



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

**JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA
MUJER Nº 1**

Av. Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357109
Fax: 942357110
Modelo: FC025

Proc.: **FAMILIA. DIVORCIO
CONTENCIOSO**

Nº: **000026/2015**
NIC: 3907548120150004047
Materia: Obligaciones
Resolución: Sentencia 000043/2015

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante		MARÍA TERESA LÓPEZ NEIRA
Demandado		ELVIRA GUTIÉRREZ VALTUILLE

SENTENCIA nº 000043/2015

En Santander, a diecinueve de octubre de dos mil quince.

Vistos por mí, Javier Amores Osuna, juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 1 de Santander y su partido, los presentes autos de Juicio Verbal sobre Divorcio Contencioso, que con el nº 26/2015, se han seguido a instancias de D^a. , que ha actuado representada por la procuradora D^a. Teresa López Neira y asistida por la letrada D^a. Monserrat Luezas Morcuende, contra D.

, que ha actuado representado por la procuradora D^a. Elvira Gutiérrez Valtuille y asistido por el letrado D. José Manuel González Diego, y en el que también ha intervenido el Ministerio Fiscal, vengo a resolver sobre la base de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora D^a. Teresa López Neira, en la representación indicada, presentó, con fecha de 16 de marzo de 2015, escrito de demanda de separación matrimonial contra D. , solicitando al tiempo, la adopción de una serie de Medidas que regulen las relaciones personales, económicas y paterno-filiales entre los litigantes y sus dos hijos menores habidos durante el mismo, que relacionadas en el suplico han de darse por reproducidas.

SEGUNDO.- Por otra parte, la procuradora D^a. Elvira Gutiérrez Valtuille, presentó, en tiempo y forma, escrito de contestación a la demanda y demanda reconventional, en donde interesaba la disolución del vínculo matrimonial por divorcio de los litigantes y de para su representado la adopción de medidas que contradecían a la anterior, y que relacionadas en el suplico han de darse por reproducidas.

El Ministerio Fiscal interesó en la contestación a la demanda, se adoptasen las medidas más beneficiosas a favor de los hijos menores del matrimonio que resultasen acreditadas en el acto de juicio.

TERCERO.- Con fecha 13 de octubre de 2015, se celebró la vista del presente Juicio Verbal, practicándose la prueba que se consideró pertinente con el resultado que obra en autos.



CUARTO.- En la sustanciación y resolución de este procedimiento se han seguido los trámites previstos en el art. 769 de la LEC 1/2000 de 7 de enero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita D. ..., a través de demanda reconvenzional, acción de divorcio fundada en la causa prevista en el art. 86.1 del Código Civil, puesto en relación con el art. 81.1 2º del mismo texto legal sustantivo, en la redacción dada a ambos preceptos tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en la que sólo se precisa el transcurso de tres meses, desde la celebración del matrimonio, para que uno de los cónyuges pueda instar su disolución, por lo que constatándose de la documental acompañada con la demanda, fotocopia de certificado de inscripción aportada como nº 1 de la demanda rectora, que contrajeron matrimonio el día 9 de julio de 2000 en la localidad de ... (Cantabria), ha de concluirse que ha transcurrido, por tanto, el plazo legal anteriormente reseñado, debiéndose proceder, en consecuencia, a acceder a lo peticionado y decretar la disolución del matrimonio por divorcio de los esposos con todos los efectos legales inherentes a la misma.

SEGUNDO.- Sobre el resto de pretensiones solicitadas por los litigantes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, indicar, que es el art. 91 del Código Civil, el que viene a disponer que el juez en las sentencias de divorcio determinará las medidas que, en su caso, hubieran de sustituir a las ya adoptadas anteriormente en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiesen adoptado ninguna, y sin perjuicio de su modificación cuando se alteren sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.

En el caso de autos, se dictó, con fecha de 12 de mayo de 2015, en el procedimiento Medidas Previas nº 26/2015-01, resolución en donde se fijaron unas medidas provisionales en materia de relaciones económicas y paterno filiales que se relacionan a continuación:

- 1.- Los cónyuges podrán vivir separados cesando la presunción de convivencia.*
- 2.- Quedan revocados los poderes que ambos cónyuges tuviesen concedidos, y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge al ejercicio de la potestad doméstica.*
- 3.- Se atribuye provisionalmente la guarda y custodia de los hijos comunes, a la madre, así como también con carácter provisional, el uso y disfrute del domicilio familiar.*
- 4.- Se fija a favor del padre un régimen de visitas y estancias, consistentes en: fines de semana alternos, que comenzarían desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del colegio, así como todos los*



martes desde la salida del colegio hasta la finalización de los entrenamientos de la actividad de balonmano que ambos menores practican, con entregas en la misma forma que han venido efectuando hasta el momento de la vista.

Una vez finalice el periodo escolar, ambas partes deberán hacer uso del Punto de Encuentro Familiar para proceder a las entregas y recogidas de los menores, en defecto de pacto entre ellos.

En este periodo, el régimen de visitas será desde el jueves a las 20:00 hasta el lunes a las 10:00 horas y los martes de 17:00 a 20:00 horas.

En cuanto a las vacaciones de verano, señalar, que este año corresponderá al padre el periodo comprendido entre el 1 al 31 de julio y 1 de septiembre hasta el inicio del curso escolar. El periodo comprendido entre el día de vacaciones del curso en el mes de junio y el 30 de junio y el del 1 a 31 de agosto corresponderá a la madre.

