



Roj: SAP GI 275/2012
Id Cendoj: 17079370012012100255
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Girona
Sección: 1
Nº de Recurso: 229/2012
Nº de Resolución: 269/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION PRIMERA

GIRONA

APELACION CIVIL.

Rollo nº: 229/2012

Autos: divorcio contencioso (art.770 - 773 lec nº: 744/2010

Juzgado Primera Instancia 2 Santa Coloma de Farners

SENTENCIA Nº 269/2012

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Doña María Isabel Soler Navarro

Doña Núria Lefort Ruiz de Aguiar

En Girona, veinte de junio de dos mil doce

VISTO , ante esta Sala el Rollo de apelación nº 229/2012, en el que ha sido parte apelante D. Jose Augusto , representada esta por la Procuradora DÑA. ZAIDA JUANDÓ TRIAS, y dirigida por la Letrada DÑA. MARÍA PÉREZ VARÓN; y como parte que impugna Sentencia DÑA. Eva María , representada por la Procuradora DÑA. MERCÈ CANAL PIFERRER, y dirigida por la Letrada DÑA. MARIAN RIBAS GIRONÉS; siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 2 Santa Coloma de Farners, en los autos nº 744/2010, seguidos a instancias de D. Jose Augusto , representado por la Procuradora DÑA. EVA GARCÍA FERNÁNDEZ y bajo la dirección de la Letrada DÑA. MARÍA PÉREZ VARÓN, contra DÑA. Eva María , representada por la Procuradora DÑA. CONCEPCIÓN BACHERO SERRADO, bajo la dirección de la Letrada DÑA. MARIAN RIBAS GIRONÉS, y con intervención del MINSITERIO FISCAL, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: " **FALLO:** SE ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDAD DE DIVORCIO interpuesta por la Procuradora Dña. Eva García Fernández, en representación de Jose Augusto frente a Eva María , y DECRETO LA DISOLUCIÓN POR DIVORCIO del matrimonio que ambos contrajeron con los efectos inherentes a esa declaración y la extinción del régimen económico matrimonial que regía vigente el matrimonio, así como los siguientes efectos:

1. Se aprueba el acuerdo alcanzado por las partes consistente en determinar que el uso de la vivienda **familiar** corresponde a la madre. El pago de la hipoteca será satisfecho por ambas partes por mitad. Los

gastos derivados del pago del Impuesto de Bienes Inmuebles corre a cargo de la madre y los relativos al seguro que blinda la hipoteca corresponde a ambas partes por mitad. Los gastos extraordinarios se abonarán al 50% por ambas partes. Se entienden por gastos extraordinarios los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social, los gastos escolares previstos al inicio del año escolar y se entienden por tales los libros y la matrícula en un centro educativo de carácter público. Todos los demás gastos que excedan del concepto anteriormente expuesto serán de cargo del progenitor que desee que dichas actividades sean realizadas por los menores.

2. Se atribuye la guarda y custodia de los menores de edad Aran y Nil a la madre Eva María .

3. En relación con el régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, Jose Augusto , se le atribuye los fines de semana alternos desde el jueves a la salida del centro escolar de los menores hasta el lunes a su ingreso en el centro escolar.

Los fines de semana que correspondan al padre estar en compañía de sus hijos, tendrá derecho a estar con los mismos el martes desde la salida del centro escolar hasta el miércoles por la mañana que los reingrese al mismo.

Los fines de semana que no corresponda al padre estar en compañía de sus hijos, tendrá derecho a estar con los mismos los martes y jueves desde la salida del centro escolar hasta el día siguiente que los reingrese en el mismo.

4. En relación con el régimen estival de verano, tendrá derecho el progenitor paterno no custodio a estar con sus hijos menores de edad la mitad del verano en la siguiente forma:

. Primer periodo: desde las 10:00 horas del primer día de julio hasta las 20:00 horas del día 15 de julio. Desde las 20:00 horas del día 31 de julio hasta las 20:00 horas del día 15 de agosto. Desde las 20:00 horas del día 31 de agosto hasta las 20:00 horas del día anterior al inicio de las clases del mes de septiembre.

