

Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, Sentencia de 23 Nov. 2010, rec. 594/2010

Ponente: González Floriano, Antonio María.
Nº de Sentencia: 469/2010
Nº de Recurso: 594/2010
Jurisdicción: CIVIL

DIVORCIO. GUARDA Y CUSTODIA. Atribución a la madre, no concurriendo los requisitos necesarios para fijar una custodia compartida, pues si bien el informe pericial señala la existencia de circunstancias óptimas para su buen funcionamiento, como proximidad de domicilios y mantenimiento del menor dentro de su marco cotidiano, todos los demás factores desaconsejan la medida, atendiendo al principio del favor filii, dado el enfrentamiento entre los progenitores y la inexistencia de informe favorable del Ministerio fiscal. VIVIENDA. Atribución del que fuera domicilio conyugal a la madre, por convivencia con sus hijos, el menor de edad y el mayor que cursa estudios universitarios en otra localidad, con independencia de si la vivienda tenga o no carácter privativo o ganancial o de si existen otras viviendas en el ámbito del matrimonio, sean gananciales o privativas. ALIMENTOS. Aceptación por el padre de la cuantía de la pensión reconocida al menor de los hijos, que se estima adecuada a criterios de proporcionalidad, atendiendo a las necesidades del menor y la capacidad económica del alimentante, suficiente para subvenir dichas necesidades y las propias. Improcedencia de la supresión de la pensión reconocida a favor del hijo mayor de edad, pues si bien se le concedió una beca, la misma se proyecta sobre gastos extraordinarios, no sobre las partidas que integran el concepto de alimentos. Obligación de ambos progenitores de abonar por mitad los gastos extraordinarios.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Ciudad de Cáceres a veintitrés de Noviembre de dos mil diez

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00469/2010

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

N01250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

Tfno.: 927620308/927620309 Fax: 927620315

N.I.G. 10195 41 1 2008 0101203

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000594 /2010

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de TRUJILLO

Procedimiento de origen: DIVORCIO CONTENCIOSO 0000263 /2008

De: Pedro Francisco

Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA

Abogado: JUAN CARLOS BOHOYO GONZALEZ

Contra: MINISTERIO FISCAL, Rafaela

Procurador: JOSEFA MORANO MASA

Abogado: PILAR GARCIA CHAMIZO

S E N T E N C I A NÚM. 469/10

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS:

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DOÑA MARÍA TERESA VÁZQUEZ PIZARRO =

Rollo de Apelación núm. 594/10 =

Autos núm. 263/08 (Divorcio Contencioso) =

Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Trujillo =

=====

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Divorcio Contencioso núm. 263/08 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Trujillo, siendo parte apelante, el demandante, DON Pedro Francisco , representado en la instancia por el Procurador de los Tribunales Sr. Masa Pérez y en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Simón Acosta, viniendo defendido por el Letrado Sr. Bohoyo González, y, como parte apelada, la demandada, DOÑA Rafaela , representada en la instancia por el Procurador de los Tribunales Sr. Avis Rol y en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Morano Masa, viniendo defendida por el Letrado Sra. García Chamizo, habiendo intervenido en la instancia el MINISTERIO FISCAL, que no ha participado en el recurso ni ha comparecido en la alzada.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Trujillo, en los Autos núm. 263/08, con fecha 11 de Enero de 2010, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando en parte la demanda de divorcio interpuesta por la representación procesal de DON Pedro Francisco , frente a DOÑA Rafaela , debo acordar y acuerdo la disolución por divorcio del matrimonio contraído por DON Pedro Francisco y DOÑA Rafaela , con los efectos legales que le son inherentes y las siguientes medidas reguladoras de sus efectos:

Se atribuya a la madre, Rafaela , la guarda y custodia del hijo menor de edad Cornelio .

Se fija un régimen de visitas y estancias para el padre, Pedro Francisco , con su hijo menor de fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes a las 20 horas del domingo, así como la tarde del miércoles de 18 a 21 horas.

Se atribuye el uso de la vivienda sita en la calle DIRECCION000 número NUM000 de Miajadas con los muebles y enseres que en él se contienen así como el ajuar doméstico a los hijos comunes y a la esposa con quien conviven, salvo los objetos y enseres de

carácter personal del esposo.

