



Roj: SAP SS 756/2013 - ECLI:ES:APSS:2013:756  
Id Cendoj: 20069370032013100508  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Donostia-San Sebastián  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 3350/2013  
Nº de Resolución: 364/2013  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: IÑIGO FRANCISCO SUAREZ ODRIOZOLA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA  
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA**

**Sección / Sekzioa:** 3ª/3.

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 20.05.2-12/010795

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :20.069.42.1-2012/0010795

**R.apelación L2 / E\_R.apelación L2 3350/2013**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 3 zk.ko Epaitegia

Autos de Divorcio contencioso LEC 2000 908/2012 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Genoveva

Procurador/a/ Prokuradorea:OLGA MARIA MIRANDA FERNANDEZ

Abogado/a / Abokatua: Mª ANGELES GONZALEZ LARRAÑAGA

Recurrido/a / Errekurritua: MINISTERIO FISCAL y Eliseo

Procurador/a / Prokuradorea: JOSE MARIA CARRETERO ZUBELDIA

Abogado/a/ Abokatua: ELENA VILLAMARIN GARCIA

**S E N T E N C I A Nº 364/2013**

ILMOS/AS. SRES/AS.

D. LUIS BLANQUEZ PEREZ

D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

Dña. MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a dos de diciembre de dos mil trece.

La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de GIPUZKOA, constituida por los/as Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Divorcio contencioso LEC 2000 908/2012, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia a instancia de Genoveva - apelante - , representado por la Procuradora Sra. OLGA MARIA MIRANDA FERNANDEZ y defendido por la Letrada Sra. Mª ANGELES GONZALEZ LARRAÑAGA contra Eliseo - apelado - , representado por el Procurador Sr. JOSE MARIA CARRETERO ZUBELDIA y defendido por la Letrada Sra. ELENA VILLAMARIN GARCIA,

siendo parte apelada el MINISTERIO FISCAL; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 6 de mayo de 2013 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián, se dictó sentencia con fecha 6 de mayo de 2013 , que contiene el siguiente FALLO:

"Estimar PARCIALMENTE la demanda interpuesta por doña OLGA MARÍA MIRANDA FERNÁNDEZ, en nombre y representación de doña Genoveva , frente a don Eliseo y, en consecuencia,

Declaro la disolución, por divorcio, del matrimonio contraído por los expresados don Eliseo y doña Genoveva , el día 22 de julio de 2000 en Pasaia, con todos los efectos legales, que se producirán desde la firmeza de esta sentencia, pero sin perjudicar a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil. Y, en especial, acuerdo las siguientes medidas:

1. Disolución del régimen económico matrimonial y revocación de consentimientos y poderes. Se declara la disolución del régimen económico matrimonial y de la sociedad de gananciales, cuya liquidación podrá llevarse a cabo por el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, si así lo solicita alguna de las partes. Quedan revocados, con carácter definitivo, los consentimientos y poderes que cualquiera de los esposos hubiera otorgado al otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2. Régimen de guarda y custodia. Los hijos menores de edad, Adela , Coro Y Pelayo , quedarán bajo la guarda y custodia compartida de sus dos progenitores. El régimen de estancia con cada uno de ellos será el que se establece en el apartado relativo a estancias, visitas y comunicaciones.

3. Ejercicio de la patria potestad. La patria potestad continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos padres. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a los menores serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo. Para facilitar los acuerdos, habrán de establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan, la comunicación se hará por correo electrónico o burofax, debiendo contestar el otro progenitor por alguno de estos medios, entendiéndose, si no lo hace, que presta su conformidad. En caso de discrepancia, resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil . A título indicativo, son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

a) Cambio de domicilio de los menores fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo en caso de viajes vacacionales.

b) Elección inicial o cambio de centro escolar.

c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.

d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones).

e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

El progenitor en cuya compañía se encuentren los hijos podrá adoptar decisiones respecto de los mismos sin previa consulta, en situaciones de urgencia o en decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse.

4. Régimen de estancias, comunicaciones y visitas. Como consecuencia del régimen de guarda y custodia compartida, los hijos comunes permanecerán con cada uno de sus progenitores en los periodos determinados libremente entre el padre y la madre en interés filial, exhortándose a ambos para que lleguen a acuerdos al respecto.

A falta de acuerdo, durante los periodos lectivos permanecerán con cada uno de ellos durante semanas alternas, de viernes a viernes, siendo recogidos por el progenitor al que corresponda estar con ellos a la hora de salida del centro escolar y entregados por éste a la hora de entrada en el centro escolar el viernes de la semana siguiente. En caso de que el viernes correspondiente no fuera lectivo o, por cualquier circunstancia, los menores o alguno de ellos no asistiera al colegio, la entrega y recogida se llevará a efecto a las 10:00

horas en el domicilio del progenitor en el que se encontrasen los menores hasta el momento de la entrega, salvo acuerdo en contra entre las partes. A falta de acuerdo entre las partes, el régimen comenzará el primer viernes siguiente a la notificación de la sentencia en el turno correspondiente al padre.

Ambos progenitores podrán tener comunicación y visitas con sus hijos durante el tiempo de permanencia de los menores con el otro progenitor, así, asistiendo al centro o lugar donde realicen actividades extraescolares, sin perjuicio de la responsabilidad que en el desenvolvimiento de tales actividades tenga el progenitor que en dicho periodo esté ejerciendo la custodia y salvo acuerdo en contra de las partes.

Los períodos de vacaciones escolares de los menores con arreglo a su calendario escolar se distribuirán por partes iguales entre ambos progenitores, correspondiendo al padre el primer periodo en los años pares y el segundo en los impares, salvo acuerdo en contra entre las partes.

El primer periodo de las vacaciones escolares de Navidad comprenderá desde la hora de salida del colegio o, en su defecto, desde las 17:00 horas del último día lectivo hasta las 20:00 horas del 30 de diciembre y el segundo periodo desde las 20:00 horas del 30 de diciembre hasta la hora de entrada al colegio o, en su defecto, hasta las 9:00 horas del primer día lectivo.

El primer período de las vacaciones escolares de Semana Santa (Semana Santa propiamente dicha) comprenderá desde la hora de salida del colegio o, en su defecto, desde las 17:00 horas del último día lectivo hasta las 20:00 horas del Domingo de Resurrección y el segundo periodo desde las 20:00 horas del Domingo de Resurrección hasta la hora de entrada al colegio o, en su defecto, hasta las 9:00 horas, del primer día lectivo.

El primer período de las vacaciones de verano comprenderá desde la salida del centro escolar el último día lectivo o, en su defecto, desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas del 15 de julio y desde las 20:00 horas del 31 de julio hasta las 20:00 horas del 15 de agosto, mientras que el segundo periodo comprenderá desde las 20:00 horas del 15 de julio hasta las 20:00 horas del 31 de julio y desde las 20:00 horas del 15 de agosto hasta la hora de entrada en el centro escolar el primer día lectivo o, en su defecto, hasta las 9:00 horas.

Los días de Olentzero y Reyes Magos, los menores podrán estar con el progenitor con el que no les corresponda en ese período durante tres horas que, a falta de otro acuerdo entre las partes, se extenderán entre las 16:00 y las 19:00 horas

El régimen de estancias en semanas alternas quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, reanudándose a favor de aquél de los progenitores al que no le haya correspondido permanecer con los menores en el último periodo vacacional.

Las entregas y recogidas de los menores, cuando no puedan o hayan de llevarse a efecto en el centro escolar, tendrán lugar, a falta de otro acuerdo entre las partes, en el domicilio del progenitor con el que se encontrasen los menores hasta el momento de la entrega. Tales entregas y recogidas podrán llevarse a efecto mediante persona interpuesta de la confianza de uno u otro progenitor.

Aun en caso de desacuerdo, el régimen de comunicación del progenitor con el que no se encuentren los menores en cada momento permitirá que puedan relacionarse por teléfono, carta, correo electrónico, internet, redes sociales, SMS o cualquier otro medio apropiado para ello conforme a las exigencias de la buena fe, siempre respetando los horarios de estudio, actividades y descanso. Asimismo, permitirá que puedan relacionarse en los supuestos de enfermedad, allí donde se encuentre el enfermo conforme a las exigencias de la buena fe, aunque sin que ello permita acceder al domicilio del otro progenitor sino en caso de enfermedades graves.

5. Atribución del uso de la vivienda familiar. Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de la misma al padre, don Eliseo .

6. Contribución a las necesidades alimenticias de los hijos. Ninguna de las partes está obligada a entregar a la otra cantidad alguna para hacer frente a las necesidades alimenticias de los hijos, sino que cada una ha de contribuir mediante su manutención y sustento en los periodos en que están en su compañía. En esta contribución que realiza cada una de las partes han de entenderse incluidos los gastos de alimentación, mantenimiento y sustento inmediato, como los gastos relativos a productos de higiene, farmacia y ocio, así como la parte de los consumos del hogar que pudieran considerarse repercutibles a los menores como contribución a su derecho de habitación.

Para hacer frente a otros gastos de naturaleza ordinaria, como los relativos a educación, ropa o calzado y otros que excedan de aquellos a los que se ha hecho referencia anteriormente, habrán de contribuir ambos progenitores al 50%. Para ello, a falta de otro acuerdo entre las partes, habrán de constituir una cuenta común

en la que habrán de ingresar cada uno 720 euros mensuales (240 euros por cada uno de los hijos), cantidad que ingresarán por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada uno de los doce meses del año, y que se actualizará anualmente en la misma proporción que varíe el Índice General de Precios al Consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, con efectos del primero de enero y a partir del año 2014. En caso de que las cantidades ingresadas en dicha cuenta resulten insuficientes para atender a los gastos ordinarios de los menores, ambas partes estarán obligadas a contribuir en la misma proporción anteriormente indicada.