. Segundo periodo: desde las 20:00 horas del día 15 de julio hasta las 20:00 horas del día 31 de julio. Desde las 20 horas del día 15 de agosto hasta las 20:00 horas del día 31 de agosto. Desde las 10.00 horas del día siguiente al final de la clases de junio hasta 10:00 horas del día 1 de julio.

En defecto de acuerdo, la madre elegirá los años impares y el padre los años pares. En todo caso la entrega y recogida de los menores de edad se efectuará en el domicilio materno.

5. En relación con las vacaciones de Semana Santa y atendiendo a la pretensión de la parte actora, se dividen por mitad distinguen dos periodos: desde las 10:00 horas del lunes anterior al lunes de pascua hasta las 10:00 horas del jueves santo, corresponderá a uno de los padres la compañía de los menores, y desde las 10:00 horas del jueves santo hasta las 10:00 horas del lunes de pascua corresponderá al otro de los progenitores. En defecto de acuerdo, la madre elegirá los años impares y el padre los años pares. En todo caso la entrega y recogida de los menores de edad se efectuará en el domicilio materno.

6. Con relación a las vacaciones de navidad, se distinguen dos periodos: desde las 20:00 horas del día 22 de diciembre hasta las 20 horas del día 30 de diciembre corresponderá a uno de los progenitores la compañía de los menores, y desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 7 de enero corresponderá al otro de los progenitores. En defecto de acuerdo, la madre elegirá los años impares y el padre los años pares. En todo caso la entrega y recogida de los menores de edad se efectuará en el domicilio materno.

El ejercicio y titularidad de la potestad parental se atribuye a ambos progenitores.

7. Se establece una pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio Jose Augusto de 200 euros mensuales para cada uno de los hijos, cantidad que deberá ser abonada por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la madre, y que se actualizará anualmente con arreglo a las variaciones que experimente el IPC.

8. El pago del seguro de la vivienda será abonada por el beneficiario del derecho de uso de la citada vivienda, esto es por Eva María .

9. El menor de edad Nil elegirá libremente si desea realizar la actividad deportiva de baloncesto.

TODO ELLO SIN EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS "

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 9 de diciembre de 2011 , se recurrió en apelación por la parte demandante y se impugnó por la parte demandada, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

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

VISTO siendo Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada Dña. Núria Lefort Ruiz de Aguiar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por don Jose Augusto y doña Eva María contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Santa Coloma de Farners el 9 de diciembre de 2011 , en la que se estimó parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por don Jose Augusto y se atribuyó la guarda y custodia de los hijos del matrimonio a la madre, estableciendo un amplio régimen de visitas a favor del padre. La principal pretensión modificativa del apelante Sr. Jose Augusto es la relativa a la guarda y custodia, solicitando una guarda compartida de semanas alternas, así como la contribución de ambos progenitores a los alimentos de sus hijos mediante el ingreso en una cuenta común de la cantidad que se determine.

Por su parte la apelante Sra. Eva María impugna la sentencia en primer lugar en cuanto al amplio régimen de visitas establecido, en tanto en aplicación del mismo vienen los menores a estar casi el mismo tiempo con el padre que con la madre, lo que no considera adecuado a la vista de la prueba practicada. Impugna también la sentencia en cuanto a la cantidad con que el Sr. Jose Augusto deberá contribuir a los alimentos de sus hijos, al considerarla insuficiente, solicitando se fije en 500 euros para cada uno de los hijos. Asimismo impugna el pronunciamiento en virtud del cual vendría obligada a pagar la totalidad del importe del recibo del seguro de la vivienda y el pronunciamiento que determina que sea Nil quien decida si debe o no acudir a baloncesto.

Ambos litigantes impugnan el recurso presentado por el contrario.

El Ministerio Fiscal interesa la revocación de la sentencia recurrida solicitando se acuerde un sistema de guarda compartida.

SEGUNDO.- Régimen de guarda y estancias de los progenitores con sus hijos.

Aunque el recurso de la Sra. Eva María se refiere también a otras cuestiones como el importe de la pensión de alimentos, los gastos de la vivienda común y la decisión sobre la actividad de baloncesto del menor Nil, procede resolver conjuntamente los recursos presentados por todas las partes respecto del régimen de guarda y estancias de los menores con sus progenitores, puesto que lo que se decida respecto de éste condicionará la decisión sobre la pensión de alimentos.