El padre deberá abonar una pensión mensual de 400 euros como pensión de alimentos a los hijos, en la cuenta que designe la esposa, cantidad que se actualizará anualmente a partir de su aprobación judicial, conforme al índice de Precios al Consumo (IPC) fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios que se produzcan por los estudios universitarios del hijo mayor, así como los demás que tengan la consideración de extraordinarios, como gastos médicos, farmacéuticos, clases particulares, etc., se abonarán por ambos esposos al 50%.

No se imponen las costas a ninguna de las partes."

En fecha 16 de Marzo de 2010 el Juzgado dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"SE ACLARA la Sentencia de fecha 11 de Enero de 2010 en el sentido siguiente: "El padre podrá estar con su hijo menor, Cornelio , la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, correspondiendo la elección de los periodos, los años pares a la madre y los impares al padre"."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por la representación del demandante, se solicitó la preparación de recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 457.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO.- Admitida que fue la preparación del recurso por el Juzgado, se emplazó a la parte recurrente, conforme a lo dispuesto en los arts. 457.3 de la L.E.C . por veinte días para la interposición del recurso de apelación, conforme a las normas del art. 458 y ss. de la citada ley procesal.

CUARTO.- Formalizado en tiempo y forma el recurso de apelación por la representación de la parte demandante, se tuvo por interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

QUINTO.- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación de la demandada, se remitieron los autos originales a esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de 30 días.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a incoar el correspondiente Rollo de Sala, turnándose de ponencia; y, no habiéndose propuesto prueba, y no considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día veintidós de Noviembre de dos mil diez, quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C..

SÉPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de fecha 11 de Enero de 2.010 , ulteriormente aclarada por Auto de fecha 16 de Marzo de 2.010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Trujillo en los autos de Juicio de Divorcio seguidos con el número 263/2.008, conforme a la cual, con estimación en parte de la Demanda de Divorcio interpuesta por D. Pedro Francisco contra Dª. Rafaela , se acuerda la disolución por divorcio del matrimonio contraído por D. Pedro Francisco y Dª. Rafaela , con los efectos legales que le son inherentes, y se adoptan las Medidas Definitivas correspondientes en orden a la atribución a la madre de la guarda y custodia sobre el, hijo menor, Cornelio , al régimen de visitas, estancias y comunicaciones del hijo menor a favor del padre, D. Pedro Francisco , a la atribución del uso de la vivienda familiar, sita en la Calle DIRECCION000 , número NUM000 ,

de Miajadas, a la determinación de la pensión de alimentos a favor de los hijos del matrimonio con cargo al padre y a la previsión de abono de los gastos extraordinarios, sin imposición de las costas a ninguna de las partes, se alza la parte apelante -demandante, D. Pedro Francisco - alegando, básicamente y en esencia, como único motivo del Recurso, aun cuando no se diga de manera explícita en el Escrito de Interposición del mismo, error en la valoración de la prueba en relación con la Medidas Definitivas adoptadas en la Sentencia recurrida. En sentido inverso, la parte apelada -demandada, D^a. Rafaela - se ha opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el único motivo en el que aquél se sustenta denuncia -como se acaba de anticipar- el supuesto error en la valoración de la prueba en el que habría incurrido el Juzgado de instancia y que habría conducido a la decisión adoptada en la Sentencia recurrida, en orden a las Medidas Definitivas adoptadas relativas a la atribución a la madre de la guarda y custodia sobre el hijo menor de edad, Cornelio , a la atribución del uso de la vivienda familiar sita en la Calle DIRECCION000 , número NUM000 , de Miajadas y a las pensiones de alimentos establecidas a favor de los hijos habidos en el matrimonio, Marcial y Cornelio , con cargo al padre. Respecto del indicado motivo, este Tribunal viene estableciendo, de forma constante y en términos generales, que la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Ciertamente, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluyéndose, evidentemente, la fase probatoria), el Organismo Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse que la actividad valorativa del Organismo Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos.