Por otra parte, procede que los gastos extraordinarios y necesarios sean costeados por ambos progenitores al 50%, siempre que estén de acuerdo en ello y que quede acreditación documental de modo fehaciente, precisándose en otro caso de autorización judicial, que serán previas en uno y otro caso, salvo en supuestos de urgencia. En este concepto se excluyen, por ejemplo, los gastos de uniforme o libros escolares (de periodicidad anual cierta), pero se comprenden, sin ánimo de agotar todo el catálogo concebible, los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, ortopédicos, dentales, psicológicos, farmacéuticos, de ortodoncia, logopedia y, en general, los asociados al tratamiento paliativo de cualquier enfermedad física o mental que no estén cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico correspondiente, así como, en el ámbito formativo, los destinados a clases particulares sobre materias lectivas obligatorias en caso de retraso escolar. Si el gasto que hubiera de realizarse fuera médico, no estuviera cubierto por la Seguridad Social o entidad médica correspondiente y fuera necesario, deberá abonarse al 50% por ambos progenitores, sin perjuicio del acuerdo sobre la elección de facultativo y tratamiento.

Los gastos relativos a la actividad de equitación de las menores, como gastos extraordinarios que son, habrán de ser satisfechos por partes iguales entre ambos progenitores siempre que medie el referido acuerdo a que se acaba de hacer mención, siendo satisfechos, a falta de acuerdo, únicamente por aquel de los progenitores que preste consentimiento a dicha actividad.

Este modo de mantenimiento y contribución se abonará hasta que los hijos, habiendo alcanzado la mayoría de edad, se independicen económicamente o estén en condiciones de independizarse con arreglo a las exigencias de la buena fe.

7. Contribución a las cargas. Serán costeados por partes iguales los gastos de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda común, así como, en general, los gastos asociados a la propiedad de dicho inmueble y del resto de bienes comunes (derramas comunitarias, tributos y seguros). Los consumos y demás gastos asociados al uso de dicho bien común poseído sólo por el esposo serán satisfechos por éste.

8. Atribución del uso del garaje y vehículos. No ha lugar a establecer pronunciamiento sobre las pretensiones de atribución del uso de tales bienes.

La eficacia de las anteriores medidas no queda suspendida por los recursos que se interpongan contra la sentencia.

No se condena a ninguna de las partes al pago de las costas procesales.

Firme esta sentencia o, si la impugnación afectare únicamente a las medidas, alcanzada firmeza por el pronunciamiento sobre divorcio, la secretaria judicial acordará que la sentencia se comunique de oficio al Registro Civil para la práctica de los asientos que procedan ( artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil )."

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fué admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando día para la deliberación , votación y fallo.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

**VISTO.-** Siendo Ponente en esta instancia el lltmo. Sr. Magistrado D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIUZOLA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurso de apelación interpuesto por Dña. Genoveva contra la sentencia de fecha 6 de mayo de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastian en el Procedimiento de Divorcio sin acuerdo número 908/2012.

Motivación :

1.- Vulneración del artículo 24 de la CE , ya que el Juzgador procede a realizar un exhaustivo interrogatorio a la Sra. Genoveva planteándole situaciones de hecho a partir del dictado de una sentencia

que contemple la guarda y custodia compartida prejuzgando el FALLO: Se alega la nulidad de la sentencia por infracción de las normas y garantías procesales que causa indefensión a la parte recurrente por vulneración del derecho a la Tutela Judicial efectiva .

Señala como ejemplo diversos trozos de la grabación en DVD 14:19:41; del DVD I de 26 de febrero ; DVD I 13:08:06 ; VDV 13:09:50; 13:31:37 ; 13:05:00; 13:09:50; 14:08.19; 13:55:36 del DVD II.

2.-Error en la valoración de las pruebas en relación al pronunciamiento referido a la guarda y custodia compartida de los menores .

El recurrente transcribe parcialmente la sentencia del TS, Sala de lo Civil, sección 1ª de 22-7-2011 en relación a los presupuestos normativos referidos a la guarda y custodia compartida ; la sentencia del TS Sala de lo Civil Sección 1ª de 10-1-2011 en la que se señala la Doctrina de la sala en relación a la guarda y custodia compartida ; y sentencia de 19 de Abril ( no se indica año ) de la Sala de lo Civil del TS , Sección 1ª .

En base a la doctrina precedente la parte apelante no entiende que la custodia compartida proteja el interés de los menores, sino muy al contrario.

Y es que de la prueba pericial de Dña. Emma se desprende con claridad que no se protege el interés de los menores con la guarda y custodia compartida.

2.1- Del Informe del Equipo Psicosocial y de las aclaraciones de la profesional Sra. Emma queda clara la no conveniencia de la guarda y custodia compartida.

Analiza en su recurso igualmente las manifestaciones efectuadas por ambas partes en sede de interrogatorio .

2.2. Deseo de los menores.

Señala las manifestaciones de Adela en el cuestionario propuesto por el equipo Psicosocial ; la exploración de la menor por el Juez; el Informe de D. Epifanio .

2.3.- El hecho de que las edades de los menores oscilen entre los 8 y 3 años hace aconsejable que la guarda y custodia la detente la madre.

2.4.- Cumplimiento de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos.

La situación laboral, horario y jornada de cada progenitor permite entender que la situación de la madre es mejor para dedicarse a sus hijos.

2.5.- La situación de enfrentamiento entre las partes implica una mayor dificultad para el éxito de la custodia compartida.

La parte apelante se remite al Informe del Equipo Psicosocial apartado "Entrevista Conjunta " sus conclusiones y la declaración de la Sra. Emma en el acto del Juicio.

2.6.- El acuerdo adoptado por los progenitores en relación a este punto en el documento de 27 de Junio de 2012 en el que convinieron que la guarda y custodia de los menores correspondería a la madre .

3.-Uso y disfrute de la vivienda sita en san Sebastián, DIRECCION000 número NUM000 domicilio conyugal hasta la firma del Convenio de 27 de Julio de 2012.

La Sra. Genoveva abona 1.000 euros al mes por el alquiler y gana 2000 euros de nómina frente a los 2.800 euros al mes del Sr. Eliseo , por lo que en caso de mantener la guarda y custodia compartida no sería el del Sr. Eliseo el interés más necesitado de protección.

4.-Régimen de Visitas y Comunicaciones.

Se reproduce el régimen propuesto en la demanda reiterando el rechazo, por inconveniente, de una custodia compartida.

Las vacaciones escolares ( Verano, Navidad y Semana Santa ) se reparten en la forma propuesta en la página 23 y 24 del recurso.

5.- Pensión de alimentos.-

En relación a las clases de equitación, se entiende que han de considerarse como gastos ordinarios y tenido en cuenta la hora de fijar la pensión, por lo que el importe de la pensión a abonar por el padre sería de 3.000 euros ( 1.000 euros por cada hijo).

Si se consideran como gasto extraordinarios deberán abonarse el 60% por el padre y el 40% por la madre .

Incide en el hecho de que el Sr. Eliseo es titular al 60% de la mercantil LAUCASAL SL con unos ingresos declarados en el año 2011 de 57.248 euros, lo que da una cifra de 4.440,70 euros.

Además el movimiento de ingresos en la cuenta de CAJA RURAL DE NAVARRA y en KUTXABANK son superiores a la nómina que dice percibir .

No es de recibo que se reste la cuota de seguros autónomos al Sr. Eliseo y no a la Sra. Genoveva , lo que abona a la SS.

No ha quedado acreditado que la Sra. Genoveva perciba ingresos por dividendos de ninguna de las Empresas familiares .

Está lejos de atender a las necesidades de los menores la suma que se propone de 720 euros /mes.

Se postuló en el SUPPLICO el dictado de una resolución "(.....), declarando la nulidad de la sentencia con todos los efectos inherentes a dicha institución hasta la fecha de retroacción procedente y, en todo caso, conforme al contenido del SUPPLICO invocado en nuestro escrito de demanda que, en evitación de innecesarias reiteraciones, damos por enteramente replicados y solicitados en este acto ".

En tiempo y legal forma D. Eliseo presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto interesando en el SUPPLICO el dictado de una sentencia por la que "(.....) se confirme la sentencia de 6 de Mayo de 2013 , con expresa imposición de costas de la presente instancia , con todo cuanto más proceda en Derecho (.....)".

#### **SEGUNDO.-** Antecedentes básicos :

1.-Demanda de divorcio interpuesta por Dña. Genoveva contra D. Eliseo postulando en el SUPPLICO el dictado de una sentencia por la que se acordaran las siguientes medidas :

1º-La separación y la disolución del vínculo de los cónyuges, debiendo abandonar el esposo el domicilio conyugal.

2º-Revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro cónyuge, cesando la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica .

3º-Atribución de la guarda y custodia de los menores Adela , Coro y Pelayo a la madre, siendo compartida la patria potestad por ambos progenitores .

4º-Fijación del régimen de visitas y comunicaciones los fines de semana, entre semana, Navidades , Semana Santa y Verano, cuyo desglose pormenorizado aparece en los folios 11 a 14 de las actuaciones.

5º-Atribución del uso y disfrute del domicilio familiar sito en DIRECCION000 número NUM000 , a los hijos y a la madre bajo cuya guarda quedan al ser el interés más necesitado de protección y ello hasta que los hijos alcancen la independencia económica. Atribución a la madre del ajuar doméstico existente en la vivienda familiar debiendo retirar el demandado sus objetos y enseres de uso personal y abandonar la vivienda en el plazo de quince días.

6º-Pensión alimenticia contribuyendo el Sr. Eliseo en la suma de 3.000 euros que han de abonarse los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o de ahorro que designe la madre, cantidad actualizable el 1 de Enero de cada año en base al incremento del IPC u Organismo que le sustituya.

7º-Contribución en un 75% del Sr. Eliseo en los gastos extraordinarios y en un 25% la Sra. Genoveva .

