

AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN SEGUNDA
CIVIL

ROLLO APELACIÓN CIVIL NÚM. 1/2013

PROCEDIMIENTO: Divorcio Contencioso número /2012 del

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Vila-real (Castellón).

LITIGANTES: Demandante // D. J.

Procuradora Dña. María Antonia Carrilero Balado. Letrado D. Luis Arego Casademunt.

Demandada // Dña. A.

Procuradora Dña. . Letrado D. .

Ministerio Fiscal.

SENTENCIA NÚM. 58 /2013

Ilmos. Sres.:

Presidenta: Dña. Eloisa Gómez Santana.

Magistrado: D. José Luis Antón Blanco.

Magistrado: D. Horacio Badenes Puentes.

.....

En Castellón de la Plana, a veintidós de abril de dos mil trece.

La SECCION SEGUNDA de la Audiencia Provincial de Castellón, integrada por los Ilmos. Señores anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos tramitado bajo el número 1/2013, interpuesto contra la Sentencia número 108/2012 de fecha 5 de octubre de 2012, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cinco de Vila-real, en los autos de Divorcio Contencioso número /2012.

Han sido partes en el recurso, como **APELANTES**, D. J. [redacted], representado por la Procuradora Dña. María Antonia Carrilero Balado y defendido por el Letrado D. Luis Arego Casademunt, y como **APELADOS**, Dña. A [redacted], representada por la Procuradora Dña. [redacted] y asistida por el Letrado D. [redacted], y el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Horacio Badenes Puentes, quien manifiesta el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El fallo de la Sentencia de Instancia literalmente dice: *“Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Tomás Fortanet en nombre y representación de D. J. [redacted], declaro disuelto por DIVORCIO el matrimonio formado por él y D^a. [redacted], celebrado el día de agosto de 2.003 inscrito en el Registro Civil de Vila-Real, al tomo [redacted], página [redacted], de la Sección 2^a con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y los siguientes: a) Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores a la madre, con atribución del uso del domicilio familiar. La patria potestad es compartida por ambos progenitores. b) Se fija una pensión de alimentos de 250 euros por cada niño, la pensión será actualizable conforme al IPC y será pagada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre, debiendo abonarse los gastos extraordinarios por mitad. c) Se reconoce al padre el régimen de visitas que se expresa en el fundamento cuarto de la sentencia. d) Se atribuye el uso del domicilio familiar a la madre y a los menores, con pago de una compensación al padre de 150 euros mensuales actualizable conforme al IPC. e) cargas del matrimonio: el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar sita en la Calle R nº de Vila-Real, y el préstamo personal suscrito por ambos con el Banco S [redacted] será pagado por mitad por ambos cónyuges.*

Notifíquese esta Sentencia a los cónyuges solicitantes, y al Ministerio Fiscal, significándoles que contra la misma puede interponerse Recurso de Apelación en ambos efectos, a formalizar ante este Juzgado en el plazo de CINCO DIAS hábiles desde la notificación, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Castellón, que se sustanciará de conformidad con los arts 455 y siguientes Ley de Enjuiciamiento Civil, previa la consignación de 50 euros en la cuenta del Juzgado en virtud de lo dispuesto en la LO 1/09.”

SEGUNDO.-Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Dña. María Antonia Carrilero Balado, en nombre y representación de D. J. [redacted], y en base a las alegaciones que realizaba, terminó suplicando que previa la admisión de la documental presentada, y del recibimiento a prueba y vista caso de considerarse necesaria, se acuerde: 1º.- La convivencia compartida de los menores [redacted]. - 2º Y subsidiariamente a la anterior, que se fije un régimen de convivencia del progenitor no custodio más amplio en interés de los menores, consistente en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes reintegrando a los menores en el centro, y dos tardes intersemanales desde la salida del colegio con sus respectivas pernoctas, reintegrando a los menores en el centro escolar o en su defecto en

el domicilio del progenitor con el que hayan permanecido en último periodo. 3º.- Que en el caso de no otorgarse una custodia compartida se minore la cuantía de los alimentos a 180 euros mensuales por hijo. 4º.-Se establezca una compensación por la pérdida de uso de 250 euros mensuales. 5º.-Se limite la atribución del uso familiar a dos años.

Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto por Diligencia de fecha 16 de noviembre de 2012, se opuso al mismo la Procuradora Dña. _____, en nombre y representación de Dña. A _____, y en base a las alegaciones que realizaba, terminó suplicando la desestimación del citado recurso por los motivos expresados con expresa imposición de las costas de apelación al demandante recurrente, solicitando la no admisión de la documental aportada.

Y llegadas las actuaciones a la Audiencia Provincial en fecha 9 de enero de 2013, las mismas se repartieron a la Sección Segunda, y previa designación de Ponente, se señaló finalmente el día 27 de marzo de 2013, para deliberación y votación.

TERCERO.-En la tramitación del juicio se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la resolución dictada por el Juzgado número cinco de Vila-real se alza en apelación la representación procesal de D. _____ alegando en primer lugar que la atribución de la convivencia individual a la madre parte de un razonamiento sesgado, erróneo y contrario a la prueba pericial, no habiéndose motivado suficientemente. Dice que se omite la valoración de la prueba pericial en la sentencia, y no se tiene en cuenta la Ley Valenciana. Añade que el padre tiene capacidad parental que ha sido acreditada en el informe pericial, que no se valora el TDAH del hijo, y no se valora la nueva hija del padre.

En segundo lugar se dice que el régimen de comunicación y estancias es muy restrictivo y por lo tanto, perjudicial para el interés de los menores.

En tercer lugar se dice que existe error en la cuantía de la pensión por alimentos, en donde se omiten los ingresos de la madre, siendo que cuando se separaron no trabajaba, y ahora gana unos 1.000 euros al mes. Además dice que el pago de dichas cantidades hace que su mandante y su nueva familia queden en una situación muy precaria. En cuarto lugar y sobre la vivienda familiar dice que la Sentencia incurre en nulidad por falta de motivación. Dice que los menores y la madre sólo utilizan la vivienda los fines de semana, porque el horario laboral de la madre obliga a los menores a pernoctar con los abuelos maternos. Añade también que la compensación por la pérdida de uso de la vivienda no está tampoco motivada.

Por parte de la representación de Dña. A _____ se dijo en su contestación al recurso que la Sentencia está motivada y cumple con las exigencias constitucionales, al manifestar los motivos por los que considera

más beneficioso para los menores el sistema que acuerda. Añade además que no hay error en la valoración de la prueba. Dice también que a la madre, después de restarle los gastos que tiene, le quedarían unos 431 euros mensuales. También se indica que respecto al domicilio familiar no se permite imponer ninguna limitación temporal mientras sean los hijos sean menores, siendo ponderada la cantidad de 150 euros mensuales que se establece.

Según la documental aportada en las actuaciones, las partes contrajeron matrimonio en Vila-real y fruto del mismo nacieron y viven dos hijos (en 2006 nació y en 2010 nació). En el año 2010 los cónyuges se separaron y firmaron un convenio el 3 de diciembre de 2010 que fue aprobado judicialmente por sentencia de marzo de 2011. Y en fecha 23 de enero de 2012 se presentó la demanda de divorcio por parte de D. J.

En el acto de la vista por parte de D. J se dijo que desde junio de 2011 ha pasado a una situación de desempleo, y ha pasado de cobrar 2.000 euros a 1.000 euros, y ahora tiene todo el tiempo para poder atender a sus hijos. Desde mayo de 2.011 la madre trabaja desde las 6 de la mañana a las 4 de la tarde, por lo que tiene que salir de casa a las 5 de la mañana, y por lo que quien está haciéndose cargo de los hijos no es la madre, sino los abuelos maternos que se encargan de todo. Y además entre semana tienen que vivir en casa de los abuelos maternos. Antes Dña. A no trabajaba, pero ahora si, y además tiene TDAH.