En realidad y, con el máximo rigor, la controversia litigiosa sustantiva a la que se contrae, en todas sus vertientes, el único motivo del Recurso constituye una problemática que afecta única y exclusivamente a la valoración de la prueba y a la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, extremo este último donde -con carácter general- opera el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , precepto que, en sus apartados 2 y 3 , establece que corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; lo cual significa que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar Sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor o del reconviniendo o del demandado o reconvenido según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 7 del tan repetido artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria

que corresponda a cada una de las partes del litigio.

A la luz de las consideraciones preliminares que se acaban de indicar, este Tribunal comparte la hermenéutica apreciativa desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida por cuanto que descansa en una valoración lógica y racional de las pruebas practicadas en el Procedimiento, de modo que la mera remisión a los razonamientos jurídicos expuestos en la indicada Resolución serían suficientes para desestimar, en todas sus vertientes, el motivo del Recurso que se examina. El Juzgado a quo, en efecto, ha analizado la prueba practicada en el Procedimiento de forma conjunta, en una exégesis apreciativa razonada y razonable, llegando a una decisión absolutamente correcta que objetivamente se corresponde con los resultados de las pruebas practicadas y con las reglas generales que, sobre la carga de la prueba, establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . De esta manera, insistir en el análisis de dichas pruebas no supondría más que redundar innecesariamente sobre las mismas cuestiones para llegar indefectiblemente a conclusiones idénticas a aquellas que recoge la Sentencia recurrida.

TERCERO.- Así pues y, atendiendo -insistimos- a las referidas consideraciones preliminares, cabría reiterar que la hermenéutica valorativa desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida resulta correcta y en absoluto ha quedado desvirtuada por las alegaciones -abiertamente subjetivas y de defensa de su tesis- en las que se sustenta el planteamiento del único motivo del Recurso. Efectivamente, después del análisis aséptico de las pruebas practicadas en el Procedimiento, este Tribunal no puede sino convenir necesariamente con los razonamientos expuestos por el Juzgado a quo en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida, donde, con el suficiente rigor, se han examinado todas las pretensiones ahora discutidas, sin que incluso -por las propias razones jurídicas explicitadas en aquella Resolución- fuera necesario añadir otras consideraciones adicionales o complementarias.

Difícilmente puede resultar atendible el criterio que defiende la parte actora apelante en el único motivo del Recurso ante los acertados razonamientos jurídicos puestos de manifiesto por el Juzgado de instancia en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida que no sólo no se han visto desvirtuados ni un ápice por las alegaciones en las que se sustentan todas las vertientes del indicado motivo, sino que incluso llegan a agotar cualquier otra consideración jurídica que pudiera efectuarse sobre los extremos en los que descansa el referido motivo de la Impugnación. En este sentido, puede ya adelantarse que -ante la carencia de solidez sustantiva en su postulado- las objeciones que la parte apelante opone respecto de la valoración de la prueba realizada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida no gozan -según el criterio de este Tribunal- de la habilidad material necesaria para modificar la decisión -correcta, insistimos- que, sobre los extremos discutidos, ha sido adoptada en la Resolución recurrida.

Y es que, por más que la parte actora apelante pretenda hacer ver lo contrario en las alegaciones que comprende el único motivo de la Impugnación, lo cierto y real es que la apreciación probatoria desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida resulta racionalmente acertada y, en consecuencia, no admite tacha de tipo alguno, como igualmente puede afirmarse que se han aplicado de forma correcta, tanto las normas generales sobre la carga de la prueba que contempla el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , como las prescripciones establecidas en los artículos 91 a 96 y concordantes del Código Civil respecto a la adopción de las Medidas Definitivas acordadas en la expresada Resolución.