Entendiendo como gastos extraordinarios: gastos de uniforme o libros escolares, los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, ortopédicos, dentales, psicológicos, farmacéuticos, de ortodoncia, logopedia y, en general, los asociados al tratamiento paliativo de cualquier enfermedad física o mental no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro Médico correspondiente, así como en el ámbito formativo los destinados a clases particulares sobre materias lectivas obligatorias en caso de retraso escolar , las clases de equitación que las dos niñas vienen desempeñando desde hace mucho tiempo; Adela compite en ferias nacionales y Coro dada su enfermedad le resulta imprescindible esa actividad. En relación a dichas clases, si se considerara como gasto extraordinario , deberán destacarse en tal concepto por cuanto se han venido desarrollando constante el matrimonio.

En caso de gastos urgentes de carácter necesario, bastará con con que se informe con posterioridad al otro progenitor si no fuera posible hacerlo previamente.

Subsidiariamente para el caso de que se entendiera vinculante para los esposos la cláusula firmada en el convenio de 27 de Junio y en atención al importe de la pensión ( 1.200 euros) se propone dicho importe de forma subsidiaria bien entendido que han de considerarse como gastos extraordinarios los siguientes: gastos de uniforme o libros escolares, los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, ortopédicos, dentales, psicológicos , farmacéuticos , de ortodoncia, logopedia y, en general, los asociados al tratamiento paliativo de cualquier enfermedad física o mental no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro Médico correspondiente , así como en el ámbito formativo los destinados a clases particulares sobre materias lectivas obligatorias en caso de retraso escolar, las clases de equitación que las dos niñas vienen desempeñando desde hace mucho tiempo ; Adela compite en ferias nacionales y Coro dada su enfermedad le resulta imprescindible esa actividad .

Contribución en un 75% del Sr. Eliseo en los gastos extraordinarios y en un 25% la Sra. Genoveva a la vista de la situación económica del padre y la madre .

La obligación de prestar alimentos se extinguirá en relación a cada hijo cuando éste sea mayor de edad e independiente económicamente, sin perjuicio de las causas de extinción de los artículos 150 y 152 del CC .

8º-El uso de la vivienda familiar y de los objetos de ordinaria utilización se atribuirán a la madre e hijos bajo cuya guarda quedan. Resulta necesario resaltar que en el documento de 27 de Junio se establece como pacto PRIMERO 7º la adjudicación y disfrute de la vivienda al esposo. No obstante, en este escrito de demanda se solicita para la esposa en beneficio de los hijos menores, dado que la vivienda que hoy ocupan es de los padres de la esposa, pagando ésta 1.000 euros mensuales. Como el esposo no ha ratificado dicho acuerdo, no abona pensión alguna ni paga la cuota hipotecaria debe de acogerse el pedimento de atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal a la madre y en beneficio de los menores.

Los gastos derivados del uso de la vivienda tales como luz, agua, gas, calefacción, teléfono, tasa de basuras, gastos ordinarios de comunidad y análogos serán satisfechos por la usuaria de la vivienda.

Los gastos extraordinarios de la comunidad , el IBI y el importe de la prima de seguro de vivienda y análogos serán abonados por mitad entre ambos propietarios.

9º-Atribución a la esposa del uso y disfrute del garaje ubicado en la urbanización donde radica la vivienda conyugal siendo de cargo de la usuaria los gastos ordinarios y derivados del uso y disfrute. El IBI y la prima del seguro serán abonados por mitad entre los cónyuges.

10º-Atribución del uso y disfrute del vehículo Volkswagen 1 T Turismo con número de identificación NUM001 a la esposa. Atribución del uso y disfrute de la motocicleta Yamaha con número de identificación NUM002 al esposo.

11º-Extinción del régimen económico de gananciales haciendo suyos los cónyuges cada bien que obtengan a partir de esa fecha.

2.-Destacamos del escrito de demanda los siguientes extremos :

2.1- Los litigantes contrajeron matrimonio canónico el día 22 de Julio de 2000 habiendo nacido fruto de ello tres hijos menores de edad : Adela ( nacida el NUM003 -2004) ; Coro ( nacida el NUM004 -2006) y Pelayo ( nacido el NUM005 -2009).

2.2- En el HECHO TERCERO de la demanda se narra el progresivo distanciamiento entre los cónyuges, deviniendo la convivencia imposible y destacando que ambos trabajan en la misma empresa familiar.

Relató el incidente acaecido el día 7 de Enero de 2012 en el garaje de la urbanización en el que la demandante se encontraba hablando con un vecino, momento en el que apareció el demandado, el cual golpeó al vecino en varias ocasiones en la frente , precisando a raíz de ello 10 puntos de sutura, al tiempo que le dirigía diversos insultos siguiéndose por estos hechos Diligencias Previas ante el Juzgado de Instrucción número 5 de Donostia-San Sebastian.

2.3.- La demandante compagina la vida laboral con el cuidado y atención de los hijos habiéndose encargado de la administración de la economía del hogar y la atención de las necesidades del mismo.

La segunda de las hijas fue diagnosticada a muy corta edad de un tumor cerebral que requiere cuidados y revisiones médicas especiales. Ambas hijas montan a caballo en la Hipica Miraflores, acudiendo a concursos y ferias.

2.4.- Se instó previamente la demanda de Medidas Provisionales Previas seguidas bajo el número 485/12 ante el Juzgado de Primera Instancia número 3.

Llegada la fecha de la vista y a solicitud de las partes se suspendió por un plazo de sesenta días al objeto de llegar a un acuerdo amistoso. Tras las oportunas conversaciones se formalizó un documento privado firmado por ambas partes y que se aporta como documento número 9.

A los diez días de la firma del documento el Letrado Sr. Martínez Molina comunicó a la Letrada que suscribe la demanda que no era su voluntad ratificar a presencia judicial el acuerdo alcanzado, lo que motivó la continuación del procedimiento.

A consecuencia de ello, se dictó Diligencia de Ordenación, por el que se citó a las partes y al Ministerio Fiscal a la comparecencia el día 27 de Noviembre a las 11 horas.

2.5.-En el HECHO OCTAVO de la demanda tras referir que los ingresos del esposo ascienden a 101.192 euros anuales y los de la esposa a 30.329,43 euros anuales ( documentos 11 y 12 respectivamente ) se recogieron diversos pedimentos que posteriormente se recogen en el SUPPLICO :

-Atribución de la guarda y custodia de los tres hijos menores a favor de la madre .

-Atribución de la vivienda familiar sita en DIRECCION000 número NUM000 y del ajuar familiar a la madre, por entender que ello es de interés de los menores y ello a la vista del rechazo del esposo de ratificar a presencia judicial el Convenio al que se llegó el día 27 de Junio y del abono de la demandante de la suma de 1.000 euros al mes en concepto de alquiler de la vivienda, sita en la CALLE000 NUM006 , NUM007 a los propietarios de la misma que son sus padres.

Se solicita el uso y disfrute hasta la venta de la vivienda ( villa adosada que consta de planta sótano, planta baja , primera planta y planta bajo cubierta con una superficie total de 300 m2).

-Atribución a la madre del del vehículo Volkswagen 1 T Turismo con número de identificación NUM001 a la esposa.

-Atribución del uso y disfrute de la motocicleta Yamaha con número de identificación NUM002 al esposo.

-Se enumeran los gastos relativos al sustento y formación de los hijos con referencia a los documentos que se acompañaron como justificación de los mismos a la demanda de medidas provisionales previas 485/2012 ( documentos 13, 14 y 15) y en resumen:

Gastos escolares de las dos hijas mayores en el Colegio de San Ignacio: 652,70 euros.

Gastos de la guardería del pequeño Pelayo : 325 euros mensuales.

Gastos de libros y material escolar: 320 euros.

Gastos generales de la vivienda que corresponde a cada hijo: 240 euros mensuales.

Alimentación: 390 euros mensuales por cada hijo, lo que da un total al mes de 1.170 euros.

Plan juvenil con KUTXA suscrito por las dos hijas, que asciende a 30 euros cada mes : total 60 euros.

Dos empleadas de hogar : la que realiza las tareas domésticas percibe al mes 451 euros; la que ayuda a la madre en el cuidado de los hijos percibe 400 euros mensuales.

Los recibos de la escuela Ecuestre Miracampos asciende a 655 euros el de Adela y 13 talonarios de bonos de 150 cada uno: total 1.950 euros.

La hipoteca que grava el domicilio familiar asciende a 1.380,06 euros al mes .

Y respecto al derecho de visitas la demandante se remite a lo pactado en el documento 27 de Junio de 2012.

2.6.- Base jurídica de la demanda .

Artículos 102 , 103 del CC y examen del valor del documento, no ratificado a presencia judicial, de 27 de Junio de 2012 ( aportado con el número 9 a la demanda ) .

3.-En tiempo y legal forma se presentó escrito de contestación a la demanda por parte de D. Eliseo .

Se destacan los siguientes extremos del mismo:

3.1- Se rechaza por el demandado que haya proferido ninguna descalificación o vejación hacia su esposa en el entorno familiar, laboral y social, habiendo sido la demandante quien ha puesto punto final a su matrimonio por su relación con uno de los vecinos que residía en la misma urbanización llamado D. Mauricio .

Es incierto que el demandado no mantenga comunicación alguna con la demandante: lo hece por teléfono, mensajes de móvil e incluso de forma personal

Reconoce el demandado haber agredido el día 7 de enero pasado a su vecino D. Mauricio , habiendo sido fruto de una crisis nerviosa a la vista de la situación que se cernía sobre su matrimonio, habiendo indemnizado ya al Sr. Mauricio y mostrando su conformidad con la pena que se le imponga en sede penal.

3.2- El demandado ha colaborado tanto o más que su esposa en la crianza y educación de los menores e igualmente se ha ocupado de la economía familiar .