Por parte de D. J dice que cuando la madre trabajaba de tarde, él tenía que hacerse cargo de su hijo. Dice que él se ha hecho cargo de sus hijos, les ha cuidado, ha cambiado los pañales, etc. Añade que su hija le ha manifestado su malestar porque quiere quedarse más tiempo con él. Añade que sus hijos tienen buena relación con su nuevo hijo, y con su actual compañera. A sus hijos dice que los ve bien como hasta ahora.

En el acto de la vista se practicó también la prueba pericial por parte de D. Julio Bronchal Cambra, que se ratificó en su informe de septiembre de 2012 y al que se le formularon aclaraciones por ambas partes. Se manifestó por el perito que le hubiera gustado contar con la colaboración de Dña. A , y le sugirieron que participara, pero se había visto obligado a partir de una situación de idoneidad de la misma, por lo que no lo consideraba finalmente necesario. En dicho informe se realiza como conclusión que tomando en consideración todos los factores y circunstancias descritas, la ponderación de todos los determinados conocidos, y a la luz de la información disponible, surge la conclusión que la alternativa coparental "Custodia compartida- es la opción relacional que debe ser considerada no sólo como viable, sino como más conveniente para asegurar la mejor evolución psico-social, tanto presente como futura de los menores y .

SEGUNDO.- Por el Juzgado de Instancia se acuerda el establecimiento de un sistema de guarda y custodia única a favor de la madre. Se dice en su resolución que: "*TERCERO.- Patria potestad, custodia y visitas de los menores y .*

El padre solicita el establecimiento de un régimen de custodia compartida para ambos hijos, por semanas alternas, con visitas para el progenitor no custodio.

Subsidiariamente solicitó que la guarda y custodia le fuese atribuida a él, con visitas amplias a favor de la madre.

La madre reclama para sí la atribución de la guarda y custodia de ambos menores, alegando que el padre dejó el domicilio familiar cuando tenía cinco meses, y cuatro años, para iniciar una nueva relación sentimental, lo cual evidencia, a su parecer una falta de implicación en las necesidades de la familia.

Al caso de autos le resulta de aplicación la Ley Valenciana 5/11 por ostentar ambos progenitores la vecindad civil valenciana. Nos hallamos pues ante una situación en la que la madre se halla al cuidado de los hijos desde hace dos años, fecha en la que se produce la separación de hecho de la pareja. Dicha situación se legalizó en sentencia de separación dictada el 21 de marzo de 2.011, y el 23 de enero de 2.012 el padre interpone demanda de divorcio solicitando la atribución de la custodia compartida. Actualmente el padre tiene una hija de unos seis meses de edad, de una nueva relación y se encuentra en situación de desempleo.

A la vista de la prueba practicada, de la documental obrante en autos, y de las declaraciones de ambas partes, debemos concluir que el cambio de régimen de custodia solicitado no es el más adecuado para los menores y , quienes, en la situación actual, tienen garantizada la estabilidad y la seguridad de un ritmo de vida rutinario y adecuado. La madre tiene las tardes libres, y goza del apoyo de sus padres para llevar al niño al colegio, y cuidar de la niña mientras la madre trabaja. Por otro lado, el hecho de que el padre se encuentre en paro no puede resultar determinante para justificar un cambio de custodia de tal calibre, habida cuenta de que se trata de una situación temporal, y no deseada, de modo que, tarde o temprano, el padre volverá a trabajar con un régimen horario que quizás no le permita asumir el compromiso a que ahora se ofrece, de compartir la custodia. Finalmente, aún en el caso hipotético de que se hubiese estimado este pedimento y se hubiese atribuido la custodia compartida entre ambos padres, no es lo más aconsejable para los menores ir cambiando de casa cada semana o quince días, siendo, a juicio de quien suscribe la manera idónea de llevarlo a cabo, la sucesión de los adultos en un único domicilio para que los menores se desarrollen en un ambiente en el que se sientan tranquilos, y seguros, y no se les mueva de su entorno habitual. Dicha opción además no ha sido propuesta, y presenta dificultades prácticas debido a que el padre ha formado ya una nueva unidad familiar la cual tendría que abandonar durante un período o llevarse consigo. Por último, hemos de decir, que el régimen que actualmente está en vigor, es muy amplio, ya que permite al padre ver todos los días que lo desee a sus hijos, de modo que el hecho de no haber otorgado la custodia compartida en poco merma el derecho tanto de los menores, como del padre, de estar en su compañía.”.

El artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven dice: “¡K 2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos. 3. Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores: a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores. b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años. c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor. d) Los informes

sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad. h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos. 4. La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores”.

Por lo tanto, de acuerdo con la Ley valenciana, se debe partir de la base del otorgamiento de una guarda y custodia compartida, pero la autoridad judicial podrá también otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores, cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

Por ello, en aplicación estricta de la anterior normativa, y en este concreto supuesto, no encontramos motivo alguno para la no concesión de una guarda y custodia compartida para los menores, puesto que nada se ha acreditado, sobre que dicha convivencia de los menores con ambos progenitores, pueda ser mala o perjudicial para los hijos, y nada se ha acreditado sobre el extremo que el padre no sea idóneo para desempeñar dicha función. La pregunta que se debe responder ante estas situaciones no es ¿cuál es la mejor situación hipotética para los niños?, sino ¿cuál es la mejor situación para los hijos ante un padre y una madre determinados, y en unas determinadas circunstancias?. Por lo tanto, valorando todas las circunstancias que concurren en las presentes actuaciones, no hay motivo alguno para considerar que una guarda y custodia compartida, pueda ser mala para los mismos.

Por un lado, no se desconoce que en apenas menos de un año se ha procedido a la solicitud de una modificación de las medidas acordadas por vía de la petición de divorcio. Sin embargo, las circunstancias si que se han modificado, puesto que se ha pasado de no trabajar la madre, a trabajar, y de trabajar el padre, a no hacerlo. Ciertamente y como se dice por la Juzgadora de Instancia, dicha situación puede ser provisional, puesto que perfectamente, ante la situación económica existente, la madre puede dejar de trabajar, o incluso el padre puede volver a encontrar empleo. Sin embargo, las resoluciones judiciales deben ser acordadas tomando en consideración las circunstancias que concurren en un determinado momento, y en este supuesto, a la presentación de la demanda y posteriormente, la situación es la ya descrita. Además de ello, el horario de trabajo de la madre, le impide una atención diaria a sus hijos todas las mañanas -o incluso a mediodía-, puesto que debe salir del domicilio a muy temprana hora, lo que le obliga a delegar dicha atención en terceras personas. Y además y dado que se levanta pronto, también se deberá acostar de forma temprana, y tan es así, que entre semana acude al domicilio de sus padres para que la ayuden. No se trata de sancionar a la madre por tener un trabajo y tener un mal horario, sino que de acuerdo con la Ley Valenciana hay que tomar en consideración las circunstancias de los dos, y la posible conciliación de la vida familiar y profesional. En este supuesto,

y no obviando la situación primeramente generada en cuanto a que el padre, cuando nació la hija, dejó el domicilio familiar, y fue la madre la que atendió a los hijos, el resto de circunstancias en la actualidad están en un plano de igualdad entre ambos progenitores -o al menos nada se ha acreditado en contrario-, con la cercanía en cuanto a los domicilios, por encontrarse ambos progenitores residiendo en la misma localidad. Tampoco nada se ha acreditado sobre ideas contrarias o contrapuestas de los padres respecto a la educación de los hijos, ni que el padre carezca de las habilidades necesarias en su relación con los hijos, siendo que ambos gozan también de apoyo de terceras personas, o que el padre desconozca, o no realice, las tareas domésticas en una vivienda, de limpieza de la vivienda, de lavado de ropa, preparación de comida y otras de atención y cuidado de sus propios hijos -y tenga que delegar dichas tareas directamente en terceras personas-.