CUARTO.- La primera de las Medidas Definitivas acordadas por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida con motivo de la declaración de Divorcio del matrimonio, que cuestiona la parte actora apelante, es la relativa a la atribución a la madre de la guarda y custodia sobre el hijo menor de edad habido en el matrimonio, Cornelio , postulando la indicada parte, en este sentido, la procedencia de establecer la custodia compartida del menor. Atendiendo a las singulares consideraciones en las que se basa esta primera vertiente de la Impugnación, convendría significar, como postulado inicial, que las citas legales -y de lege ferenda- que efectúa la parte apelante, o el criterio de otros Organos Jurisdiccionales, sobre esta cuestión, ni vinculan a este Tribunal, ni obstan la aplicación del artículo 92 del Código Civil en su redacción actual y vigente; debiendo significarse, de manera tajante, que la decisión adoptada en la Sentencia recurrida no vulnera, en absoluto, los apartados 6 y 7 del artículo 92 del Código Civil por

cuanto que, a efectos de discernir sobre la oportunidad de atribuir la guarda y custodia sobre el hijo menor a uno u otro de los progenitores y de desaconsejar la posibilidad de otorgar una guarda y custodia compartida, se han ponderado todos los factores objetivos que han quedado puestos de manifiesto en este Proceso en función de las pruebas practicadas en su ámbito y se han valorado, asimismo, las manifestaciones de las partes, incluidas las emitidas por el Ministerio Fiscal (sobre todo en su Dictamen de fecha 6 de Noviembre de 2.009), adoptándose aquella decisión que mejor redunda en beneficio e interés del hijo menor.

Esta vertiente del primer motivo, en todos sus aspectos, no puede tener, en ningún caso, favorable acogida ante los razonamientos jurídicos (acertados en todo lo esencial) puestos de manifiesto por el Juzgado de instancia en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida. Conviene reiterar que la prueba practicada en este Juicio ha sido correctamente valorada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida y, específicamente, lo han sido los Informes Pericial Psicológico -de fecha 15 de Mayo de 2.009 - y Pericial Social -de fecha 21 del mismo mes y año- emitidos en este Juicio, hasta el extremo de que la decisión de atribuir la guarda y custodia sobre el hijo menor a la madre no es contraria a las recomendaciones de los expresados Dictámenes. En este sentido, es cierto que, en el Informe Pericial Psicológico, se señala la existencia de dos únicas circunstancias óptimas para el buen funcionamiento de la custodia compartida (domicilios cercanos y mantenimiento del menor dentro de su marco cotidiano), mas -a parte de ellas- todos los demás factores que se contemplan desaconsejan la Medida; razón por la cual, tanto el Informe Pericial Psicológico como el Informe Pericial Social recomiendan la custodia monoparental del menor a favor de la madre y desaconsejan abiertamente la alternativa de custodia compartida propuesta por el padre por inadecuada; custodia compartida que -a criterio de este Tribunal- resulta absolutamente rechazable por dos factores adicionales: de un lado, por el patente enfrentamiento entre los progenitores con la existencia de una clara situación de desencuentro y desavenencia que en ningún caso propiciaría con éxito este tipo de custodia, y, de otro (al hilo de la prescripción establecida en el apartado 8 del artículo 92 del Código Civil), porque en ningún momento ha existido Informe favorable del Ministerio Fiscal.

QUINTO.- La primera vertiente del motivo resulta, pues, inadmisibles, no sólo por carencia de fundamento sustantivo, sino también y sobre todo porque el régimen de guarda y custodia del hijo menor que propone la parte actora apelante no se ha revelado como el más idóneo en interés del indicado menor.

De esta forma, y sobre la posibilidad de que se fijara un régimen de guarda y custodia compartida del hijo menor, incluso aunque la parte actora apelante se haya referido (sin razón alguna -a juicio de esta Sala- porque se ha realizado una interpretación claramente parcial de ambos Dictámenes) a las recomendaciones de los Informes Pericial Psicológico y Pericial Social, ha de destacarse que, en general, las decisiones sobre el régimen de guarda y custodia sobre los hijos menores deben venir presididas, ante todo, por un factor de capital importancia, que no es otro que el interés y el beneficio de los hijos (artículo 92 del Código Civil), y este interés ha quedado debidamente salvaguardado por la decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida atribuyendo la guarda y custodia sobre el hijo menor a la madre, decisión que, lejos de contrariar lo más mínimo las recomendaciones de los referidos Dictámenes Periciales, se acomoda a los mismos.