No se acepta que la demandante se arrogue un papel principal en el cuidado de la enfermedad de su hija mediana , Coro , cuando lo cierto es que ambos progenitores han estado junto a la menor en todas las pruebas médicas, pre- operatorias, en reuniones con especialistas, en la estancia hospitalaria .El demandado estuvo en el Hospital velando a la menor durante más de un mes y casi no salió de la UVI durate 10 días.

El demandado acostumbra a llevar al Pediatra a sus hijos cuando tiene sus revisiones o se encuentran enfermos y cada día llevaba personalmente a su hijo Pelayo a la Escuela Infantil Juana de Arco.

El padre se ha turnado con la madre para recoger a las niñas de la ikastola .

Es cierto que las dos hijas practican habitualmente equitación y que Adela participa en concursos oficiales, pero rechaza que sea solamente la demandante, quien en exclusiva se ocupa de tal actividad .

Destaca a que aún después de la ruptura llevó él solo a las menores a unas pruebas que se celebraban en Oviedo el fin de semana de 11-11-2012, no presentando la madre impedimento alguno porque tenía que participar en la carrera "Behobia -San Sebastian " quedando clasificada en mitad de la tabla ( participaron 21.515 personas ) con un tiempo de 1 h : 31' : 46" ,lo que implica que hay que dedicar mucho tiempo ( entrenamiento diario y gimnasio ) para lograr ese registro.

Tambien la demandante participa en la Maratón de San Sebastián.

Indica que los progenitores llegaron a un acuerdo para el Puente de Diciembre modificando el acuerdo inicial, lo que se plasma en el documento número 34.

3.3-En relación con el acuerdo de 28 de Junio y el motivo de la no ratificación sostiene el demandado que actuó con el consentimiento viciado :

-Firmó bajo presión y apesadumbrado por el procedimiento penal seguido en su contra y, según le informaron, su resultado podría ser negativo y podría hacerle perder a sus hijos o ver muy limitados sus derechos de visita al ser presentado como una persona violenta y agresiva.

-Entendió que tenía un plazo máximo para decidir de 60 días ( período de la suspensión de las diligencias previas provisionales ) hasta pensar incluso que lo firmado era una suerte de borrador o preacuerdo sujeto a cambios y puntualizaciones.

La indefinición de algunas cláusulas y los anexos escritos a mano ofrecían una impresión de temporalidad y provisionalidad.

-Ausencia de consentimiento informado : el Sr. Eliseo no fue advertido ni se le explicó que el régimen de visitas pactado implicaba de facto una custodia compartida, ya que prácticamente tiene a sus hijos 12 de cada 15 días al mes.

El padre tenía como objetivo fundamental salvaguardar las visitas y el mantenimiento del domicilio familiar de los niños en DIRECCION000 , donde siempre han vivido y se encuentran arraigados al entorno residencial y social; además está muy próximo al centro escolar de tal forma que incluso pueden ir andando.

-El convenio es perjudicial para los menores. Es un derecho de los hijos poder realionarse estrechamente con ambos progenitores, ser cuidados y atendidos por ambos, sin embargo el Convenio no lo permite al dar una primacía injustificada a la madre.

Por ello el demandado tras reflexionar e interiorizar el acuerdo llega a la conclusión de que no es el mejor para sus hijos, porque es deficitario para el padre el reparto de tiempos con sus hijos así como la asunción de la responsabilidad parental.

-En todo caso la demandante ha incumplido la obligación de abono de 200.000 euros " a la mayor brevedad" que establece la CLAUSULA TERCERA del acuerdo.

De hecho la demandante le ofreció el abono de esa cantidad en mensualidades, lo que fue rechazado por el demandado.

Es en el mes de septiembre, el día 11, cuando la Letrada de su esposa comparece ante Notario y en nombre de aquélla ofrece al Sr. Eliseo el pago tardío y extemporáneo conminándole a que lo acepte o lo rechace en el plazo de 48 horas entendiéndose que de no contestar lo rechaza (documento 16 de la demanda).

El incumplimiento de su esposa faculta al demandado a la resolución del convenio.

En consecuencia el convenio de 27 de Junio de 2012 es nulo por vicio en el consentimiento; por incumplimiento de la Sra. Genoveva del abono de los 200.000 euros en breve plazo y porque la liquidación del régimen económico matrimonial es perjudicial y lesiva para el demandado en más de un tercio del valor de los bienes.

3.4.- En el HECHO SEPTIMO BIS se analiza la situación laboral de los progenitores y sus ingresos.

La demandante trabaja como Administrativa en la Empresa GESTIARRAIN SL propiedad de sus padres y del matrimonio que nos ocupa. Su retribución con media jornada de trabajo ascendió en el año 2010 a 30.329 euros anuales, lo que hace una media de 2.050 euros / mes x 14 pagas, esto es 2.391,66 euros al mes.

Lo que se acredita en el documento número 7 aportado por la actora en las Medidas Provisionales.

Además percibe ingresos por dividendos en las siguientes Sociedades aquí y en Francia : GESTIARRAIN SL, FISHING COMPANY SL; SARL URRUGNE ; SARL AGENA .

Ha de computarse como ingresos la renta de la vivienda propiedad de las partes sita en el DIRECCION001 NUM008 , NUM009 de Donostia que hasta la fecha de la ruptura cobra de forma unilateral a la inquilina la suma de 1.000 euros / mes.

D. Eliseo trabajaba, hasta la ruptura, adscrito a la Empresa GESTIARRAIN SL, pero el día 30-9-2012 fue despedido de la empresa por orden de la madre de Dña. Genoveva, actual Administradora Social.

El Sr. Eliseo ha demandado al Grupo de Empresas, habiéndose celebrado vista del despido el día 29-11-2012 ante el Juzgado de lo Social número 2, estando a la espera de sentencia ( documento 23 de las Medidas provisionales 485/12).

Actualmente percibe una retribución mensual de 2.500 euros que por 14 pagas supone 2.800 euros / mes por su trabajo en LAUCASAL SL, de la que el matrimonio posee el 60% y D. Maximo el 40% restante.

De este importe hay que descontar la cotización de Autónomos que ha de abonar a la TGSS por importe de 226,15 euros.

En consecuencia: 2.800 euros / mes ( con dos pagas extra ) - 226 cuota autónomos + 500 renta = 3.074 euros.

Este importe es menos de la mitad de lo que ganaba antes del despido.

3.5.- En el HECHO OCTAVO de la demanda se proponen :

I.-) Medidas definitivas con custodia compartida :

Cuyo desarrollo en todos sus extremos ( custodia, vivienda, vacaciones escolares de verano, Navidad y semana santa, pensión de alimentos, gastos extraordinarios, otras cargas comunes de los esposos, vehículos y garajes ) se desarrollan de forma pormenorizada en las páginas 9, 10 y 11 del escrito de contestación

II.-) Alternativa a I.-) Medidas Definitivas con custodia exclusiva para el padre.

Cuyo desarrollo en todos sus extremos ( guarda y custodia, régimen de visitas, vacaciones escolares, domicilio familiar, pensión de alimentos, gastos extraordinarios, otras cargas comunes de los esposos, vehículos y garaje ) se desarrollan de forma pormenorizada en las páginas 11 y 12 del escrito de contestación

III.-) Subsidiaria a I.-) y II.-) Medidas Definitivas con custodia exclusiva para la madre.

Cuyo desarrollo en todos sus extremos ( guarda y custodia, régimen de visitas, vacaciones escolares, domicilio familiar, vivienda de la Avenida del DIRECCION001, pensión de alimentos, gastos extraordinarios, otras cargas comunes de los esposos, vehículos y garaje ) se desarrollan de forma pormenorizada en las páginas 12 y 13 del escrito de contestación a la demanda.

### 3.6.- Base jurídica de la contestación a la demanda :

La recta aplicación de los artículos 103 y ss del CC es incompatible con las pretensiones de la demandante, teniendo en cuenta el principio rector del interés superior de los menores.

Se postula la nulidad del convenio de 27 de Junio de 2012 por vicio en el consentimiento ( intimidación, error en el consentimiento y dolo ).

Se postuló en su caso la resolución por incumplimiento doloso por parte de la actora al no hacer efectivo el abono de la suma de 200.000 euros.

4.-Previos los trámites de rigor se dictó sentencia de fecha 6 de Mayo de 2013 por el Juzgado de primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastián , estimando parcialmente la demanda con los siguientes pronunciamientos básicos :

-Disolución del régimen económico matrimonial y revocación de consentimientos y poderes.

-Los menores Adela , Coro y Pelayo quedarán bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores.

-Ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores.

-Régimen de estancias, comunicaciones y visitas en los períodos pactados libremente por los progenitores y, de forma subsidiaria, proponiendo el Juzgador un calendario dividido entre períodos lectivos y períodos de vacaciones escolares ( Navidad, Semana Santa y Verano ).

-Atribución al padre del uso de la vivienda familiar .

-Contribución a las necesidades alimenticias de los hijos por un importe de 720 euros cada uno a razón de 240 euros por cada hijo; gastos de naturaleza ordinaria que excedan de la manutención y sustento al 50% cada cónyuge; gastos extraordinarios y necesarios al 50% por cada cónyuge y, entre ellos, los gastos derivados de la actividad de equitación; todo ello hasta que los menores habiendo alcanzado la mayoría de edad sean independientes económicamente o estén en condiciones de independizarse de conformidad a las normas de la buena fe.

-Contribución a las cargas por partes iguales ( hipoteca de la casa y gastos asociados a la propiedad de la casa y resto de bienes comunes como derramas comunitarias, tributos y seguros .

-No ha lugar a efectuar un pronunciamiento sobre la atribución del uso del garaje y de los vehículos .

Todo ello sin pronunciamiento en materia de costas.

Frente a esta resolución se alza el presente recurso de apelación.

### **TERCERO.- Examen del recurso.-**

1.-No procede su acogimiento.