A fin de resolver la cuestión planteada, deben recordarse los criterios que esta Sala sentó en las sentencias de 10 de febrero , 16 29 de junio y 16 de septiembre del 2010 y en la más reciente de 12 de junio de 2012 (Rollo 216-2012), y deben tenerse en cuenta el nuevo Libro II del Código Civil Catalán, que si bien no es de aplicación directa, no impide tenerlo en consideración como referencia de lo que significa la guarda de los padres con sus hijos, especialmente a la vista la disposición transitoria tercera , que permite la revisión de las medidas relativas a los hijos conforme a la nueva regulación y ello no puede ser de otra forma, pues todo lo que sea beneficioso para los hijos debe conllevar la adopción de un nuevo régimen, pues si toda la regulación gira en torno al interés de los hijos menores, es claro que este interés puede por si mismo considerarse como una alteración de las circunstancias que en su momento se tuvieron en cuenta en la sentencia o en el Convenio Regulador.

Establece el artículo 143 del CF que en virtud de la potestad, el padre y la madre deben tener el cuidado de los hijos y tienen con relación a ellos los deberes de convivencia, de alimentos en el sentido más amplio, de educación y de formación integral. El Código de Familia no viene más que a recoger el concepto de patria potestad que ya establecía el artículo 154 del Código civil . Se considera por la doctrina que la patria potestad o la potestad del padre y de la madre es una función, pues engloba derechos y obligaciones respecto de los hijos, y así tanto es un deber como un derecho el cuidar a los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

La separación o el divorcio de los padres no supone en absoluto la pérdida de tales derechos y obligaciones, pues el Código de Familia dice en su artículo 82 que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no eximen al padre y a la madre de sus obligaciones respecto de los hijos, de acuerdo con lo que dispone el título VI y en los mismos términos lo establece el artículo 92 del Código civil . Por lo tanto, resulta incuestionable que la nueva situación de los padres sólo puede conllevar la adaptación del ejercicio de la patria potestad, pero nunca la privación de sus derechos respecto de los hijos, ni la alteración de sus obligaciones frente a ellos, salvo que se acuerde la privación o la suspensión total o parcial del ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, es indudable que esa nueva situación precisa de una adaptación de tal función, pues al vivir los padres separados, ya no podrán tener a sus hijos de una forma continuada, ni establecerles de una forma diaria las pautas educativas, por ello debe buscarse el sistema adecuado, en atención a las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta lo más beneficioso para el hijo, el sistema más adecuado de estancias. El legislador y también los tribunales, en nuestra opinión, de forma errónea, se refieren al régimen de guarda y custodia y de régimen de visitas, cuando lo más correcto deberían referirse a la forma en que debe ejercerse la patria potestad. Obsérvese que cuando el legislador y los tribunales se refieren a la guarda y custodia o a la guarda y custodia compartida, no indican las consecuencias que conlleva ello, y en toda la regulación de la patria potestad, la guarda y custodia no es más que un aspecto de aquella. Sin embargo, el legislador del Libro II del Código civil catalán es más preciso en esta cuestión, como veremos.

Cuando a un progenitor se le atribuye la guarda y custodia de un hijo, se le da a entender que en la práctica dicho progenitor está ejerciendo las funciones habituales de la patria potestad y el otro progenitor queda relegado a un simple padre que en determinadas ocasiones puede visitar a sus hijos y si acaso a decidir sobre cuestiones más trascendentes para el hijo, cuando ello en absoluto es así, pues cuando este padre tiene a su hijo lo que hace es ejercer la guarda y custodia del mismo, es decir, es el momento en el que lo tiene en su compañía, le indica las pautas educativa, lo alimenta de forma efectiva y le ayuda en todas sus actividades y necesidades, en definitiva, está ejerciendo plenamente la patria potestad. Ante ello, se aboga por la superación de tales conceptos y su sustitución por el término de guarda y custodia compartida, o incluso podría sin más suprimirse toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de los periodos de permanencia o de guarda que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro. Pero, aunque la sustitución de la terminología es conveniente y necesaria, y debe utilizarse de una forma generalizada, pues salvo situaciones de estancias muy restringidas con un progenitor, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre podrá hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente al otro en las decisiones que afectan a los hijos. Y con ello también se evitarían las disputas durante el proceso sobre la atribución de la guarda y custodia, pues muchas veces la defensa del ejercicio exclusivo de la guarda y custodia sobre los hijos tienen como finalidad encubierta la de decidir ellos de forma exclusiva sobre la vida de los hijos.