Por todo ello, y tomando también en consideración el informe pericial realizado en el que concluye que la alternativa coparental "Custodia compartida" es la opción viable y más conveniente para asegurar la mejor evolución psico-social de los hijos, estimamos correcta una atribución de una guarda y custodia compartida. En el informe pericial se echa de menos por esta Sala un estudio y análisis total de la que fue una unidad familiar, con la participación en dicho hecho de la madre. No se sabe porque no se ha efectuado dicha evaluación con la madre. Sin embargo, en el acto del juicio compareció el perito al que se le pudieron efectuar todas las preguntas que se consideraron pertinentes, sin que tampoco se aprecie, ni se manifestara, o se dedujera, después de visionada la grabación, que una guarda y custodia compartida, pueda ser perjudicial para los hijos.

TERCERO.- El establecimiento de un régimen de convivencia compartida obliga a establecer las siguientes medidas por considerarlas más adecuadas a las relaciones entre las partes y los menores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5, 1 de la Ley 5/2011 (*"A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del art. 4 de esta ley."*) y artículo 7 (*"Gastos de atención a los hijos e hijas. 1. En defecto de pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores. 2. Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos de atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores. 3. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, la autoridad judicial decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial. 4. En función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores."*):

1.- Se establece un régimen de convivencia compartida respecto de los hijos que se llevará a cabo por periodos semanales alternos, iniciándose a la

salida del colegio los viernes (con independencia de que dicho horario varíe según los meses y de que haya o no clase por la tarde), donde se producirán los intercambios y, en caso de que algún viernes sea festivo, el progenitor (o familiar) al que le corresponda iniciar su periodo de convivencia recogerá a los niños a las 17,00 horas en el domicilio del progenitor con el que acaben de pasar la semana. Este régimen, que comenzará el viernes 3 de mayo de 2013, pasando los menores la primera semana con el padre, estará vigente durante todo el año, a excepción del periodo estival, que comprenderá desde el último viernes de junio hasta el primer viernes de septiembre (para evitar problemas en la alternancia de los turnos) y que será disfrutado en cuatro periodos alternos (el primero, desde las 17,00 horas del último viernes de junio hasta las 20,00 horas 15 de julio; el segundo desde las 20,00 horas del 15 de julio hasta las 20,00 horas del 31 de julio; el tercero desde las 20,00 horas del 31 de julio hasta las 20,00 horas del 15 de agosto, y el cuarto desde las 20,00 horas del 15 de agosto hasta las 17,00 horas del primer viernes de septiembre, siempre con intercambios en el domicilio del progenitor con el que acaben de estar los hijos.

Corresponderá en los años pares al padre la primera mitad y a la madre la segunda, y a la inversa en los años impares.

Igualmente se distribuirán entre las partes las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Patronales de la localidad, que se distribuirán por mitad. En defecto de acuerdo, corresponderá en los años pares al padre la primera mitad y a la madre la segunda, y a la inversa en los años impares.

Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentre con el hijo, dirección y teléfono, y facilitarán la comunicación de sus hijos menores con el otro progenitor, pudiendo comunicar diariamente de forma telefónica, electrónica o audiovisual.

Sin perjuicio del régimen de visitas establecido, los hijos permanecerán en compañía de su padre el día del cumpleaños de éste, el día de su santo y el día del padre, con independencia de a cuál de los progenitores corresponda tenerlo consigo, en dichas fechas. Del mismo modo, el hijo pasará en compañía de la madre, el día del cumpleaños de ésta, el día de su santo y el día de la madre. Y todo ello, sino hubiere Colegio, desde las 9 horas del día hasta las 21 horas.

En caso de enfermedad del menor, aquel de los padres en cuya compañía se encuentre, se lo comunicará inmediatamente al otro.