El Tribunal no aprecia que la intervención del Juzgador en el interrogatorio a la Sra. Genoveva haya generado una situación de indefensión material y haya supuesto quiebra alguna en las garantías procesales.

Las preguntas y reflexiones del Juzgador en ningún caso pueden ser tildadas de coactivas o sugiriendo respuestas en un determinado sentido de la interrogada , o dirigidas a generar dudas o confusión.

La intervención del Juzgador ha de traducirse en términos de adopción de una actitud activa en la práctica de la prueba, por no hablar de cierto sesgo didáctico en algunos pasajes de su intervención cuya explicación deriva de la presencia de alumnos de la Escuela de Práctica Jurídica.

La intervención del Juzgador en sede de interrogatorio, aún exhaustiva, aparece especialmente avalada a la vista de la concurrencia del interés de tres menores en cuestiones tan relevantes como la atribución de la guarda y custodia de los mismos , su pensión alimenticia .

Las interrupciones, es cierto que abundantes en el curso de las pruebas de interrogatorio de las partes y en las periciales, ha obedecido a un intento de procurar que las preguntas de las Letradas se centrara en los puntos de debate que el Juzgador consideraba relevantes.

En sede teórica la posibilidad por parte del juzgador de intervenir directamente pudiendo incluso interrogar ala parte para obtener aclaraciones, adiciones y precisiones se encuentra específicamente contemplada en el artículo 306.1 párrafo segundo de la LEC .

La intervención del Juzgador en sede de interrogatorio, aún exhaustiva, aparece especialmente avalada a la vista de la concurrencia del interés de tres menores en cuestiones tan relevantes como la atribución de la guarda y custodia de los mismos, su pensión alimenticia. Las interrupciones, es cierto que abundantes, en el curso de las pruebas de interrogatorio de las partes y en las periciales ha obedecido a un intento de procurar que las preguntas de las Letradas se centrara en los puntos de debate que el juzgador consideraba relevantes

Finalmente y a la vista del extenso FJ CUARTO de la sentencia en el que se aborda la cuestión de la atribución de la guarda y custodia se observa que el Juzgador ha tenido en cuenta no solamente el interrogatorio de la Sra. Genoveva, sino, asimismo, diverso material probatorio tal como el interrogatorio del Sr. Eliseo; el Informe del Equipo Psicosocial; los Informes de los Peritos de parte Dña. Lidia y de D. Epifanio y la exploración de la menor Adela para llegar a la conclusión de que la protección del superior interés de los menores pasaba por acordar un régimen de custodia y guarda compartida ( epígrafe 2.- del FALLO ) y cuyo desarrollo en cuanto a los períodos de permanencia con cada progenitor se desarrolla de forma extensa posteriormente ( epígrafe 4.- del FALLO ) de la sentencia.

Por lo razonado se rechaza la pretensión de nulidad de actuaciones formulada por la representación procesal de Dña. Genoveva.

## 2.-Régimen de guarda y custodia de los menores.

Es una cuestión nuclear en la presente litis que, a su vez, condiciona el pronunciamiento referido a la atribución del uso del domicilio familiar, respecto de la cual la sentencia ( epígrafe 5.- del FALLO ) se pronuncia en el sentido de atribuirla al padre así como los objetos de uso ordinario de la vivienda familiar.

Con carácter previo, desea reseñar el Tribunal que reconoce tanto la Sra. Genoveva como al Sr. Eliseo las aptitudes y capacidades para desarrollar correctamente la función parental de cuidado, manutención, educación y desarrollo de sus tres hijos.

En relación a la posibilidad de ejercicio conjunto o compartido de la guarda y custodia de los menores interesa al tribunal transcribir los epígrafes 5 y 8 del artículo 92 del CC :

Dispone el artículo 92. 5 del CC lo siguiente :

" 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y trasfundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos".

Previsión ésta del legislador - solicitud conjunta de ambos progenitores- que, obviamente, no se produce en este procedimiento al existir, justamente, divergencia evidente en cuanto a este capítulo entre los progenitores.

Por su parte dispone el artículo 92.8 del CC :

"8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor".

La posibilidad de una decisión judicial acordando la guarda y custodia compartida pasa, inexorablemente, por evaluar la procedencia de la misma en relación al " interés superior del menor ".

Llegados a este punto ha de significarse que el criterio que inspirará la presente resolución -al igual que lo hizo en la sentencia apelada- no será otro que el de "favor filii", es decir, la defensa del interés superior del menor por encima del legítimo deseo de cada progenitor.

Este principio ( "favor filii" ) está consagrado de modo general en nuestro ordenamiento jurídico, según se sigue de la cita del artículo 39 de la Constitución española, y de los artículos 2 y 11. 2 de la Ley Orgánica 1/1996.

En palabras de la sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª de 29 de abril de 2009 (Rollo de sala 208/09): " Es sabido que el interés de los menores ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el bonnum filii ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos ( arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 C.C ) y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales (también aplicables a ese tipo de convivencia), paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y

básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos ( art. 39.2 CE ) y responde a la nueva configuración de la patria potestad ( art. 154.2 C.C ), siendo también la razón por la que la normativa vigente arbitre fórmulas con que garantizar o servir aquél interés, tales como la audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio y preceptivamente si alcanzaron los doce años ( art. 92.2 C.C . en relación con los arts. 154.3 . y 156.2 C.C ) y recabar el dictamen de especialistas ( art. 92.5) que puedan colaborar con el juez en el más acertado discernimiento de las medidas que adopte. Aparte de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor , donde se proclama en el art. 2 la primacía del interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo, y en el art. 9 el derecho de ser oídos en los procedimientos familiares o de otra índole en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Asimismo, el sentido proteccionista hacia los menores de edad se manifiesta en la Convención sobre el Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20-11-1989, en cuanto que su art. 9, en relación con el 3, permite incluso a los Tribunales decretar la separación del niño de sus padres cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en el interés superior del niño."

Pues bien, partiendo el Tribunal del mismo principio que la sentencia recurrida- primacía de la defensa del interés de los menores- la conclusión a la que llega es distinta que la preconizada en la sentencia recurrida inclinándose el Tribunal por la atribución de la guarda y custodia a la madre por entender que de esa forma se protege más el superior interés de los tres menores, sin perjuicio del mantenimiento de los contactos con el progenitor no custodio Sr. Eliseo con una periodicidad e intensidad bastantes para que se dé plena satisfacción a la necesidad de referencia paterna que precisan Adela , Coro y Pelayo , asegurando la permanencia del lazo afectivo y familiar, y también material, entre ellos y su padre el Sr. Eliseo .

El Tribunal ha llegado a la conclusion precedente en base a las siguientes consideraciones:

I.-)En relación a las periciales aportadas .

A.-)A instancia de la representación procesal de Dña. Genoveva el Informe Pericial de D. Epifanio que obra al Tomo I , los folios 177 y ss de las actuaciones en el que , tras la realización de diversas entrevistas semiestructuradas con Dña. Genoveva y la menor Adela , concluye la procedencia de la atribución de la guarda y custodia de los menores a favor de Dña. Genoveva toda vez , a su criterio :

-El Sr. Eliseo demuestra " poca sensibilidad o madurez ".

-La Sra. Genoveva es quien ha ofrecido en el tiempo mayor estabilidad y atención a los menores.

-Considera evidente la concurrencia de móviles económicas para instar la custodia compartida afirmación ésta que el autor del Informe obtiene "(...) de ser cierto lo dicho por Nerea (....)".

En su intervención en el Juicio ( DVD V 2'15" y ss ) destacamos los aspectos más relevantes :

Adela tras la práctica de las pruebas consideró que tenía un trastorno adaptativo crónico ( de más de seis meses ) con síntomas depresivos no aceptando la realidad en la que está inmersa; pero es una situación temporal y tratable; le entregó el Informe al Sr. Eliseo sin que este le hiciera ninguna consideración ; en el rol de la pareja la atención diaria fundamental sobre los hijos correspondía a Genoveva y el Sr. Eliseo tenía una aportación complementaria como padre; los menores han tenido una vinculación más estrecha con la madre, la educación la han recibido de la madre, hacen los deberes con ella, tienen una afición común que es montar a caballo; no es partidario de una guarda y custodia compartida porque hay desacuerdos constantes entre ambos progenitores incluso antes de la separación; ha observado que el padre instrumentaliza a la hija de 8 años con comentarios sobre su madre, su tía y observó como Adela se arrancó delante de él los pelos en su despacho .

En relación al estilo educativo de la Sra. Genoveva no hay ningún atisbo de que la menor se encuentre mal educada por su madre; la Sra. Genoveva sabe educar en confianza en flexibilidad, es reflexiva y es capaz de llegar a acuerdos; si los hijos llevan 8 meses conviviendo con la madre y a la vista de los desacuerdos constantes entre los progenitores lo que más estabilidad va a dar es la permanencia con la madre

B.-) Informe Pericial Psicológico elaborado por Dña. Lidia que fue aportado por la representación procesal de D. Eliseo y que consta a los folios 257 y ss del Tomo I, el cual tras una entrevista semiestructurada del Sr. Eliseo el día 11-1-2013 y tras la realización de determinadas pruebas complementarias ( Inventario Multiaxial Clínico de Millon- MCMI-III; Cuestionario CUIDA de Bermejo y Cuestionario C.H.T.E ), concluye afirmando, básicamente que el Sr. Eliseo presenta capacidades adecuadas para la asunción y cumplimiento

adecuado de las funciones paternas así como capacidad suficiente para , en relación a sus hijos, proporcionarles " el mayor bienestar posible ".

En su intervención en el Juicio ( DVD VI 3'00 y ss ) destacamos los aspectos más relevantes :

-No ha entrevistado a Genoveva ni a ninguno de los hijos; duda que la menor Adela tenga un trastorno adaptativo crónico por lo que la aplicación de un tratamiento sería inadecuado al no ser necesario y ello desde el punto de vista somático, físico y psicológico; el padre tiene absoluta capacidad para ejercer la función de guarda y custodia.