El cambio de terminología no necesariamente debe conllevar un cambio radical en la determinación de las estancias de los hijos con sus padres, según la práctica judicial actual. Hablar de guarda y custodia compartida no quiere decir que una semana el hijo esté con un padre y la otra semana con la madre, haciéndose cargo cada progenitor de sus necesidades durante el periodo de estancia. Pues tal solución, además de simplista, no resuelve adecuadamente la situación provocada por la ruptura de la convivencia de los progenitores, pues ni tiene porque ser la solución correcta en cuanto a las estancias de los hijos, piénsese en niños de corta edad que necesitan prácticamente un contacto diario con sus progenitores (por ejemplo, sería totalmente negativo para un niño de menos de un año, que estuviera sin su madre una semana), además es necesario regular de una forma precisa aquellas funciones parentales cuyo ejercicio conjunto sería inviable, pues ni siquiera en parejas estables ello se produce. Tampoco resuelve adecuadamente todas las necesidades económicas que puedan precisar los hijos, siendo necesario determinar la conveniencia o no de establecer una pensión a cargo de uno en favor del otro, siendo éste el que se encargue de las compras necesarias y habituales del hijo (vestido, medicación, etc.), o la forma de contribuir por ejemplo a gastos del colegio, de actividades extraescolares, etc., cuya solución podría pasar por la apertura de una cuenta bancaria conjunta, a la cual aportarían ambos progenitores una cantidad mensual en proporción a sus recursos y con la cual se irían pagando todas las referidas necesidades de los hijos, cuya administración podría ser conjunta o atribuida a uno con rendimiento de cuentas al otro. O también podría consistir en la contribución de uno respecto de determinados gastos y el otro respecto del resto.

Sentado lo anterior vemos que la nueva regulación que realiza el Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia coincide en esencia con ello. Así, el artículo 233-8 que lleva por título "la responsabilidad parental" dice que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1 . En consecuencia, *estas responsabilidades mantienen el carácter compartido, y en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente* . Y ello debe hacerse con base al plan de parentalidad que deben presentar y que regula el artículo 233-9. 1. *El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.*

2. *En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:*

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.

d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.

e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.

g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la **mediación familiar** para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos .

Y posteriormente en el artículo 233-11 establece los criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda. Así señala que para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:

a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

e) La opinión expresada por los hijos.

f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.

g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

Por lo tanto, el legislador claramente parte del criterio preponderante de que la guarda debe ser compartida, pero, en el sentido de que esa guarda lo que significa es que ambos progenitores tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones respecto de los hijos, lo cual no significa o supone que los periodos de estancias que los padres deban tener con sus hijos sean igualitarias, sino que habrá de estarse a cada caso concreto y en atención a los criterios que el legislador establece y, lógicamente, a cualquier otro relevantes para el mejor bienestar del hijo.

TERCERO.- A la vista de todo lo razonado, y visto todas la prueba practicadas, no se aprecia razón alguna para que la guarda no sea compartida entre ambos progenitores, en el sentido dicho, esto es, que es derecho y deber de ambos de estar con sus hijos, educarlos, atender a sus necesidades mientras se encuentre en su compañía y procurarles una formación integral. La nueva regulación legal hace inevitable superar en la mayoría de los casos la guarda y custodia monoparental y la terminología totalmente inadecuada de régimen de visitas.

Ningún impedimento debe existir para el establecimiento del nuevo sistema el hecho de que exista conflictividad entre los progenitores, pues en cuanto al tema concreto del ejercicio de la guarda, tal conflictividad ninguna trascendencia tiene. La conflictividad puede dificultar no el ejercicio de la guarda, sino aquellas funciones más habituales y comunes relacionadas con el ejercicio de dicha guarda (compra de ropa, gestión de las actividades extraescolares, gestión de las visitas al médico, etc), pues bien si se prevé que en dicha cuestiones pueden surgir conflictos, no cabe otra solución que distribuirlos entre ellos, y por ello la implantación del plan de parentalidad. Y si en cuestiones más trascendentales también existe conflictividad, también cabe la distribución de funciones de la potestad parental.

