurisprudencial, pero ninguna alegación hace sobre la exclusión del precepto como ley aplicable que se hace en la sentencia, un criterio que este tribunal comparte y que debe conducir a la desestimación del recurso en este punto.

SEXTO.- La decisión sobre el centro escolar al que debe acudir la hija.

Se atribuye al padre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 de Código civil, la facultad de decidir sobre el centro escolar con las siguientes condiciones:

- Intentar previamente un consenso con la madre.
- Que sea un colegio público.
- Que sea un colegio cercano al domicilio de ambos progenitores, aunque no tiene por qué ser en la misma localidad, en aras a evitarle muchos traslados a la menor.

Se adopta esa decisión al considerar que ha sido el padre quien ha mostrado un verdadero interés en la escolarización de su hija, habiéndose informado sobre las posibilidades de distintos centros, frente a la madre, que tan solo ha tenido en consideración la cercanía del centro.

En el recurso interpuesto por la Sra. Santiago se indica que consideran inadecuado que se atribuya en exclusiva la facultad de decidir el centro escolar, sin contar con la información que puedan aportar los especialistas sobre la materia, sin seguir lo indicado por el equipo psicosocial.



Las conclusiones que alcanza el equipo psicosocial ya han sido valoradas al decidir sobre la guarda y custodia y no se refieren, en ningún momento, a la resolución de las discrepancias sobre el ejercicio de la patria potestad que nunca se ha discutido que debe ser conjunta. En la sentencia de instancia se ofrecen las razones por las cuales se decide que sea el padre quien tenga la facultad de decidir, en base al interés mostrado y a la información recogida, pero declarando que debe intentarse el consenso con la madre. Se salvaguarda el interés de ambos cónyuges y se ofrece una solución al conflicto existente que resulta en interés de la menor.

El recurso debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Costas.

Habida cuenta la especial naturaleza de la materia objeto del presente recurso de apelación no procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

FALLAMOS

Esta Sala acuerda:

Desestimar los recursos de apelación interpuestos por D.^a Santiago y D. Carlos contra la sentencia dictada en fecha 18 de marzo de 2019 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma en los autos del juicio de divorcio de los que el presente rollo dimana, sin hacer especial mención a las costas causadas en esta alzada y con pérdida del depósito consignado para recurrir.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

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 n.º 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así se manda y firma.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia certifico.