La entrevista del Sr. Eliseo fue el día 11 de Enero y ya sabía que el Informe del Equipo Psicosocial sería pocos días después ;el test CUIDA en los contextos de valoración a progenitores suele ser bastante típico que haya una deseabilidad social alta, esto es, se quiere dar una buena imagen; la Letrada de la parte demandante cuestiona que el Informe del Sr. Eliseo se diga de él que tiene una actitud conciliadora y que posee capacidad para separar sus problemas de pareja con el bienestar con sus hijos : esto se ha valorado por una entrevista personal (como cuenta su vida, su historia de pareja) y pruebas complementarias; estas características chocan a la Letrada de la parte demandante si se contrastan con las observaciones que hace el Sr. Eliseo de su mujer (caprichosa, impulsiva, materialista (.....)); el Sr. Eliseo también destaca aspectos positivos de la madre y por mucho que él tenga una idea negativa determinada de la que es la madre de sus hijos eso no lo transmite a sus hijos sabe separar su conflicto de pareja, que evidentemente existe, con su forma de actuar con los menores ; en su Informe, en contra de los otros dos, consta que la hija mayor la considera como triste, poco comunicativa, está tensa, no puede dormir, precisa que esto ocurre en estos momentos ya que están pasando por una situación vital difícil, es una situación temporal; el objeto de su pericia no ha sido evaluar la posibilidad o pertinencia de una custodia compartida, sino evaluar las capacidades parentales del Sr. Eliseo .

El Sr. Eliseo le ha manifestado que más o menos mantiene comunicación con su ex mujer; le ha manifestado que mantiene discrepancias respecto de la educación de los hijos en algunos aspectos: por ejemplo en relación a la hija mayor y su práctica excesiva de la hípica a nivel de competición ; no aprecia en cuanto al Sr. Eliseo ningún indicador que no aconseje la custodia compartida.

C.-) Informe del Equipo Psicosocial .

Con carácter previo precisa el Tribunal que ha recabado la remisión de las Diligencias Provisionales Previas al no constar a pesar de las continuas referencias que al mismo han hecho las respectivas direcciones letradas de las partes - en el procedimiento principal referencia alguna al test realizado por el Equipo Psicosocial.

El Informe consta en el procedimiento de medidas previas provisionales número 485/12 y fue elaborado por Dña. Emma , Psicóloga Forense del equipo Psicosocial de Donostia-san Sebastian el día 18 de Enero de 2013.

Para la elaboración del Informe se basó :

-Lectura de la documentación aportada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastian.

-Entrevistas semiestructuradas e individuales con la madre ( aplicación del cuestionario CUIDA ); con el padre (aplicación del cuestionario CUIDA );entrevista semiestructurada y conjunta con las menores Adela y Coro ( aplicación del Cuestionario Sociofamiliar ROTTER de forma individual y Cuestionario de los deseos ); Entrevista Familiar con padres e hijos y, finalmente, entrevista conjunta .

En el epígrafe "Análisis y Consideraciones " al folio 10 del Informe destacamos :

-"Como expareja la situación entre ambos se encuentra en esos momentos, con cierto resentimiento (.....)"

-Ambos como padres, poseen características que favorecen la protección y el cuidado de los hijos. Es evidente que la que más ha llevado la organización familiar ha sido la madre, sin descartar la implicación también del padre cuando podía compatibilizar con el trabajo ".

-"Los menores ,quieren a sus padres , se relacionan bien con los dos , pero se le observa principalmente a las hijas que han mantenido una implicación más directa y habitual con ellas la madre. Sin descartar la importancia que tiene el padre también para ellas".

-"Los menores se encuentran más hechos a estar de forma habitual con su madre ".

Y en el apartado CONCLUSION destacamos :

"Teniendo en cuenta o anteriormente expuesto así como las precedentes consideraciones desde el punto de vista psicológico y siempre como orientación y en beneficio de los menores y teniendo en cuenta además que la situación que están llevando ahora a cabo, en la que ellos como progenitores decidieron en su día, convendría continuar con ella para evitar nuevas adaptaciones a los menores. Sin descartar que los padres decidan algo mejor.

En cuanto a la guarda y custodia compartida , por semanas, y manteniendo la casa que fue familiar a los hijos , sería adecuado para los menores cuando ambos estuvieran de acuerdo en ello. Con un desacuerdo tan evidente en una de las partes es claro que los menores no iban a disfrutar de ese plan " .

El Tribunal destaca lo siguiente de la intervención en el acto del juicio ( DVD IV 0'40" y ss) emitida por Dña. Emma , Psicóloga Forense del Equipo Psicosocial, que protagonizó una larga intervención cercana a los 40 minutos :

Los test que se ofrecen a los litigantes dan una información válida junto a la entrevista ;el test que se aplicó es precisamente para ver las habilidades de padre y de madre ; no se acompañan al informe el resultado de los test sino que lo que se hace en el Informe es proceder a la interpretación de los mismos y en todo caso los resultados están en el Informe ;ella considera , tras ver a los niños y a los padres, que el régimen de visitas y pernocta existente hasta el momento es bueno y así lo concluye en el Informe en el que preconiza mantener el sistema en el que están ;entiende que la custodia compartida en ningún caso va a favorecer a los menores; como los progenitores no están de acuerdo en relación a ese tema -la custodia compartida- ello de alguna manera va a afectar y va a generalizar esa sensación de conflicto en los menores ; en la página 7 del informe y en relación al test del Sr. Eliseo indica que tiende a manifestar una buena imagen de sí mismo : ello significa que en lugar de contestar de forma negativa contra sí mismo trata de aumentar los valores que él tiene pero esto no tiene un valor significativo ;como refleja en el Informe antes de la firma del documento de Junio había una convivencia " entre comillas " porque relación de pareja no había y cada uno hacía su función de padre y de madre pero de pareja no ; en relación a la afirmación del Sr. Eliseo de que cuando estaba con su hijo Pelayo lo ve " muy tenso " , eso significa que no están bien me hechan mucho de menos y por eso es bueno una guarda y custodia compartida respondió la Psicóloga Forense: en la entrevista familiar no notó nada especial y vio que los niños estaban vinculados afectivamente tanto con uno como con el otro progenitor; en relación a la niña Adela en la página 8 del Informe se recoge que es una niña que manifiesta tener miedo a la muerte y más que a la muerte en sí, a que se le muera un ser querido, la Perito explicó que ello responde a la inseguridad que siente en su propia familia que se está desestructurando; tal como expresa en su Informe es que en su valoración se inclina porque no se decida la guarda y custodia compartida, aunque seguramente se adaptarían al final a todas las cosas; en relación a Genoveva ya pone en el Informe que es una buena madre y que se preocupa por los hijos .

Lo que ella valoró fue la guarda y custodia compartida en la forma que fuere tanto si era en el domicilio conyugal o en cualquier otro lado; el régimen de visitas actual es lo que les ha tocado vivir a los menores y se tienen que adaptar a ello seguramente ninguna de las alternativas ( custodia compartida o régimen de visitas actual ) es atractiva para ellos; en la entrevista conjunta familiar el hecho de la colocación física de los menores ( uno al lado del padre y otro en medio de los dos ) contesta que esa colocación la organiza la hermana mayor un poco nerviosa por el hecho de que aparezcan ambos progenitores a la vez en el mismo sitio y por eso la mayor se coloca en medio de los dos y el niño se coloca al lado del padre por casualidad o porque le coge él; los hijos tienen igual vinculación con el padre o con la madre lo único que le llamó la atención fue la posición de la mayor en medio de los dos padres; si la Sra. Genoveva le refirió durante la entrevista que recibió alguna asistencia psiquiátrica y no consta este extremo en el Informe es o porque no se lo dijo o porque no le dio relevancia.

Propone en su Informe un régimen de guarda y custodia exclusiva a favor del padre y un régimen de visitas amplio para el padre ; la guarda y custodia compartida exige una comunicación fluida entre los progenitores que la Perito no aprecia en este momento; considera que en estos momentos tienen los progenitores una conflictiva muy fuerte que les impide llegar a acuerdos y es que en el momento en el que hizo el Informe, la situación era muy conflictiva, estaban muy separados y la comunicación era prácticamente inexistente; el Informe se elaboró el día 18-1-2013; tal como la Perito percibió la situación familiar en ese momento entendió que lo mejor era que se mantuviera la situación que existía en ese momento ( atribución guarda y custodia en favor de la madre ) y ello sobre todo por la falta de comunicación entre los progenitores y la falta de capacidad para llegar a acuerdos entre ellos.

Para ella para acordar la custodia compartida es muy importante que los padres quieren que se comuniquen bien , que sepan mantenerse como padres delante de sus hijos , lo que supone es que sean padres como si convivieran aunque no convivan y esta situación no se da y sin embargo alternando uno y otro ( custodia y visitas ) los hijos no van a percibir esa situación.

Conclusión :

El Tribunal se va a inclinar por la opinión recogida en el Informe del Equipo Psicosocial y ello :

I.-)Porque los Informes A.-) y B.-) está emitidos por Peritos de parte interesada en el presente procedimiento entendiendo que el Informe del equipo Psicosocial presenta características de mayor imparcialidad, objetividad y asepsia que los dos de partes.

Pero el Informe del Equipo Psicosocial llega a sus conclusiones tras un estudio global, esto es, tomando como referencia para sus conclusiones a toda la unidad familiar , en tanto que los Informes A.-) y B.- se basan en entrevistas semiestructuradas de parte de los integrantes de la unidad familiar.

En concreto en el Informe señalado con el epígrafe A.-) de la Sra. Genoveva y de su hija Adela y en el Informe señalado con B.-) del Sr. Eliseo .