No existe ningún motivo que -siquiera indiciariamente- desaconsejara que la guarda y custodia sobre el hijo menor se atribuyera a la madre; antes al contrario, ponderando la situación de ambos progenitores y su respectivo estatus familiar no le abriga género de duda alguno a este Tribunal que, en términos objetivos, debe ser la madre la que ostente la guarda y custodia sobre el hijo menor de edad porque es la decisión que, bajo parámetros estrictamente asépticos, se entiende que, en el momento actual, redunda en el beneficio, interés y bienestar del hijo menor. La parte apelante no ha propuesto ni una sola razón con la suficiente solidez que desaconsejara el que la guarda y custodia sobre el hijo menor de edad se atribuyera a la madre, ni existe ningún informe pericial ni de ninguna otra naturaleza -ni se ha practicado ninguna prueba de corte estrictamente objetivo- que desaconseje el que la guarda y custodia sobre el hijo se atribuya a la madre, y menos aun se ha acreditado que los Informes Pericial Psicológico y Pericial Social hubieran sido valorados por el Juzgado de instancia de forma incorrecta. Pero es que, además, si -en hipótesis- cualquiera de los progenitores se encuentra capacitado para ostentar la guarda y custodia sobre los hijos menores, si el Tribunal motiva en términos razonables (como así hecho el Juzgado de instancia) la decisión de atribuir la

uno u otro de los progenitores, dicha decisión ha de mantenerse, sin modificación alguna, en la segunda instancia. No consta practicada en este Proceso prueba alguna que demostrara -ni siquiera indiciariamente, insistimos- que la convivencia del hijo menor con su madre fuera perjudicial para el mismo, ni tampoco que otro régimen de guarda y custodia distinto (como sería el que propone la parte apelante de custodia compartida) fuera más aconsejable en beneficio del hijo menor habido en el matrimonio.

En orden a la custodia compartida, el apartado 5, inciso inicial, del artículo 92 Código Civil (en su redacción dada al precepto por la Ley 15/2.005, de 8 de Julio , por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio) establece que "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", añadiendo el apartado 8 que "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 favorable 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". Consiguientemente, esta Medida únicamente puede acordarse en dos casos: por un lado cuando la soliciten los padres conjuntamente en el Convenio Regulador o se interese por ambos de común acuerdo -si se logra en tal sentido- en el transcurso del Proceso (supuesto que -con toda evidencia- no concurre en el caso de autos), y, por otro, con carácter excepcional (por tanto, en supuestos limitados), cuando, no existiendo acuerdo entre los padres, la solicite una de las partes, exista Informe favorable del Ministerio Fiscal, y se acredite cumplidamente que esta forma de guarda y custodia del menor es la que protege adecuadamente el interés superior del mismo, caso excepcional este último que -también de forma patente- tampoco concurre en el supuesto que se ha sometido a la consideración del Tribunal, en la medida en que, aun cuando la Medida ha sido solicitada por el padre, no se ha acreditado en absoluto que la custodia compartida del hijo menor (en los términos que ha sido propuesta por el padre) fuera la Medida más idónea para proteger adecuadamente su interés y bienestar.

SEXTO.- Por virtud de la segunda vertiente del único motivo del Recuso, la parte actora apelante interesa que, aun cuando se atribuya a la madre la guarda y custodia sobre el hijo menor, se le debería adjudicar el uso de la vivienda conyugal sita en la Calle DIRECCION000 , número NUM000 , de Miajadas. Este segunda vertiente del motivo tampoco puede acogerse en estricta aplicación del artículo 96 del Código Civil y del criterio que viene manteniendo este Tribunal sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, que corresponde -insistimos- no a uno u otro de los cónyuges, sino a los hijos en cuya compañía queden, con independencia de si la vivienda tiene o no carácter privativo o ganancial o de si existen otras viviendas en el ámbito del matrimonio, sean gananciales o privativas. Desde luego, no es éste el Proceso adecuado para discernir si la vivienda sita en la Calle DIRECCION000 , número NUM000 , de Miajadas, tiene naturaleza privativa o ganancial, pero sí deben ponerse de manifiesto dos factores de singular importancia a los efectos que ahora se examinan: en primer término, que el carácter privativo o ganancial de ese inmueble es objeto de discusión y controversia por las partes contendientes en este Juicio, de modo tal que, en tanto que la parte actora afirma su carácter privativo, la parte demandada asevera su naturaleza ganancial; y, en segundo lugar, que dicho inmueble es el que ha venido constituyendo el domicilio familiar del matrimonio, y, por tanto, es el que tiene que ser objeto de la atribución de su uso conforme al artículo 96 del Código Civil , de modo tal que carece de relevancia que el matrimonio (o cualquiera de los cónyuges) sea titular de otro inmueble (como sucede con la vivienda sita en la Calle Montepío, número 22, de Miajadas), porque esta segunda vivienda no ha constituido el domicilio familiar.

