



Administración
de Justicia

DE
PARA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24^a

Rollo nº:
Autos nº: 1
Procedencia: Juzgado de 1^a Instancia nº 23 de Madrid.
Apelante:
Procurador: ?
Apelado: 1
Procurador: ?

Ponente: Ilmo. Sr. D. J

SENTENCIA N^o 1

Magistrados:
Ilmo. Sr. D. J
Ilmo. Sr. D. J
Ilma. Sra. L

En Madrid, a 7 de septiembre de 2006

Vistos en grado de apelación por la Sección 24^a de esta Audiencia Provincial los autos sobre separación matrimonial nº , procedentes del Juzgado de 1^a Instancia nº 23 de Madrid y seguidos entre partes; de una, como apelante D^a , representada por la Procuradora D^a ; y de otra, como parte apelada-impugnante D. J representado por el Procurador D. F ; y siendo ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. F z que expresa el parecer de la misma.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha 11 de mayo de 2005, por el Juzgado de 1^a Instancia nº 23 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** *Que estimando parcialmente la demanda formulada por*



Madrid



Administración
de Justicia

la representación procesal de D/ña. [redacted] contra D/ña. [redacted] y la reconvenición formulada de adverso, debo acordar y acuerdo la separación matrimonial de los indicados esposos, sin hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Comuníquese la presente resolución a la Oficina del Registro Civil en que conste la inscripción del matrimonio de los litigantes y el nacimiento de los hijos de estos.

Que igualmente debía acordar y acordaba lo siguiente:

1º La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad de los sujetos del pleito a ambos progenitores, ejerciéndose la misma, en defecto de acuerdo entre los mismos, por periodos trimestrales que empezarán a contar desde el último día de vacaciones estivales del mes de Septiembre y terminarán al inicio de las vacaciones estivales de los menores. El ejercicio de dicha guarda y custodia compartida comenzará a ser ejercido por Dña. [redacted]

2º Como régimen de visitas para ambos progenitores éstos podrán estar en la compañía de sus hijos menores de edad, durante los periodos en que el ejercicio de la guarda y custodia no se ejerza de forma real, en la forma que concierten uno y otro progenitor y, en la coyuntura de desacuerdo, los tendrán consigo por fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo, y una tarde a la semana, que en defecto de acuerdo será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20.30 horas.

Respecto a las vacaciones escolares de verano, Navidades y Semana Santa, los menores están con cada progenitor la mitad de dichos periodos, con independencia del ejercicio de la guarda y custodia.

3º La asignación del uso del domicilio conyugal, así como del mobiliario y ajuar doméstico existente en el mismo, a los menores, que residirán en dicha vivienda en la compañía del progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia de los menores.

4º Cada cónyuge retirará del domicilio conyugal, previo inventario, sus objetos personales y los de exclusiva pertenencia en los periodos en que el ejercicio de la guarda y custodia no le esté atribuida y por ende la asignación del uso del domicilio conyugal.

5º Por el capítulo de alimentos, salvo acuerdo entre las partes de una cantidad determinada, tendente a cubrir por cada progenitor la mitad de los gastos de los menores, que deberá ser ingresada, por dichos progenitores, en la cuenta bancaria que los mismos tengan por conveniente, éstas abonarán a su cargo todos los gastos ocasionados durante el periodo en que el ejercicio de la guarda y custodia le esté atribuida y los correspondientes a los periodos de vacaciones que disfruten con los menores.

Respecto a los gastos que se ocasionen durante las vacaciones, correspondientes a la vivienda, suministros, servicio, etc... serán satisfechos al 50% por cada uno de los progenitores.

6º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

7º No ha lugar a determinar en el presente trámite procesal ninguna otra medida."

Que igualmente, con fecha 19 de mayo de 2005, por ese mismo Juzgado se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO:



Madrid



Administración
de Justicia

DEBO ACORDAR Y ACUERDO Aclarar la resolución de fecha 11 de Mayo de 2.005 en el siguiente sentido:

Al apartado nº 2 de la Parte Dispositiva de dicha resolución se le adiciona:
 "...Respecto a las vacaciones escolares de verano, Navidades y Semana Santa, los menores estarán con cada progenitor la mitad de dichos periodos, con independencia del ejercicio de la guarda y custodia, correspondiendo la primera mitad de los mismos en los años al padre y la segunda mitad a la madre y en los años impares disfrutará la madre de la primera mitad de los periodos vacacionales y la segunda el padre."

Igualmente al apartado nº 5 de dicha Parte Dispositiva se le adiciona:
 "...Los gastos extraordinarios de los menores y los de la hipoteca que grava el domicilio conyugal serán sufragados al 50% por ambos progenitores."

En relación a la aclaración solicitada en el punto 3º, no ha lugar a la misma haciendo saber a los progenitores que los gastos de los menores, independientemente del carácter que tenga, deberán ser abonados al 50% por ambos."

TERCERO.- Notificada la anterior resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de doña I

o a fin de conseguir su revocación y la Sala, en su lugar, conceda a esta parte lo que suplicó en su demanda y en la contestación a la reconvenición; y todo ello en virtud de lo argumentado en el escrito de fecha 4 de julio de 2005.