II.-)La escasa edad de los menores ( 9 años Adela ; 7 años Coro y 4 años Pelayo ) con las necesidades y atención especial que a tan corta edad precisan hace recomendable inclinarse por la guarda y custodia atribuida a la madre.

Se añade que durante el período que lleva los menores con el sistema de custodia actual no se ha detectado ninguna anomalía o irregularidad en el mantenimiento del sistema.

III.-) En el acuerdo de 27 de Junio de 2012 , suscrito por ambos progenitores aun cuando no fuera ratificado judicialmente ( documento 9 de la demanda ) se contemplaba específicamente en la CLAUSULA PRIMERA 1ª la atribución a la madre de la guarda y custodia de los menores.

El Tribunal entiende que el documento, firmado por ambos litigantes, plasmó la voluntad de los progenitores en una fecha prácticamente coetánea ( 27 de Junio de 2012 ) a la de la presentación de la demanda que da origen al presente procedimiento (5 de octubre de 2012 ) por lo que su valor al examinar el capítulo referido a la guarda y custodia de los menores no puede ser menospreciado.

El Tribunal no ha considerado acreditada la concurrencia de intimidación ( artículo 1267 párrafo segundo del CC ), cuya prueba corresponde categóricamente a la parte que afirma su concurrencia, esto es, al Sr. Eliseo , como vicio en la prestación del consentimiento.

El Tribunal no concibe que el Sr. Eliseo haya incurrido en un error esencial y excusable a la hora de firmar el documento en relación al régimen de guarda y custodia.

Y es que el documento incorpora un texto claro, entendible, que no incorpora unos términos tan sumamente técnicos que originen desconcierto o dudas en la partes firmantes y que, en cualquier caso, y asistidas ambas partes por un Letrado profesional, una diligencia mínima implicaría que el Sr. Eliseo solicitara aclaración de los términos a su propia Direccion Letrada sin que ello supusiera un esfuerzo extraordinario o fuera de lo normal .

No se aprecia la existencia de dolo alguno como vicio invalidante ( artículo 1269 del CC ) cuya prueba, al igual que el resto de vicios del consentimiento ( error, violencia intimidación ) requiere la cumplida probanza de la parte que lo invoca.

No se aprecia motivo de resolución del acuerdo ( artículo 1124 del CC ) en relación al imputado incumplimiento de la siguiente estipulación "Dª Genoveva abonará al Sr. Eliseo la cantidad de 200.000 euros , a la mayor brevedad ".

La falta de una mayor concreción al término " a la mayor brevedad " fuera de la manifestación interesada del Sr. Eliseo implica que el requerimiento notarial efectuado el día 13 de septiembre de 2012 ( documento 16 de la demanda ), esto es, escasos tres meses desde la suscripción del documento de 27 de Junio de 2013, no pueda calificarse fuera del término " a la mayor brevedad ".

IV.-) En el interrogatorio del Sr. Eliseo y a preguntas de la Letrada de la parte demandante puso especial énfasis en la importancia que tenía para sus hijos volver a la que ha sido su domicilio habitual en DIRECCION000 , bien con la madre o con él, habiendo sido el cambio de domicilio contraproducente " no ha sido bueno " para sus hijos ( DVD II 24'30" y ss ).

Este desacuerdo sustancial en relación al cambio de domicilio de sus hijos a raíz de la ruptura se reprodujo a preguntas del Ministerio Fiscal describiendo la comodidad de la casa de tres plantas, jardín, piscina, buena relación con el resto de vecinos de la Comunidad ( DVD II 32'30" y ss).

En consecuencia este Tribunal entiende que el interés superior de los tres menores queda protegido en mejor forma con la atribución en favor de la madre de la guarda y custodia de aquéllos.

3.-La conclusión a la que se ha llegado en el epígrafe 2.- precedente- atribución de la guarda y custodia a la madre- implica que el uso y disfrute del domicilio familiar en DIRECCION000 número NUM000 - haya de atribuirse a la Sra. Genoveva por disponerlo el artículo 96 párrafo primero del CC que establece :

"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 corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden ".

Y ello por entender que el interés más relevante y digno de protección es el de los hijos menores como una manifestación más del principio " favor filii".

Por lo demás no hay discusión en relación a las adecuadas características de la vivienda unifamiliar en la DIRECCION000 : la vivienda es confortable, amplia y cercana al Colegio en el que cursan sus estudios las dos niñas.

4.-Régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

El sentido del pronunciamiento recogido en el epígrafe 2.- del presente FJ obliga a abordar esta capítulo de manera diferente a la realizada por la sentencia apelada.

Se han planteado diferentes propuestas :

-La realizada por la parte demandante y que consta en el SUPPLICO del escrito de demanda ( folios 11, 12,13 y 14 del Tomo I las actuaciones ) y que recoge básicamente lo acordado en el documento de 27 de Junio de 2012 ( documento 9 de la demanda ).

-La realizada por el padre en su escrito de contestación a la demanda ( "C) MEDIDAS DEFINITIVAS CON CUSTODIA EXCLUSIVA PARA LA MADRE y epígrafe 3 de A) MEDIDAS DEFINITIVAS CON CUSTODIA COMPARTIDA y B) MEDIDAS DEFINITIVAS CON CUSTODIA EXCLUSIVA PARA EL PADRE ).

Contrastando las propuestas precedentes el Tribunal considera :

I-Fines de semana alternos.

No existe discrepancia .

El padre estará con los menores desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes al inicio de las clases, en que los dejará en el colegio.

II-Durante la semana .

A.-)En las semanas en los que los fines de semana correspondan al padre no se aprecia una diferencia sustancial :

La madre propone una pernocta Miércoles-Jueves , encargándose el padre de la recogida de los niños el Miércoles y llevándolos al Colegio el Miércoles.

El padre propone una pernocta Martes-Miércoles, encargándose el padre de la recogida de los niños el Miércoles y llevándolos al Colegio el Miércoles.

No apreciándose una diferencia sustancial , ya que en ambos casos se propone una pernocta, y siendo el sistema seguido hasta el momento el propuesto por la madre en la demanda el tribunal se inclina por la propuesta de la madre.

B.-)En las semanas en los que los fines de semana correspondan a la madre .

No apreciamos una diferencia sustancial salvo en los concretos períodos de pernocta

La madre propone una recogida el Miércoles a la salida del Colegio o a las 17:00 horas y estancia con el padre hasta el Viernes en que los llevará al Colegio :en consecuencia incluye un período de pernocta Miércoles/Jueves y Jueves /Viernes , o sea, dos pernoctas.

El padre propone dos pernoctas : Martes / Miércoles y Miércoles / Jueves , en todo caso, al igual que en la propuesta de la madre con obligación de recogida del Colegio y ser llevados al Colegio.

No apreciándose una diferencia sustancial , ya que en ambos casos se está proponiendo dos pernoctas en un caso separadas y en el otro continuada, y siendo el sistema seguido hasta el momento el propuesto por la madre en la demanda el tribunal se inclina por la propuesta de la madre.

III.-)Vacaciones : Semana Santa, Verano y Navidad.

A.-) Navidad :

No se aprecia diferencia sustancial en la propuesta entre ambos progenitores .Ambos parten de un disfrute por mitades e iguales partes.

La única diferencia es el horario de permanencia: la madre propone hasta las 19:00 horas y el padre propone hasta las 20:00 horas.

Ambos horarios son razonables para la edad de los menores por lo que la Sala se va a inclinar por la propuesta del padre.

Igualmente y dentro de este capítulo la Sala va a incorporar porque de esta forma se especifica con mayor precisión el régimen tanto las aportaciones realizadas por la madre en los párrafos segundo tercero y cuarto del apartado NAVIDADES de su escrito de demanda ( folio 12 de las actuaciones ).

B.-) Semana Santa .-

En ambos casos se reparte el período vacacional partiendo de la misma filosofía : en dos mitades por iguales partes.

Y no apreciando diferencia entre la propuesta de uno y otro progenitor, siendo la de la madre la más explícita en cuanto a su extensión la Sala se inclina por la propuesta de ésta última en sus mismos términos.

C.-) Verano.-

No existen diferencias sustanciales proponiendo ambos progenitores un período vacaciones igual: desde el último día lectivo escolar hasta el último día de vacaciones escolares.

Igualmente ambos progenitores coinciden en dividir el período vacacional del verano en cuatro períodos quincenales durante los meses de Julio y Agosto.

Al igual que en el apartado B.-) no apreciando diferencia entre la propuesta de uno y otro progenitor, siendo la de la madre la más explícita en cuanto a su extensión la Sala se inclina por la propuesta de ésta última incorporando alguna precisión propuesta por el padre en relación a la extensión de los períodos quincenales.

D.-) Otros períodos especiales.

Nos referimos al Puente de la Virgen del Pilar; Puente de Todos los Santos ; 30 de Noviembre a 5 de Diciembre de 2012 ; 6 a 10 de Diciembre de 2012 ; tercer fin de semana de Diciembre ( 14 a 16) y segundo fin de semana de Enero ( 11 a 13) recogidos específicamente en la propuesta de la madre.

Pero al referirse a un período de tiempo ya finalizado a fecha del dictado de la presente resolución ( Octubre; noviembre, diciembre de 2012 y Enero de 2013 ) el Tribunal no lo va a incorporar al FALLO.

NUM006 .-Pensión alimenticia a favor de los tres hijos menores; gastos de equitación: su consideración como gasto ordinario o extraordinario; porcentaje de imputación a los progenitores.

En su escrito de demanda ( HECHO OCTAVO )la actora ha cuantificado el concepto de pensión alimenticia proponiendo una contribución mensual del padre por los tres hijos de 3.000 euros al mes .

Desglosa la suma en los siguientes apartados :

-Gastos escolares del Colegio San Ignacio de las dos hijas mayores 652,70 euros.

Gastos de guardería de Pelayo 325 euros al mes.

-La suma de 320 euros en gastos de libros y material escolar.

-Y la suma de 80 euros mensuales como la parte que a cada hijo le corresponde en los gastos generales de la vivienda.

La propuesta recogida en la sentencia fue la de fijar la contribución del padre en concepto de alimentos la suma de 720 euros mensuales por los tres hijos.

En el documento de 27 de Junio de 2012 se fijaba una pensión mensual de 1.200 euros, pero esta es una referencia que no puede ser tenida en cuenta a la hora de cuantificar la aportación en alimentos y ello porque la situación económica y laboral del Sr. Eliseo ha variado de forma considerable al haber sido despedido de GESTIARRAIN SL. el día 3-9-2012, pasando a trabajar en LAUCASAL SL Entidad de la que percibe ( Tomo II folios 360 y ss) desde enero de 2012 a unos 2.500 euros / mensuales.

A preguntas de la letrada de la parte demandante el Sr. Eliseo se ratificó en que sus ingresos mensuales son los que declaró en la precedente vista de Diligencias Provisionales Previas , en concreto, 2.800 euros.

Tal afirmación consta en el DVD II 9'40" y ss rechazando ( DVD II 11'00" y s) que hubiera recibido ingresos por dividendos de LAUSCASAL( empresa mayorista dedicada a la compra y venta de pescado según refirió el Sr. Eliseo ) lo que reitera posteriormente ( DVD II 26'35" y ss).

Tal respuesta la reiteró -2.800 euros con las pagas prorrateadas- a preguntas del Ministerio Fiscal ( DVD II 33'45" y ss).

Exhibido los movimientos de CAJA RURAL DE NAVARRA obrantes en los folios 230 y ss del tomo I, el Sr. Eliseo refirió :

-Las cantidades que aparecen en mayo de 2012 corresponden a devoluciones efectuadas al padre del demandado D. Bienvenido , a consecuencia de un préstamo no documentado que le hizo su padre a él y a su esposa. Estas devoluciones no le informó a su esposa.

El Tribunal no cuenta con el documento 24 de la contestación invocado por la parte apelada al folio 24 de su escrito de oposición en el que cifra el salario anual del Sr. Eliseo en GESTIARRAIN SL en la suma de 49.189,40 euros .

La Sra. Genoveva a preguntas de la Letrada del Sr. Eliseo manifestó que al ser ella la encargada de las nóminas sabe que su marido cobraba de GESTIARRAIN una suma anual aproximada de 60.000 euros ( DVD II 35'30" y ss).

Y en el documento 11 de la demanda sobre Informacion Fiscal del Sr. Eliseo a 13-5-2011, en el que consta un rendimiento de trabajo de AGENA SARL por importe de 43.944 euros, amén del percibido de LAUCASAL SL .

Por lo que se ha producido un detrimento en el rendimiento económico del Sr. Eliseo , quien no cuenta con una fuente de ingresos dimanante de GESTIARRAIN SL que, por las cifras enunciadas en los párrafos precedentes, era cercano a los 50.000 euros anuales.

No obstante teniendo en cuenta la suma que percibe actualmente el Sr. Eliseo ( 2.800 euros /mes ) y a la vista de las necesidades de los tres hijos expuestas en párrafos precedentes, el Tribunal consedera oportuno incrementar la suma que en concepto de alimentos ha de abonar el Sr. Eliseo por sus tres hijos de la suma de 720 euros /mes a la de 900 euros /mes.

Por lo que procede la estimacion parcial de este motivo, revocando la suma concedida en la sentencia( 720 euros/mes por los tres hijos ) y fijando a la consignada en esta sentencia de 900 euros al mes por los tres hijos y a cargo del Sr. Eliseo .

Gastos extraordinarios: hípica.

El Tribunal considera que la naturaleza del gasto ha de separarse del concepto de ordinario y de la pensión alimenticia, debiendo ser incorporado como gasto extraordinario máxime cuando el concepto ( gastos de hípica) incorpora lo gastos variables dependiendo del lugar y de la duración de las pruebas hípicas generados a consecuencia de competición (concursos, traslados de familia y del caballo, matriculación ).

No se aprecia una diferencia sustancial entre los ingresos de la Sra. Genoveva del orden de unos 2.000 euros al mes netos y del Sr. Eliseo del orden de 2.500 euros /mes, para fijar una aportación diferente por cada cónyuge a la del 50% en los gastos extraordinarios.

Por lo razonado procede el acogimiento sustancial del recurso de apelación interpuesto.

**CUARTO.-** No procede efectuar pronunciamiento en relación a las costas causadas en la alzada.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general aplicación

**FALLAMOS**

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto la procuradora Sra. Miranda en representación de Dña. Dña. Genoveva contra la sentencia de fecha 6 de mayo de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastian en el Procedimiento de Divorcio sin acuerdo número 908/2012 y, en consecuencia, revocamos la resolución apelada en el sentido siguiente :

1º-Atribución a la madre de la guarda y custodia de los menores Adela , Coro y Pelayo , siendo compartida la patria postestad entre ambos progenitores.

2º En relación al régimen de visitas / comunicaciones :

I.-) Régimen de visitas fines de semana alternos .-

El padre estará con los menores desde el viernes a la salida del Colegio hasta el Lunes en el que los dejará en el Colegio a la hora de inicio de las clases.

II.-) Visitas inter semanales .-

A.-) Semanas en los que los fines de semana correspondan al padre.

Los menores estarán en compañía del padre desde la salida del Colegio el Miércoles hasta el Jueves, día en el que el padre los llevará al Colegio a la hora de inicio de las clases.

B.-) Semanas en los que los fines de semana correspondan a la madre .

Los menores estarán en compañía del padre desde la salida del Colegio el Miércoles hasta el Viernes, día en el que el padre los llevará al Colegio a la hora de inicio de las clases.

III.-) Vacaciones : Semana Santa, Verano y Navidad.

A.-) Navidad.

Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitades e iguales partes:

La primera desde el último día lectivo escolar, desde la salida del Colegio hasta el día 30 de Diciembre a las 20:00 horas.

La segunda desde el día 30 de Diciembre a las 20:00 horas hasta el último día de las vacaciones escolares a las 20:00 horas.

Cada uno de los progenitores tendrá a sus hijos una de estas mitades, alternando cada año, correspondiendo el primer período los años en que la Navidad recaiga en año par a la madre, y en los años impares al padre.

En la fiesta del Olentzero y en la fiesta de los Reyes Magos, se procurará que los niños estén con el progenitor que no los tenga en ese día desde las 16:00 horas hasta las 19:00 horas .

En las Navidades del año 2012-2013, se fija expresamente que los niños estarán en compañía de su madre los días 21 a 29 de Diciembre de 2012, ambos inclusive , y estarán con el padre desde las 10:00 horas de la mañana del día 30 de diciembre de 2012 hasta el día 8 de Enero de 2013, que los llevará al Colegio.

B.-) Semana Santa.-

Se dividirán en dos mitades :

-La primera desde el último día lectivo escolar a la salida del Colegio hasta el Domingo de Resurrección a las 19:00 horas.

-La segunda mitad desde el Domingo de Resurrección hasta el último día de sus vacaciones escolares a las 19:00 horas.

Cada uno de los progenitores tendrá a sus hijos una de estas mitades, alternando cada año, correspondiendo el primer período los años en que la Semana Grande recaiga en año impar a la madre y en los años pares al padre.

La semana Santa de 2013 se distribuirá de la siguiente manera: La Semana Santa los niños estarán en compañía de su madre y la Semana de Pascua en compañía de su padre.

C.-) Verano :

El período estival de vacaciones se extenderá desde el último día lectivo escolar de los menores hasta el último día de las vacaciones escolares .

El padre permanecerá con los menores la mitad de las mismas y por períodos quincenales en los meses de Julio y Agosto.

Los períodos quincenales a los que se refiere el párrafo precedente serán :

- Desde el 1 de Julio a las 09:00 horas hasta el día 15 de Julio a las 20:00 horas.
- Desde el 15 de Julio a las 20:00 horas hasta el 31 de Julio a las 20:00 horas.
- Desde el 31 de Julio a las 20:00 horas hasta el 15 de Agosto a las 20:00 horas.
- Desde el 15 de Agosto a las 20:00 horas hasta el 31 de Agosto a las 20:00 horas.

En cuanto a los últimos días de Junio y los primeros de septiembre hasta el inicio del curso escolar, se repartirán entre ambos padres, comenzando la primera parte el padre los años pares, y la segunda parte , la madre .

En los años impares a la inversa, esto es, la madre , empezará la primera parte y la segunda parte el padre.

En el caso de que los menores, durante el período vacacional, realicen actividades que supongan la permanencia fuera de los domicilios de ambos padres, se redistribuirá al tiempo de tal forma que los padres disfruten de la compañía de los menores, aproximadamente el 50% de las vacaciones.

No obstante lo anterior, los padres mantendrán, permitirán y facilitaran la comunicación de los hijos con el progenitor con el que no conviven y con los respectivos familiares.

3º Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario a la madre Dña. Genoveva .

4º Se fija en la suma de 900 euros mensuales por los tres hijos el importe de la pension alimenticia a satisfacer mensualmente por D. Eliseo .

5º Declarar como extraordinario los gastos derivados de la actividad hípica de las menores, debiendo los progenitores en un 50% de su importe cada uno de ellos.

6º Se mantienen los pronunciamientos contenidos en los siguientes epígrafes del FALLO de la sentencia de instancia: epígrafe 1 relativo a la disolución del régimen económico matrimonial y revocación de poderes; epígrafes 7 y 8 del FALLO de la sentencia recurrida relativos a la contribucion de cargas y a la atribucion del uso del garaje y vehículos respectivamente.

No procede efectuar expreso pronunciamiento en relacion a las costas causadas en la alzada.

Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TS. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LECn ).

También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn ).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 1895 0000 00 3350 13. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos ( DA 15ª de la LOPJ ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.



Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario Judicial certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