Por tanto y, sin perjuicio del resultado que arroje la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, el uso del domicilio familiar, sito en la Calle DIRECCION000 , número NUM000 , de Miajadas, ha de atribuirse a la madre y a los dos hijos del matrimonio en cuya compañía quedan (el menor, que vive permanentemente con su madre, y el mayor, cuando reside en Miajadas aun cuando curse estudios universitarios en Cáceres), en aplicación del párrafo primero del artículo 96 del Código Civil , conforme al cual, 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.

SEPTIMO.- La tercera vertiente del único motivo de la Impugnación incide sobre la pensión de alimentos establecida a favor de los hijos habidos en el matrimonio y con cargo al padre, D. Pedro Francisco , en importe mensual de 400 euros. En este sentido y en la medida en que se confirmará el régimen de guarda y custodia sobre el hijo menor establecido en la Sentencia recurrida a favor de la madre, no cabe duda de que han perdido su objeto las alegaciones referentes a la pensión de alimentos establecidas a favor del hijo menor de edad, dado que, si la guarda y custodia sobre el hijo menor se mantendrá a favor de la madre, la parte apelante manifestó, expresamente, que, en ese caso, aceptaba la cuantía de la pensión de alimentos fijada para el mismo en la cantidad de 200 euros mensuales.

Pues bien, con respecto a la cuantía de las pensiones de alimentos establecidas a favor de los dos hijos habidos en el matrimonio, sólo cabe indicar que este Tribunal considera que los importes referidos (200 euros mensuales para cada uno de ellos) responden a una decisión, no sólo equitativa y ponderada, sino sobre todo justa y perfectamente asumible por quien viene obligado a satisfacer la prestación alimenticia. Lo realmente determinante al efecto de fijar el importe de la pensión de alimentos -en las cuantías que, en la Resolución impugnada, se han considerado adecuadas- viene constituido por el hecho -del todo acreditado- de que el alimentante, D. Pedro Francisco , posee una capacidad económico patrimonial suficiente para satisfacer -en primer término- las pensiones de alimentos de los hijos (que es la prestación económica fundamental) y -después- sus propias necesidades, capacidad económica -debidamente probada- que permite fijar el importe de las pensiones de alimentos en las cuantías indicadas porque los beneficiarios son dos hijos (uno mayor y otro menor de edad), cuyas necesidades son notoriamente importantes y resultan difícilmente atendibles -incluso- con el importe de las expresadas pensiones de alimentos, las que, en consecuencia, no son susceptibles ni de reducción ni menos aún de supresión (en relación con la fijada a favor del hijo mayor de edad, Marcial).

La parte actora apelante postula la supresión de la pensión de alimentos establecida en la Sentencia recurrida a favor del hijo mayor, Marcial , estudiante de veterinaria, al habersele concedido una beca del Mepsyd que, en el curso académico 2.008/2.009, ascendió a 5.246,00 euros, con las ayudas de Compensatoria, Residencia y Material, más el pago del importe de la matrícula. Esta vertiente del motivo resulta radicalmente inadmisibile por una razón básica; esto es, la beca de estudios se proyecta sobre los gastos extraordinarios, no sobre el concepto ordinario de alimentos en sentido estricto, de tal manera que, al margen del importe de dicha beca, destinado a satisfacer los gastos de estudios universitarios (como pueden ser los gastos de Residencia Universitaria o de Libros o Manuales Académicos), existen otros gastos a los que no alcanza la beca y a los que deben subvenir los progenitores, debiendo convenirse en que, en función de la edad del menor, fijar con cargo al padre una pensión mensual de alimentos de 200 euros, no sólo responde a una cuantía moderada, sino mínima, aunque solo sea para atender a sus necesidades de ocio o incluso de vestido, que no se incluyen en el importe de la beca. Y esta cantidad se califica de mínima por cuanto que, aunque la madre contribuyera a esta misma prestación con idéntica cantidad, aun así -decimos- en ningún caso podría afirmarse, con un mínimo de rigor, que la cantidad establecida excedería de la que podría estimarse como indispensable, razón por la cual carece de sustantividad el que la parte apelante plantee, de forma subsidiaria, que, de esos 200 euros mensuales, deberían satisfacer 100 euros cada uno de los padres, dado que aquella cantidad es la establecida mediante Resolución Judicial en concepto de pensión de alimentos con cargo al padre, cantidad a todas luces insuficiente para atender todas las necesidades del hijo mayor, de modo que la madre, en función de su capacidad económica, también contribuirá a esta misma obligación alimenticia.