Dicho ello, la dificultad estriba en la forma en que cada uno de los progenitores debe ejercer la guarda de los hijos. El recurrente insiste en que tal régimen de guarda se distribuya por semanas. Tal régimen como se ha dicho es un sistema perfectamente válido, como podría ser cualquier otro, y para fijar el más adecuado debe atenderse a una serie de criterios o parámetros que en la nueva regulación legal se establecen de una forma precisa.

El padre insiste en que se encuentra en plena disponibilidad laboral para poder ejercer la guarda en semanas alternas y efectivamente así es, pues se ha procurado una vivienda próxima a la que fue vivienda **familiar** y que, por acuerdo entre las partes, seguirá ocupando la madre, sin que resulte relevante que comparta dicha vivienda con sus padres y abuelos de los menores, habida cuenta que resulta probado que la misma es adecuada para ellos puesto que cuenta con espacio suficiente para que cada uno de ellos pueda tener su propia habitación, sin que resulte un obstáculo el que deban compartir la cocina con los padres del Sr. Jose Augusto , pues ello propiciará el contacto con la familia extensa, así como proporcionará al Sr. Jose Augusto el apoyo que pueda precisar puntualmente en la atención de los menores.

No se aprecia tampoco que la conflictividad entre ambos progenitores sea de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto, apreciándose que ambos tienen suficiente capacidad y recursos personales para superar los conflictos que puedan surgir con relación a aquellos aspectos que afecten a los hijos.

Es cierto que, como pone de manifiesto el perito Dr. Fructuoso , ambos progenitores mantienen estilos educativos distintos, lo cual, según señala, ocurre con frecuencia en la familia tradicional, siendo que en este caso se torna un problema al ser necesario compaginar ambos estilos de forma aislada y no conjunta, por lo que aconseja, en coincidencia con la Dra. Josefina , **la realización de un trabajo de ayuda y mediación con ambos progenitores**. En definitiva, no se aprecia que exista problema alguno en la relación de los progenitores con sus hijos, ni déficit en las capacidades parentales de uno u otro, sino en la relación entre ellos en cuanto hace referencia a sus hijos, lo que sin duda repercute en perjuicio de éstos, pero que, en cualquier caso es un problema al que sólo los litigantes pueden poner solución y que resulta ajeno al régimen de estancias que se establezca.

Por último, en cuanto al deseo e interés de los hijos, de un análisis de ambas periciales y de la exploración judicial resulta que los menores manifiestan su preferencia a residir con el padre, lo que no debe condicionar la resolución, pues en todo caso ésta debe contemplar la solución que sea más beneficiosa para la educación y desarrollo personal y emocional de los menores. Ambos menores desean mantener el contacto con sus progenitores, ambos han demostrado, como se ha señalado ya, tener capacidad suficiente para afrontar el cuidado y educación de sus hijos, sin que sea conveniente perder de vista que la opinión de los menores aparece en muchas veces condicionada por el conflicto de lealtades a que se ven sometidos por el hecho de existir disputa entre sus progenitores respecto del régimen de guarda. Es claro que ambos hijos sienten la necesidad de que tanto su madre como su padre estén con ellos el máximo tiempo posible y se preocupen de sus necesidades habituales, por lo que no sólo no se estima perjudicial, sino al contrario, beneficioso el régimen que propone el Sr. Jose Augusto .

Por otra parte no es obstáculo para la adopción del régimen ahora propuesto el que en un principio el Sr. Jose Augusto no solicitara la atribución de la custodia exclusiva de ambos menores, ni que la solicitud de guarda compartida se haya producido con carácter subsidiario a la petición principal de guarda exclusiva en el acto de la vista, pues teniendo en cuenta que el criterio en todo caso debe ser el de protección del interés de los menores, el régimen de guarda propuesto por el apelante podría haber sido adoptado incluso de oficio, si de la prueba practicada, como es el caso, resulta ser éste el más beneficioso para los menores.