CUARTO.- Que igualmente, la indicada resolución fue recurrida por la representación legal de don J por lo manifestado en el escrito de fecha 20 de septiembre de 2005

QUINTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conocida ya la razón de ser la presente alzada, en la extensión y términos antes dichos por la expresión de los motivos que llevaron a las partes a recurrir la resolución de instancia, es llegado el momento de dar respuesta concreta a las anunciadas pretensiones a la luz de la legalidad vigente, doctrina jurisprudencial y circunstancias concurrentes. Así, por lo que se refiere a la guarda y custodia, motivo perteneciente a ambos recursos y que el órgano "a quo" ha concedido a las partes por periodos de tres meses empezando por la madre; cabe previamente recordar, para una mejor comprensión de lo que después se dirá que, en puridad jurídica, la guarda y custodia compartida debe considerarse como una medida excepcional pues antes de modificarse el Código Civil, sin prohibirla expresamente el legislador, no contempló tal posibilidad, pues las decisiones más importantes para la vida de los hijos estaban comprendidas dentro del ejercicio conjunto de la patria potestad, de una patria potestad compartida, tomando ambos progenitores de común acuerdo las decisiones más importantes no obstante haber sido privado uno de ellos de la convivencia diaria con sus hijos, pero no privado de que se valoren en igual medida sus opiniones que la de aquel que les tiene en su compañía. Más la guarda y custodia no tiene su cometido en la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle



Madrid



Administración
de Justicia

valora a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico que sin lugar a dudas también contribuirá a la formación integral del hijo, pero que difícilmente podría compartirse por quienes no viven juntos; lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro; o, en otro caso, un continuo peregrinar de los hijos de un lugar a otro, siendo entonces más correcto denominarla, en este supuesto custodia periódicamente alternativa. Procede en consecuencia con cuanto se lleva dicho, estimar ambos recursos en este motivo de la guarda y custodia en el sentido de que no procede señalar una guarda y custodia compartida pues es inviable con la medida nuclear adoptada en este proceso de la separación matrimonial, que supone separación física de cuerpos y abandono por una de las partes del domicilio familiar; en cuanto a la alternativa supondría o un cambio continuo de los progenitores en el domicilio familiar con cambio de costumbres y estilos difíciles de asimilar por unos menores o un continuo peregrinar de los hijos al domicilio de cada una de las partes, medida totalmente desestabilizadora. No procede señalar, entonces una guarda y custodia compartida, ni alternativa, amén de no haberse solicitado ello por ninguna de las partes, ni existir acuerdo al respecto, como sería un requisito actual según la nueva redacción dada al artículo 92 del Código Civil por Ley 15/2005, de 8 de julio.

SEGUNDO.- Entonces, puestos a elegir, de lo actuado, procede designar y atribuir el ejercicio exclusivo de la guarda y custodia a favor de la madre, según se desprende del informe pericial de los folios 596 y siguientes, ratificado al folio 719; y por esta designación y por lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, el uso del domicilio familiar se otorga a los hijos y a la madre por ser su guardadora.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la cuantía de la pensión de alimentos deben establecerse a cargo del progenitor no custodio y tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos (arts. 93 y 146 del C.C.) según los usos y las circunstancias de la familia (arts. 1319 y 1362 del C.C.), y los recursos y disponibilidades del guardador (arts. 93, 145/01 y 1438 del C.C.) aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (arts. 103 y 1438 del Código Civil). Pues bien, del estudio de las actuaciones, de las circunstancias del caso y de los parámetros antes anunciados, procede señalar la pensión de alimentos en 240 € al mes por hijo; en total 480 € mensuales, que es una cantidad digna con la que se atenderá a las necesidades de los hijos; podrá ser satisfecha perfectamente por el padre según lo que consta en autos percibe de ingresos y según es de ver de las nóminas de los folios 347 y siguientes; y de la certificación de Jarmauto del folio 649 del Tomo II y en la seguridad de que si se precisare más cantidad en este concepto la madre la complementaría al constar en autos que también trabaja y percibe ingresos según es de ver de los folios 672 y 698 del Tomo II, de las actuaciones. Los gastos extraordinarios que se puedan producir en la vida de los hijos se atenderán por las partes al 50%.

CUARTO.- Es correcto al régimen de visitas señalado por el órgano "a quo" pero en lugar de ser para ambos progenitores, será para el progenitor no guardador y que es el que la representación legal del Sr. [redacted] pide para la Sra. [redacted], son correctas igualmente las vacaciones que se señalan; y ya finalmente, indicar que los gastos de hipoteca, IBI y demás que afecten a la propiedad serán atendidos por las partes al 50% y los gastos de suministro o uso del domicilio familiar serán a cargo exclusivo de quién utilice la vivienda.



Madrid

Administración
de Justicia

QUINTO.- Por lo que se refiere a las costas de la presente alzada, en virtud de lo dispuesto en los artículo 398/2 de la L.E.C., al estimarse un recurso y parcialmente el otro; no procede hacer pronunciamiento de condena.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por D^a.
representada por la Procuradora D^a /.

y **parcialmente** el interpuesto por D. .

representado por el Procurador D. .

);
contra la sentencia de fecha 11 de mayo de 2005 aclarada por auto de fecha 19 de mayo del mismo año, del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Madrid; dictada en autos de separación matrimonial nº debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la expresada resolución en el sentido de no ser procedente establecer en el caso una guarda y custodia compartida ni alternativa; se concede la guarda y custodia de los hijos a la madre compartiéndose la patria potestad; el uso del domicilio familiar se atribuye a los hijos junto con la madre guardadora; se fija la cuantía de la pensión de alimentos en 240 € al mes por hijo; en total 480 € mensuales; los gastos extraordinarios que se puedan producir en la vida de los menores, se atenderán por las partes al 50%; es correcto el régimen de visitas señalado en la instancia pero se entiende referido al progenitor no custodio; es correcto el régimen de vacaciones fijado por el órgano "a quo", los gastos de hipoteca; IBI y que afecten a la propiedad se abonarán por las partes al 50%; los de suministros o uso del domicilio familiar serán de cargo del que lo ocupe y use; y no procede hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. con expresión de sus derechos a las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos