

EDJ 2011/249994

AP Madrid, sec. 24ª, S 13-10-2011, nº 1024/2011, rec. 840/2011

Pte: Hernández Hernández, Rosario

Resumen

Estima la AP parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en autos de divorcio. Revoca la Sala el pronunciamiento, y acuerda, en atención a que se considera como opción más adecuada al interés y beneficio de los menores, atribuir al padre la custodia, dada la preferencia del primero de los dos hijos manifestada con rotundidad y firmeza, teniendo en consideración la edad alcanzada por este, en la que se le presume con madurez, juicio y criterio suficiente como para saber, entender, conocer y decidir cuál es para él la alternativa de custodia más conveniente, cuando de hecho, por voluntad propia, ha pasado a convivir con el padre de manera definitiva y libremente, infiriéndose que ello en ausencia de toda mediatización, condicionamiento o manipulación proveniente del progenitor masculino. Añade las consecuencias inherentes -alimentos, vivienda- al cambio de custodia de los menores.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.92 , art.96 , art.103 , art.110 , art.142 , art.143 , art.146 , art.154

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

JURISPRUDENCIA

DEL TRIBUNAL SUPREMO
MENOR DE LAS AUDIENCIAS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Audiencia de los hijos
Favor "filii"
Condiciones de vida de los progenitores

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge con la custodia de los hijos
Supuestos diversos

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía
Proporcional a ingresos y necesidades

Régimen de visitas

Favor "filii"

PRUEBA

PERITOS

Fuerza probatoria

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

APRECIACIÓN CONJUNTA
REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.92, art.96, art.103, art.110, art.142, art.143, art.146, art.154 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
Cita art.218, art.398.2, art.466 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos SAP Madrid de 24 marzo 2006 (J2006/57121)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Que en fecha de 21 de febrero de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia num. 75 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Héctor, representado por el Procurador de postribunales Dª Teresa Castro Rodríguez contra Dª Carmela, representado pro el Procurador de los Tribunales Dª Marta Franch Rodríguez, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de los referidos cónyuges, con todos los efecto legales inherentes a dicha declaración, y acordando las siguientes medidas complementarias:

1.- Otorgar a la madre, Sra. Carmela, la guarda y custodia de los hijos menores, siendo la patria potestad compartida.

La unidad familiar y especialmente la madre y el hijo Javier, se someterán a una intervención terapéutica a cargo del CAT (Centro de atención Familiar), que son dispositivos dependiente del Ayuntamiento de Madrid que cuentan con programas de atención a familias con dificultades relacionales y dificultades.

2.- Régimen de visitas y estancias y comunicaciones: el padre podrá ver a sus hijos cuando libremente acuerden, y en su defecto el padre podrá tener a los menores:

.- los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, donde los recogerá hasta las 20 horas del domingo.

.- Podrá tener a sus hijos dos tardes intersemanales, que a falta de acuerdo serán los miércoles y jueves, desde la salida del colegio o actividad extraescolar a las 20 horas que lo reintegrará en el domicilio familiar.

.- Los puentes y días festivos inmediatamente anteriores o posteriores a un fin de semana será disfrutado por el progenitor a quien le corresponda dicho fin de semana.

.- Las entregas y recogidas de los menores se harán en el domicilio materno, salvo los viernes y miércoles y jueves lectivos que le recogerá en el colegio.

.- La mitad de vacaciones de Semana santa, y Navidad y verano, eligiendo periodo, en caso de discrepancia, la madre los años pares y el padre los impares.

El día 6 de enero, el progenitor al que no le corresponda tener a los hijos podrá disfrutar de ellos dicho día desde las 16,30 horas a las 19,30 horas.

El padre podrá comunicar con los menores en cualquier momento y por cualquier medio, siempre que tenga lugar dicha comunicación en horas oportunas que no entorpezcan el normal desarrollo, formación, y descanso de los menores.

3.- Atribuir a los hijos menores y a la madre, el uso del domicilio conyugal, sito en la CALLE000 num. NUM000, planta NUM001 NUM002, de Madrid.

El Sr. Héctor y la Sra. Carmela, abonarán al 50% los gastos derivados de la titularidad de las mismas, (I.B.I., seguros, derramas extraordinarias, y cualquier otro impuesto municipal que grave la propiedad de la vivienda etc.)

4.- El padre, Sr. Héctor, deberá abonar mensualmente a la madre, en concepto de pensión de alimentos para los hijos, la cantidad de 400 euros (CUATROCIENTOS EUROS MENSUALES) en los cinco primeros días de mes en la cuenta que la esposa designe, cantidad que se actualizará anualmente con arreglo al I.P.C. fijado por el I.N.E.

Los gastos extraordinarios que genere el hijo serán abonados por el padre y la madre, al 50%, previo acuerdo entre las partes o en su defecto mediante autorización judicial.

5.- Cargas familiares:

.- El préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar será abonado al 50% por ambos progenitores.

.- El préstamo personal concertado con la entidad Santander Consumer será abonado al 50% por ambos progenitores.

No procede hacer pronunciamiento sobre las costas causadas."

Sentencia que fue aclarada mediante Auto de fecha 1 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Acuerdo.- No haber lugar a aclarar la sentencia respecto del otorgamiento de guarda y custodia del hijo menor a la madre, por ser claro y preciso.

En cuanto al régimen de visitas, se suple la omisión habida y se añade en el Fundamento Jurídico Cuarto, "in fine" y en el fillo punto 2 "in fine" que: "los periodos vacacionales elegidos deberán comunicarse de forma fehaciente, con el menos 30 días de antelación. Caso de que al progenitor que le correspondiera elegir no procediera a comunicar su elección en el plazo aquí establecido el otro podrá elegir

sin que por ello pierda su posibilidad de elección al año siguiente. Los menores son recogidos y reintegrados en el domicilio materno a las 10 horas del correspondiente al primer día vacacional y reintegrarlos al domicilio materno a las 20 horas del último día, salvo pacto expreso en contrario".

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D. Héctor, mediante escrito de fecha 19 de mayo de 2011, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, que en aras a la brevedad damos aquí por reproducido.

CUARTO.- Frente a estas pretensiones, la parte apelada D^a Carmela, mostró su oposición por las razones expresadas en su escrito de fecha 14 de junio de 2011 al que nos remitimos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de divorcio de los litigantes, de fecha 21 de febrero de 2.011, se interpone recurso de apelación por la representación procesal de D^o Héctor, con la pretensión de que, con las consecuencias que expresa en el suplico de su escrito de recurso, al que en este punto nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducido, le sea atribuida en exclusiva la guarda y custodia de los dos hijos comunes menores de edad, José Javier y Alberto, y, subsidiariamente, se adopte un sistema de guarda y custodia compartida alternativa por semanas.

Para el supuesto de desestimación de una y otra pretensión, postula de la Sala la reducción de las pensiones de alimentos a su cargo, a 100 Eur. al mes por menor frente a los 200 Eur. mensuales que para cada uno de ellos se fijan en la disentida.

SEGUNDO.- Dado que el recurso afecta a la guarda y custodia de los dos hijos comunes de los litigantes, menores de edad, ha de precisarse previamente que la cuestión debe resolverse conforme al artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 , y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación".

Por ello se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.

Conforme a lo anterior, no es necesario entrar en criterios relativos a la descalificación personal de los progenitores, cuando ello no es preciso, pues debe darse respuesta a dicha cuestión atendiendo al superior interés a proteger.

Tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad consistente para los padres en "tener a los hijos en su compañía" (art. 154 del Código Civil EDL 1889/1), se desdobra en dos nuevas funciones:

- La atribución de la custodia a un progenitor, y
- El establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro.

Por tanto los términos "guarda y custodia" y "régimen de visitas y estancias" no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

De ello se desprende, según reciente jurisprudencia, que:

- a) la convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%,
- b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, después de la separación o el divorcio las funciones de velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes siguen siendo compartidas entre ambos,
- c) El reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una separación o castigo para uno de los padres, las causas que provocaron la ruptura no deben mezclarse con el reparto de tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema de separación remedio.

Nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" contenido en los artículos 92, 93 y 94 del Código Civil EDL 1889/1, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo, sino en el futuro, decidiendo sobre la custodia.

Sentada la anterior doctrina y normativa, y valorando convenientemente la prueba practicada, analizada en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, se hace preciso en el presente caso variar la alternativa de guarda por la que se decantó la Juez "a quo", en atención a que se considera como opción más adecuada al interés y beneficio de José Javier y Alberto, la paterna en este caso, dada la preferencia del primero de los dos hijos manifestada con rotundidad y firmeza, teniendo en consideración la edad alcanzada por este, muy próxima a los 16 años, como nacido a 7 de febrero de 1.996, en la que se le presume con madurez, juicio y criterio suficiente como para saber, entender, conocer y decidir cuál es para él la alternativa de custodia más conveniente, cuando de hecho, por voluntad propia, ha pasado a convivir con el padre de manera definitiva y libremente, infiriéndose que ello en ausencia de toda mediatización,

condicionamiento o manipulación proveniente del progenitor masculino, además en un momento de desarrollo madurativo acorde a su edad informado en dictamen de 9 de julio de 2.010, obrante a los folios 289 a 308 y 399 a 418 de autos, a los que nos remitimos en aras a la brevedad, dándolos por reproducidos en lo sustancial.

En el concreto supuesto que se somete a enjuiciamiento de la Sala, acontece que desde mayo de 2.010, tras el dictado del auto de medidas provisionales, José Javier, pese a haber manifestado su deseo de vivir con la madre en exploración previa a meritada resolución, de manera voluntaria se marchó con el padre, y, regresando al domicilio materno después de recaída sentencia, de nuevo torna al de su progenitor masculino, expresando en exploración practicada en la alzada a 28 de septiembre de 2.011, su voluntad inequívoca, rotunda y definitiva, de continuar con esta la convivencia, habiendo incluso verbalizado rechazo hacia la figura materna y a la persona de la actual pareja sentimental de esta.

Presenta la alternativa paterna para ambos hijos ventaja adicional, en cuanto les permite compartir deportes y aficiones con su padre, manteniendo unidos a los hermanos, como recomienda se procure el artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 .

Por lo demás, en D^o Héctor no se aprecia, como tampoco en la madre, indicador psicopatológico severo que comprometa gravemente el desempeño de la guarda; su estilo educativo es también suficientemente adecuado y ambos hijos mantienen buena y fluida relación con el padre, dándose además la circunstancia de que en el entorno paterno José Javier ha mejorado en el aspecto académico y en su actitud y predisposición hacia el estudio, habiendo logrado incluso en la convocatoria de septiembre superar, con excepción de una, las asignaturas que le quedaron pendientes en la de junio, de manera que ha pasado de curso.

A nada determina que la progenitora femenina haya sido la cuidadora principal de ambos hijos, que haya desempeñado adecuadamente la guarda o que no haya dado motivos para que el menor mantenga con ella un conflicto relevante, puesto que en la presente no se trata de descalificarla como madre, sino de seleccionar la alternativa más adecuada para José Javier y Alberto para lo sucesivo, con independencia de que no venga justificado en comportamiento impropio de D^a Carmela el deseo en el cambio, cuando este es cierto, definitivo, no mediatizado y permanente, como se ha dicho.

No es desde luego dable obviar sin ningún motivo serio la voluntad de José Javier, que es hoy un adolescente, por lo que tiene ello de contraproducente en cuanto pueda vivirse como una imposición judicial no deseada, de lo que ha de huirse en las condiciones de este menor, en quien se informa, ya se ha dicho, suficiente madurez, y a quien resulta plenamente satisfactoria y pacífica la convivencia en el entorno de su progenitor masculino.

En consecuencia, no siendo vinculante para este Tribunal el informe pericial psicosocial, si bien manteniendo compartida la patria potestad, se ha de atribuir al progenitor masculino la guarda y custodia de José Javier y Alberto, tal y como solicita el recurrente con carácter principal, pues con el cambio de custodia se amparan suficientemente los superiores intereses de los dos hijos.

Por lo demás, la atribución de la custodia al padre no supone para la madre pérdida de la relación con los hijos, al menos con el más pequeño de ellos, que queda garantizada a través del amplio sistema de contactos a desarrollar, del que luego nos ocuparemos.

Para concluir, a la vista de la recomendación que se contiene en el repetido dictamen psicosocial, por razones de prudencia, se ha de acordar el mantenimiento de la sumisión del grupo familiar a intervención terapéutica a cargo del Centro de Atención a la Familia correspondiente, en la extensión y términos en que se hace en la sentencia apelada.

TERCERO.- En orden al régimen de visitas y comunicaciones, se considera lo más conveniente acordar que los contactos y estancias con la progenitora femenina no custodio y José Javier, tengan lugar cuando libremente pacten los afectados, pues dada la edad y juicio que por la alcanzada se le presupone a este hijo, se encuentra en situación de decidir en régimen de igualdad con la madre, el tiempo, modo y lugar en que deban desarrollarse los contactos, huyendo también aquí de prefijaciones judiciales que se vivan por el niño como contraproducentes, sin perjuicio de que se recomiende a D^o Héctor que extrajudicialmente fomente el acercamiento y la relación con la madre en exclusivo interés y beneficio del menor.

Regirá para D^a Carmela y el menor Alberto, el sistema de visitas que venía previsto en la sentencia de instancia para el padre, toda vez que dota al menor de la necesaria referencia que de la figura materna precisa para el mantenimiento de su estabilidad en todo orden y suficientemente ampara los superiores intereses de este niño.

CUARTO.- Por lo que respecta al uso del domicilio familiar, la cuestión habrá de resolverse en consonancia con las previsiones del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 , a cuyo tenor:

"En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

A la luz de dicho precepto, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse en interés de los hijos comunes de los litigantes, menores de edad, y no tanto en beneficio de uno u otro de los consortes, aunque indirectamente se vea favorecido aquel al que se le ha confiado la guarda y custodia. Es acertada esta postura del legislador de dar preeminencia a los hijos a la hora de decidir sobre el uso de la vivienda familiar, ya que sus intereses son los más necesitados de protección, y asimismo, es acertado que atraigan hacia sí al cónyuge que va a convivir y cuidar de ellos, pues de ese modo se consigue una cierta continuidad en la cohesión familiar, remediando, en la medida de lo posible, el quebranto de la convivencia familiar. Quedará el uso de la vivienda familiar para los hijos y se aprovechará

de ello el progenitor al que se le confíe su cuidado, evitándose así que la prole inicie tras la separación de sus padres, una peregrinación domiciliaria (en este sentido, sentencia de esta misma Audiencia, entre otras muchas, de 24 de marzo de 2.006 EDJ 2006/57121).

En el supuesto de autos la presunción de interés más necesitado de protección favorece a José Javier y a Alberto, a cuyo favor ha de atribuirse el uso, no obstante, se han de tomar en consideración las concretas circunstancias concurrentes, tales como precariedad patrimonial de la madre, adviértase que el recurrente propone a cargo de esta una contribución a los alimentos de los hijos de 50 Eur. al mes por cada uno de ellos; o el hecho de que al parecer se ha iniciado ya proceso para la liquidación de la sociedad legal de gananciales, y el propio bonum filii, que no aconseja en este caso estrangular las posibilidades económicas de uno y otro ex consorte.

Por ello es aconsejable establecer una temporal limitación a la atribución, teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y económicas concurrentes, así como armonizando los derechos de los cónyuges y el interés supremo de los hijos habidos en el matrimonio, y es modulada y justa, al devenir en desproporcionado un uso indefinido y hasta la independencia económica de los hijos, lo que resulta bajo una valoración conjunta y armónica de los artículos 103 y 96 párrafo 1 del Código Civil EDL 1889/1 , que no es de aplicación absoluta ni incondicional.

La limitación del uso exclusivo de la vivienda a favor de los hijos comunes y del progenitor bajo cuya compañía quedan, es procedente por un periodo de tiempo de 2 años, que se estima prudencial, y posteriormente tendrá lugar un uso alternativo sucesivo y por separado de cada uno de los litigantes hasta que resulte definitivamente liquidada la sociedad legal de gananciales que conformaron, o dividida la cosa común, o la venta en su caso, con el fin de evitar conductas obstruccionistas, dilatorias y condicionamientos, en perjuicio de los derechos dominicales del otro ex consorte; ya que de este modo podrán estar cubiertos los intereses de alojamiento de uno y otro litigante así como también los de los hijos habidos entre ellos, salvaguardándose los intereses de las partes al mismo tiempo que los preferentes de los hijos.

Y sin que dicha solución a la problemática existente vaya en contra del principio de congruencia que debe regir, dado que se trata de una solución intermedia y ecléctica, acorde al artículo 218 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 , y considerada para con el bonum filii como se ha dicho, pues cuanto afecta a menores de edad es cuestión de orden público, ius congens o derecho necesario, en el que no se viene por el Tribunal rigurosamente vinculado por los principios dispositivo y de rogación, a diferencia de cuando de otras materias de derecho privado se trata, siendo factible adoptar las medidas más acordes a los interés de los menores y más beneficiosas para ellos, aunque no hayan sido solicitadas por ninguno de los litigantes.

Serán de cargo del ocupante los gastos derivados del uso, comunidad de propietarios ordinaria, suministros, servicios y consumos, y al 50 % entre los litigantes los inherentes a la propiedad en la extensión y términos que se indican en la disentida.

QUINTO.- Hemos también de fijar pensión alimenticia a cargo de la progenitora femenina no custodio, y en beneficio de José Javier y Alberto.

A la vista de los antecedentes obrantes en autos, atendido el resultado probatorio y tras un examen detallado de las actuaciones, esta Sala considera modulado el importe solicitado por D^o Héctor de 100 Eur. totales al mes a cargo de la madre, a razón de 50 Eur. mensuales por hijo, pues se reputa proporcionado a la capacidad económica de la obligada y necesidades de los alimentistas, ello de conformidad con la doctrina legal y jurisprudencial en la materia, reiterada en señalar:

"Que para la fijación de la pensión de alimentos a favor de los hijos en supuestos de crisis matrimoniales deben tenerse en cuenta los ingresos de cada uno de los litigantes, los cuales permitirán fijar la proporcionalidad"; y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 del Código Civil EDL 1889/1, la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe"; normativa que no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance, sino que implica solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades del otro (vid: S.S.T.S. de 14 de febrero de 1976 y 5 de noviembre de 1983); cuantía de la deuda alimenticia que será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia y cuyo criterio solo puede evitarse cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas.

Las necesidades de José Javier y Alberto han de ser entendidas en los términos del artículo 142 del Código Civil EDL 1889/1 , a cuyo tenor:

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Conforme a dicho precepto, los desembolsos precisos para el digno sustento de estos hijos no resultan por ningún motivo inferiores o superiores a los de cualquier persona de sus mismas edades; entendemos que los gastos mensuales medios justifican dicho aporte, que comprende lo preciso para el alojamiento, suministros y otros diversos de mantenimiento del hogar a su prorrata y en promedio, en función del número de moradores, así como los propios de alimentación, calzado, ocio, vestido, médico farmacéuticos, instrucción y educación...etc.

La capacidad económica de D^a Carmela es desde luego suficiente a tal contribución, que no llega a representar siquiera el 30 % de sus ingresos mensuales netos, ascendentes a unos 800 Eur. (documentos obrantes a los folios 678 a 683 de autos, consistentes en sus recibos de nómina o salario) sin incluir la prorrata de pagas extraordinarias, de donde es modulada en términos de proporcionalidad conforme consolidada doctrina jurisprudencial.