Tampoco obsta a la adopción del régimen el hecho de que el menor Arán presente problemas de conducta que, siendo propios de la adolescencia, deben ser atendidos por ambos progenitores. Las periciales practicadas muestran que frente a dichos problemas la respuesta de los padres es dispar y es esa disparidad

la que está dificultando su solución, disparidad que se mantendrá, con independencia de cuál sea el régimen de estancias que se establezca, y sólo puede ser resuelta por los propios progenitores que deberán sin duda adecuar su estilo educativo a los problemas que presenta el menor, viéndose obligados a llegar a acordar lo que sea mejor para su hijo en cualquier caso, tanto si se acuerda un régimen de estancias más amplio con la madre, como si se éste es el que se acuerda en esta resolución.

Por otra parte no pueden acogerse los argumentos de la apelada en el sentido de que el padre se ha desentendido del cuidado de sus hijos, pues ello no resulta de la prueba practicada.

Por último señalar que, atendiendo a la edad de los menores y la proximidad entre los domicilios de los litigantes, este tribunal entiende que resulta más adecuado para ellos el sistema de distribución de estancias semanal al proporcionarles mayor estabilidad, siendo además que el régimen de estancias adoptado en sentencia distribuye de forma casi equitativa entre ambos progenitores las estancias de los menores con cada uno de sus progenitores.

La estimación del recurso del Sr. Jose Augusto y el Ministerio Fiscal hace innecesario el análisis de lo expuesto en el recurso de la Sra. Eva María a fin de que se reduzcan las estancias acordadas en la sentencia recurrida, por lo que debe entenderse desestimado el recurso interpuesto, sin necesidad de mayor argumentación e innecesarias consideraciones.

CUARTO.- En cuanto a la contribución a los alimentos de los hijos esta Sala ha venido adoptando diversos criterios al respecto, pero tal como recoge la reciente sentencia de 12 de junio de 2012 (Rollo 216/2012) se considera que el más adecuado y el que debe generalizarse es el de la apertura de una cuenta corriente conjunta en el que ambos progenitores ingresarán una cantidad en proporción a los recursos y en atención a los gastos que tengan cuando el hijo o hijos estén bajo su guarda. Y a través de dicha cuenta conjunta se pagarán todas las actividades escolares, extraescolares, comedor escolar, vestido, matrícula, libros, excursiones, colonias, gastos médicos, etc y que sean pactadas por ambos o subsidiariamente por la autoridad judicial. Además de fijar una cantidad mensual, se debe fijar también el porcentaje con el cual se debe contribuir a los alimentos para el caso de que se tuviera que realizar una contribución especial, en cuyo caso se efectuará en atención a tal porcentaje, superándose con ello la distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios.

Y así, concretando la cuestión, en cuanto a los gastos de alimentación serán satisfechos por cada uno cuando estén bajo su compañía, como los de ocio y aquellos de naturaleza escasa o nimia cuantía (gastos farmacéuticos de pequeña cuantía, material escolar de escaso importe y que se compra ocasionalmente, etc.).

En el presente supuesto ambos menores acuden a la escuela pública y consta que el menor Arán come en casa, mientras Nil lo hace en el colegio, siendo además que es celíaco por lo que requiere atención especial. No consta que los menores tengan otros gastos, más allá de los gastos ordinarios a los que se ha hecho referencia. Cada progenitor hará frente al gasto de alimentación de los menores mientras los tenga en su compañía, mientras el coste del comedor escolar del menor Nil será satisfecho con cargo a la cuenta común.

En cuanto a los gastos de vestido, o bien podría establecerse que cada progenitor tuviera en su domicilio el vestido necesario para cuando estén en su compañía, o bien podría establecerse que cada vez que exista el cambio de guarda, los hijos llevaran la ropa necesaria, encargándose uno de los padres de la compra del vestido y con cargo a la cuenta común.

En el presente caso, y vistas la circunstancias concurrentes y el régimen de guarda establecido se estima más procedente el primer sistema, por lo que cada progenitor comprará la ropa necesaria para los hijos que permanecerá en los respectivos domicilios y a su cargo. Sin embargo, si ambos consideran preferible el segundo sistema basta con que lo plasmen por escrito, indicando cuál de ellos se hará cargo de la compra del vestuario y con cargo a la cuenta común.

En cuanto al resto de gastos, como los escolares (se incluye material escolar, libros, chándal deportivo, uniformes, etc.), extraescolares, deportivos y ropa deportiva, colonias, excursiones, médicos, farmacéuticos, serán pagados a través de la cuenta bancaria que deberán aperturar al efecto. A tal respecto resulta innecesario distinguir entre gastos ordinarios y extraordinarios, sin embargo para que puedan cargarse en dicha cuenta los gastos de actividades extraescolares o deportivas, colonias, excursiones voluntarias, tratamientos médicos, etc. será necesario el consentimiento de ambos progenitores y en su defecto autorización judicial. Si alguno de los progenitores decide que sus hijos realicen alguna actividad extraescolar o deportiva, colonias, excursiones, etc., y no obtiene el consentimiento del otro o autorización judicial, será a su costa el gasto que origine. En cuanto al gasto de baloncesto de Nil, no se estima procedente considerarlo

necesario, y no por la oposición que pudiera expresar el Sr. Jose Augusto , sino por la expresa oposición del menor a acudir a tal actividad, por lo que, tratándose de una actividad extraescolar y de carácter deportivo, aun cuando es cierto como manifiesta la Sra. Eva María que debe entenderse como parte de su formación integral y, desde luego, es conveniente y necesario que los menores practiquen deporte, no parece adecuado imponer dicha práctica en contra de la voluntad del menor. Es por ello que si la Sra. Eva María estima conveniente, como manifiesta en el recurso que el menor acuda a la misma, pese a su expresa oposición, la misma será a su cargo, tal como se establece en este párrafo.

A la vista de las alegaciones de las partes y documentación aportada se estima aproximadamente en unos 600, euros las necesidades de ambos hijos y que deban ser pagadas con el fondo común. Con este sistema no es necesario realizar un cálculo exacto de las necesidades de los hijos, pues si en un momento dado fuera necesario aportar una cantidad superior, simplemente así se hará en el porcentaje que se establezca y si existiera superávit, podría pactarse mutuamente y por escrito que durante uno, dos, etc. meses no se aporte la cantidad establecida.

A continuación es necesario el examen de la capacidad económica de cada uno para la contribución a dicho fondo común. Por un lado, tenemos que la Sra. Eva María tiene unos ingresos mensuales algo superiores a los 2.000 euros, así como que los ingresos del Sr. Jose Augusto son similares. En cuanto a sus gastos se estima que son los habituales, no apreciándose ninguno de ello que sea de un relevante importe, ni siquiera la carga hipotecaria que grava su domicilio (157,73 euros mensuales), en cuanto a los gastos del Sr. Jose Augusto , también se consideran que son los habituales, siendo la cuestión más dudosa la relativa al alquiler de la vivienda en la que reside, dado que al ser de sus padres, se podría simular la realidad del arrendamiento alegado. En todo caso, el importe que dice pagar, debe valorarse relativamente, pues en cualquier momento puede ser reducido o condonado si tuviera dificultades económicas, en atención al vínculo **familiar** existente.

Ante la paridad en los recursos de ambos litigantes es procedente establecer que ambos contribuyan en igual medida a la cuenta común.

Resta únicamente por resolver lo relativo al pago del seguro de la vivienda de la que ambos litigantes son propietarios y que, en virtud de lo acordado por ellos será de uso exclusivo de la Sra. Eva María . La apelante pretende que la parte de dicho seguro que se refiere al continente sea pagada por ambos litigantes por mitad, atendiendo a que el Sr. Jose Augusto es copropietario de la vivienda. Al respecto señala el artículo 233-23.2 " *Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso .*" por lo que, teniendo en cuenta que el seguro de la vivienda, aunque no se refiera al mismo expresamente el precepto, debe entenderse como un gasto ordinario de la vivienda y que la Sra. Eva María tiene atribuido en exclusiva el uso de la misma, procede mantener lo acordado en el sentido de que debe ser la Sra. Eva María quien satisfaga íntegramente el coste del seguro.

QUINTO.- Por todo lo dicho, procede estimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada .

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso de apelación formulado por D. Jose Augusto y el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 2 DE SANTA COLOMA DE FARNERS, en los autos de JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO Nº 744/2010, con fecha 9 de diciembre de 2010.

Debemos REVOCAR PARCIALMENTE la misma en el sentido siguiente:

1º) Las funciones parentales de los padres con respecto de los hijos serán compartidas, debiendo ejercerse conjuntamente siempre que fuere posible y siempre que se trate de cuestiones de especial relevancia, como elección de colegio, educación, actividades extraescolares, colonias, viajes, elección de asistencia sanitaria, instrucción religiosa, cambio de domicilio que conlleve el alejamiento de los hijos de su entorno habitual, etc.

A efectos administrativos, los hijos permanecerán inscritos en el domicilio donde constan actualmente.

En aquellas cuestiones de menor relevancia y cuando no puedan ser ejercidas conjuntamente, cada progenitor las ejercerá durante el tiempo que tenga la guarda. Si durante el periodo de guarda ocurriera un

hecho relevante en relación con los hijos (enfermedad, hospitalización, etc.) lo comunicará inmediatamente al otro progenitor.

2º) El régimen de guarda del hijo con sus progenitores será de semanas alternas desde el inicio del colegio del lunes hasta el lunes siguiente. Si el lunes fuere festivo, el progenitor que tenga en ese momento la guarda entregará al hijo a las 9'00 horas del lunes al otro progenitor en su domicilio.

3º) En los periodos de vacaciones escolares las estancias de los menores con sus progenitores se repartirán en la forma en que se establece en los puntos 4, 5 y 6 de la sentencia recurrida. El progenitor que tenga en cada momento la guarda se encargará de llevar a los hijos al domicilio del otro.

El progenitor que no tenga consigo a los hijos podrá comunicarse con ellos por cualquier medio (Internet, teléfono, correo electrónico, etc.), respetando los horarios de descanso de los hijos.

En el caso de viajes con los hijos, deberá ser comunicado al otro progenitor.

4º) En cuanto a los gastos de alimentación serán satisfechos por cada uno cuando estén bajo su compañía, como los de ocio y aquellos de naturaleza escasa o nimia cuantía (gastos farmacéuticos de pequeña cuantía, material escolar de escaso importe y que se compra ocasionalmente, etc.). Asimismo, cada cual se hará cargo del comedor escolar de las semanas que tengan a los hijos bajo su guarda.

En cuanto a los gastos de vestido, cada progenitor comprará la ropa necesaria para los hijos que permanecerá en los respectivos domicilios y a su cargo. Sin embargo, si ambos consideran preferible un vestuario común, basta con que lo plasmen por escrito, indicando cual de ellos se hará cargo de la compra del vestuario y con cargo a la cuenta común.

5º) Se procederá a la apertura una cuenta conjunta por ambos progenitores, a través de la cual se pagarán todos los gastos de los hijos, bien domiciliando los correspondientes recibos, bien utilizando las correspondientes tarjetas de débito o crédito para su pago o bien retirando en efectivo las cantidades correspondientes, con la correspondiente rendición de cuentas por parte de aquel que realice un determinado pago y que no sea un recibo domiciliado. Se solicitará de la entidad bancaria la remisión de los extractos a ambos titulares o se facilite a ambos las claves para acceder vía telemática a los extractos de la cuenta. Mensualmente ambos progenitores ingresarán en dicha cuenta la cantidad de 200,00 euros. Si no existiera saldo suficiente en la cuenta para pagar algún gasto, ambos progenitores ingresarán en la misma la cantidad necesaria por mitades. El igualmente se aplicará tal porcentaje para aumentar dichas cantidades si por decisión de ambos aumentan las actividades y necesidades de los hijos que supongan un aumento ordinario de las mismas. Asimismo, si alguno decide que los hijos realicen alguna actividad extraescolar, deportiva, de ocio, etc. sin el consentimiento del otro y sin autorización judicial, será de su cargo el coste que ello suponga. Tales cantidades se incrementarán anualmente de conformidad con el IPC.

No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Illtma. Sra. Magistrada - Ponente Dña. Núria Lefort Ruiz de Aguiar, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.