Finalmente y, en la medida en que puede existir otros gastos extraordinarios distintos y que afecten a ambos hijos, la Sala estima correcta, igualmente (y no susceptible de modificación), la previsión que, sobre la satisfacción de gastos extraordinarios, se establece en la Sentencia recurrida. Debe recordarse que el concepto de "gastos extraordinarios" es diametralmente distinto al de "alimentos" en sentido jurídico conforme se contempla en los artículos 142 y siguientes del Código Civil , habida cuenta de que aquéllos no responden a todo lo que fuera indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del

alimentista, sino que alcanzan a otras prestaciones económicas puntuales, imprevisibles e inusuales (en definitiva, extraordinarias) a las que los progenitores tienen que subvenir necesariamente porque benefician al acreedor de la prestación - los dos hijos habidos en el matrimonio, en este caso-, y, de hecho, la práctica totalidad de las Resoluciones Judiciales de esta naturaleza contemplan en concreto este concepto y -también habitualmente- la obligación de ambos progenitores de satisfacerlos por mitad o -lo que es lo mismo- al cincuenta por ciento. Ahora bien, esta Sala mantiene el criterio de que no deben efectuarse relaciones específicas y concretas de gastos que ostenten este carácter de extraordinarios, menos aun con carácter cerrado, en la medida en que pudieran omitirse algunos y, al propio tiempo, considerarse como extraordinarios otros que, sin embargo, no siempre ostentan tal carácter, hasta el extremo de que una relación excesivamente genérica -aun cuando lo fuera de modo ejemplificativo- podría suponer, dependiendo del concreto gasto y de su importe, aun cuando se incardinara dentro de aquella relación, que, en algún caso, hubiera de calificarse de extraordinario y en otros no, estimándose más adecuado determinar, en cada supuesto concreto, la naturaleza del gasto que hubiera de considerarse como tal. Resulta procedente, pues, que los progenitores contribuyan a la satisfacción de los gastos extraordinarios de los hijos por iguales partes (o, lo que es lo mismo, al cincuenta por ciento) porque constituye una decisión sustantivamente correcta en la medida en que responde a parámetros ponderados, equitativos y de estricta Justicia ante la existencia de gastos de esta naturaleza que exigen que se satisfagan con el concurso paritario de ambos progenitores al margen o con independencia de la pensión alimenticia fijada a favor de los hijos, por lo que procede mantener -al no existir causa que justifique otra decisión distinta- la decisión adoptada en la Sentencia recurrida respecto de la previsión de abono de los gastos extraordinarios.

OCTAVO.- Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la desestimación del Recurso de Apelación interpuesto y, como consecuencia lógica, la confirmación de la Sentencia que constituye su objeto.

NOVENO.- Dada la especial naturaleza y objeto de los Procesos Matrimoniales y de Derecho de Familia y, conforme al criterio reiterado de este Tribunal, no procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Francisco contra la Sentencia 4/2.010, de once de Enero, posteriormente aclarada por Auto de fecha dieciséis de Marzo de dos mil diez, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Trujillo en los autos de Juicio de Divorcio seguidos con el número 263/2.008, del que dimana este Rollo, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la indicada Resolución, sin hacer pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico.

DILIGENCIA.-

Seguidamente se deduce testimonio de la anterior sentencia para el rollo de Sala. Certifico.