Además, como régimen de relaciones, el progenitor con el que no convivan los hijos cada semana, podrá tener consigo a los hijos una tarde entre semana (en defecto de acuerdo, la de los martes), desde las 17 hasta las 20 horas -recogiéndolo del Colegio, si lo hay, o del domicilio del otro progenitor, y reintegrándolo a éste último a la hora indicada-.

2.- Respecto a los gastos de los hijos, ambos progenitores aperturarán una cuenta bancaria de disposición mancomunada en la que cada uno de ellos ingresará 150euros mensuales por cada hijo, y en la que se domiciliarán todos

los gastos del colegio de los hijos (matrículas, libros, material escolar, transporte, comedor, aportación voluntaria, AMPA, uniformes, etc.), ropa, así como los de sus actividades extraescolares y gastos extraordinarios (siempre que unas y otros tengan el carácter de necesario o hayan sido previamente consentidas por ambos progenitores). Cuando alguno de los gastos que han de ser abonados con ese dinero no pudiera en un momento dado ser cubierto con el saldo existente, la cantidad que quede por cubrir será abonada por ambos progenitores al 50 %.

Dicha cantidad de 150 euros se acuerda a la vista de los ingresos de ambas partes.

3.- Cuando ambos hijos se encuentren en régimen de convivencia compartida, sus gastos ordinarios de manutención que no estén comprendidos en el apartado anterior (comida, ocio, etc.) serán abonados por el progenitor con el que conviva en cada momento.

CUARTO.- Respecto al domicilio familiar, la Sentencia de instancia acuerda su otorgamiento a los hijos, que se encontraban bajo la guarda y custodia de la madre.

Sin embargo, la actual situación del otorgamiento de una guarda y custodia compartida, y la situación en la que el padre no solicita dicha atribución puesto que está viviendo en otra vivienda propiedad de su actual esposa o pareja, y a pesar de que la madre durante la semana reside o está con sus hijos en el domicilio de sus padres, hace preciso el otorgamiento del domicilio familiar a la madre y a sus hijos.

El Artículo 6 de la Ley, respecto a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar establece: *“1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.*

En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.

2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

4. El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o posteriores residencias.

5. El ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial.

6. Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso.”

De acuerdo con la anterior regulación, se atribuye a los hijos y a la madre el que fue domicilio familiar, dado que el padre está viviendo en otra vivienda, y es la madre la que puede tener más dificultades de acceso a otra vivienda. En consecuencia, procede establecer una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor cotitular no adjudicatario que se fija en 150 euros como lo hace la Juzgadora de Instancia, a la vista de los ingresos posibles de ambas partes. Dicha cantidad está en relación con la mitad de lo que puede ser un alquiler de una vivienda, por lo que se considerara proporcionada, y se atribuirá hasta la mayoría de edad de los hijos -en la misma forma en la que se ha acordado por el Juzgado de Instancia-.

No ha lugar a establecer un límite temporal de dos años, dado que ello es totalmente perjudicial para los hijos menores, y sin que la atribución de hasta mayoría de edad de los hijos, hagan a dicha decisión abusiva y/o perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario, puesto que prima el derecho de los hijos por los menos hasta su mayoría de edad, por encima del derecho de copropiedad del padre, y sin perjuicio igualmente de los acuerdos a los que lleguen en su caso las partes.

La estimación parcial del recurso representa la ratificación de todo lo acordado por el Juzgado de Instancia que no se haya modificado en la presente resolución.