Por su parte D^o Héctor cuenta también con recursos económicos procedentes de su trabajo superiores a los de la madre, puesto que ascienden mensualmente netos y sin prorrata de pagas extraordinarias a unos 1450 Eur. Eur. al mes (documentos obrantes a los folios 734 a 746 de autos), de donde es capaz de colmar todas las carencias que pueda dejar al descubierto la aportación alimenticia de la

madre, y debe hacerlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 110, 143 y siguientes, así como 146 y 154, entre otros, del Código Civil EDL 1889/1 , de aplicación al supuesto de autos.

Las pensiones alimenticias que nos ocupan se abonarán por D^a Carmela en la cuenta que a tal efecto designe D^o Héctor, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y se actualizarán anualmente conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo que cada año publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios que se generen por los menores, tales como intervenciones quirúrgicas u otros de carácter médico farmacéutico no cubiertos por el sistema sanitario público de la Seguridad Social, serán sufragados al 50 % por cada progenitor, previo acuerdo caso de no ser urgentes.

SEXTO.- Al ser estimado parcialmente el recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 .

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Héctor, representado por la Procuradora D^a TERESA CASTRO RODRIGUEZ, contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 2011, del Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid, en autos de Divorcio número 75 de Madrid; seguidos con D^a Carmela, representada por la Procuradora D^a MARTA FRANCH MARTINEZ, debemos REVOCAR y REVOCAMOS también en parte la expresada resolución ACORDANDO:

1º.- Se atribuye la guarda y custodia de José Javier y Alberto, hijos comunes de los litigantes, a D^o Héctor, siendo compartida la patria potestad.

Se mantiene la sumisión del grupo familiar a intervención terapéutica a cargo del Centro de Atención a la familia correspondiente, tal y como viene previsto en la sentencia apelada

2º.- Se atribuye a los hijos comunes y a su progenitor masculino como custodio, el uso de la vivienda familiar y enseres de empleo ordinario en ella, si bien por el tiempo de 2 años, transcurridos los cuales quedará sin efecto automáticamente la asignación, sin necesidad de nueva declaración, y en lo sucesivo, será el uso alternativo y por separado de cada uno de los litigantes hasta que resulte definitivamente liquidada la sociedad legal de gananciales que conformaron, o se divida la cosa común, o se venda el inmueble en su caso.

El que en cada momento ocupe la vivienda asumirá los gastos derivados del uso, comunidad de propietarios ordinaria, suministros, servicios y consumos, y al 50 % entre los litigantes se sufragarán los inherentes a la propiedad en la extensión y términos que se indican en la disentida.

3º.- El régimen de visitas y comunicaciones entre D^a Carmela y José Javier será el que libremente estos convengan.

4º.- Regirá para la madre y el menor Alberto, el sistema de visitas que venía previsto en la sentencia de instancia para el padre.

5º.- D^a Carmela abonará en concepto de alimentos para ambos hijos, la cantidad de 100 Eur. mensuales en la cuenta que al efecto designe D^o Héctor, y lo verificará dentro de los cinco primeros días de cada mes.

Estas pensiones de alimentos se actualizarán anualmente conforme a la variación del Índice de Precios al Consumo que cada año publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

Deberán ambos progenitores satisfacer previo acuerdo, salvo en supuestos de urgencia, y al 50 %, los gastos extraordinarios que se generen en la vida de los menores, tales como médico farmacéuticos no cubiertos por el sistema sanitario público de la Seguridad Social.

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en esta alzada.

Hágase devolución al recurrente del depósito constituido al tiempo de la preparación del recurso de apelación.

Notifíquese la presente resolución, haciendo saber a las partes que contra la misma puede interponerse recurso de casación o extraordinario por infracción procesal de concurrir los presupuestos establecidos en el artº. 466 y siguientes de la L.E.Civil EDL 2000/77463 , para ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días siguientes al de la notificación.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370242011100528