QUINTO.- De conformidad con lo previsto en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser estimado en parte, el recurso de apelación interpuesto, y debido al contenido de la materia objeto de recurso, no ha lugar a la imposición de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación:

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. María Antonia Carrilero Balado, en nombre y representación de D. J contra la Sentencia número 108/2012 de fecha 5 de octubre de 2012, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cinco de Vila-real, en los autos de Divorcio Contencioso número 70/2012, que la revocamos en parte acordando:

1.- Se atribuye la patria potestad, y la guarda y custodia y compartida para ambos progenitores. Dicho régimen se llevará a cabo por periodos semanales alternos, iniciándose a la salida del colegio los viernes (con independencia de que dicho horario varíe según los meses y de que haya o no clase por la tarde), donde se producirán los intercambios y, en caso de que algún viernes sea festivo, el progenitor (o familiar) al que le corresponda iniciar su periodo de convivencia recogerá a los niños a las 17,00 horas en el domicilio del progenitor con el que acaben de pasar la semana. Este régimen, que comenzará el viernes 3 de mayo de 2013, pasando los menores la primera semana con el padre, y estará vigente durante todo el año, a excepción del periodo estival, que comprenderá desde el último viernes de junio hasta el primer viernes de septiembre (para evitar problemas en la alternancia de los turnos) y que será disfrutado en cuatro periodos alternos (el primero, desde las 17,00 horas del último viernes de junio hasta las 20,00 horas 15 de julio; el segundo desde las 20,00 horas del 15 de julio hasta las 20,00 horas del 31 de julio; el tercero desde las 20,00 horas del 31 de julio hasta las 20,00 horas del 15 de agosto, y el cuarto desde las 20,00 horas del 15 de agosto hasta las 17,00 horas del primer viernes de septiembre, siempre con intercambios en el domicilio del progenitor con el que acaben de estar los hijos.

Corresponderá en los años pares al padre la primera mitad y a la madre la segunda, y a la inversa en los años impares.

Igualmente se distribuirán entre las partes las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Patronales de la localidad, que se distribuirán por mitad. En defecto de acuerdo, corresponderá en los años pares al padre la primera mitad y a la madre la segunda, y a la inversa en los años impares.

Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentre con el hijo, dirección y teléfono, y facilitarán la comunicación de sus hijos menores con el otro progenitor, pudiendo comunicar diariamente de forma telefónica, electrónica o audiovisual.

Sin perjuicio del régimen de visitas establecido, los hijos permanecerán en compañía de su padre el día del cumpleaños de éste, el día de su santo y el día del padre, con independencia de a cuál de los progenitores corresponda tenerlo consigo, en dichas fechas. Del mismo modo, el hijo pasará en compañía de la madre, el día del cumpleaños de ésta, el día de su santo y el día de la madre. Y todo ello, sino hubiere Colegio, desde las 9 horas del día hasta las 21 horas.

En caso de enfermedad del menor, aquel de los padres en cuya compañía se encuentre, se lo comunicará inmediatamente al otro.

Además, como régimen de relaciones, el progenitor con el que no convivan los hijos cada semana, podrá tener consigo a los hijos una tarde entre semana (en defecto de acuerdo, la de los martes), desde las 17 hasta las 20 horas -recogiéndolo del Colegio, si lo hay, o del domicilio del otro progenitor, y reintegrándolo a éste último a la hora indicada-.

3.- Respecto a los gastos de los hijos, ambos progenitores aperturarán una cuenta bancaria de disposición mancomunada en la que cada uno de ellos ingresará 150euros mensuales por cada hijo, y en la que se domiciliarán todos los gastos del colegio de los hijos (matrículas, libros, material escolar, transporte, comedor, aportación voluntaria, AMPA, uniformes, etc...), ropa, así como los de sus actividades extraescolares y gastos extraordinarios (siempre que unas y otros tengan el carácter de necesario o hayan sido previamente consentidas por ambos progenitores). Cuando alguno de los gastos que han de ser abonados con ese dinero no pudiera en un momento dado ser cubierto con el saldo existente, la cantidad que quede por cubrir será abonada por ambos progenitores al 50 %.

Cuando ambos hijos se encuentren en régimen de convivencia compartida, sus gastos ordinarios de manutención que no estén comprendidos en el apartado anterior (comida, ocio, etc.) serán abonados por el progenitor con el que conviva en cada momento.

4.- Se ratifican el resto de pronunciamientos de la Sentencia de Instancia, sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en la presente instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y con testimonio de la misma, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.