A partir de este año y de forma alternativa se irán turnando en estos periodos salvo pacto en contrario.

En cuanto a las vacaciones de Navidad y Semana Santa, se dividirán por mitad atendiendo al calendario escolar publicado anualmente por la Conserjería de Educación del Gobierno de Cantabria u organismo que le sustituya, comenzando el último día lectivo hasta las 11:00 horas del día intermedio y desde ese momento hasta la entrega de los menores en el centro escolar el primer lectivo después de las vacaciones.

En defecto de pacto en contrario, en los años impares corresponderá al padre el primer periodo y a la madre el segundo y en los pares será al revés.

5.- D. deberá pagar en concepto de alimentos la cantidad de 100 euros mensuales por cada uno de sus hijos, que deberá abonar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la madre designe, y con las actualizaciones anuales según IPC siempre que revista valores positivos, a partir del 1 de enero de cada año y haya servido de referencia para incrementar, en la misma proporción, los ingresos anuales del demandado. De no ser así, el incremento tendrá la misma proporción que el de sus ingresos anuales. En caso de que el IPC revista valores negativos no se producirá aumento ni disminución de la pensión.

Además cada progenitor deberá contribuir al 50% de los gastos de carácter extraordinarios no cubiertos por el sistema nacional de salud o aquéllos que resulten imprescindibles para su educación y desarrollo formativo que estén expresamente recomendados por sus educadores".

Las cuestiones que, en esta litis, son objeto de controversia, son las siguientes: en primer la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores; en segundo lugar, la del uso y disfrute del domicilio conyugal; la fijación de un régimen de visitas para con los hijos del progenitor no



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

custodio; la determinación de una pensión de alimentos a favor de éstos; la procedencia de una pensión compensatoria a favor del demandado-demandante reconvencional.

TERCERO.- Comenzando con la primera de las peticiones de pronunciamiento, indicar, que la disputa radica en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, puesto que el demandado solicita con carácter principal que la misma tenga el carácter de "compartida", mientras que la actora la solicita para sí en exclusiva.

Sobre el pronunciamiento que la Ley atribuye a la exclusiva competencia del Juez sobre con cuál de los dos progenitores han de quedar los hijos menores habidos durante el matrimonio o relación sentimental análoga, señalar, que constituye una de las cuestiones más delicadas y difíciles de resolver, puesto que han de valorarse la globalidad de las circunstancias concurrentes dirigidas a adoptar la resolución que resulte más beneficiosa o mejor cabría decir, menos perjudicial para los hijos afectados por el proceso de crisis.

Esta decisión resulta complicada, porque la fijación de la custodia de los menores, va a suponer, "de facto", la determinación de aquel de los progenitores que va a convivir y a compartir con éstos las situaciones cotidianas relativas a su educación y control.

La regulación en España de la llamada guarda y custodia "compartida", es relativamente nueva, puesto que aparece por vez primera en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, señalándose en su Exposición de Motivos, que con la misma se pretende posibilitar la inexistencia *de trabas o dificultades a la relación de cada progenitor con sus hijos, y que sólo pueden plantearse cuando haya motivos relevantes.* Se parte de la idea básica que, en principio, resultará conveniente para el proceso educativo de los menores la relación y educación que reciban de ambos progenitores, y se intentan, por tanto, que *ni la separación o el divorcio de éstos sea un obstáculo para que todos los miembros de la familia mantengan una situación de comunicación y diálogo, que es especialmente necesaria para los que están en trance de formarse y de desarrollar su personalidad.*

La institución de la Guarda y Custodia Compartida, se regula en nuestro ordenamiento jurídico en los apartados 5 al 9 del art. 92 del Código Civil, en la nueva redacción que a propósito le da la Ley 15/2005.

Para poder acordarla, resulta precisa una primera premisa que aparece contemplada en el apartado 5º, y cuál es la necesidad de que ambos padres lo soliciten de forma consensuada a través del correspondiente Convenio Regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

A la vista de lo anterior, y como principio básico, la guarda y custodia compartida sólo podría acordarse cuando ambos litigantes lo



soliciten de forma conjunta como medida reguladora del régimen de estancia con los hijos menores habidos en la relación.

No obstante lo anterior, y resultando el Legislador, sabedor, de la existencia del art. 96 del Código Civil que atribuye de forma automática el uso y disfrute del domicilio a los hijos menores y al progenitor en cuya custodia queden, y el perjuicio económico que puede suponer para uno de los litigantes (progenitor no custodio) el tener que abandonar la vivienda cada vez que se produjeran los periodos de alternancia en la guarda y custodia compartida, establece un supuesto excepcional, en donde cabe la posibilidad de que el Juez acuerde la guarda y custodia compartida aun cuando los litigantes no lo soliciten de mutuo acuerdo y así en el apartado 8º del citado precepto, la establece, cuando lo haya solicitado uno de ellos, medie informe favorable del Ministerio Fiscal, fijando como premisa esencial el hecho de que de esta manera *"se proteja adecuadamente el interés superior del menor"*.

Sobre la interpretación que ha de darse a la aparente exigencia de que el Ministerio Fiscal emita informe favorable, señalar, que es práctica forense, el hecho de considerar ese informe como "no vinculante" para el Juez, ya que esto supondría una injerencia en sus facultades constitucionales de decidir o dirimir conflictos; así ya se entendió en el II Encuentro Nacional de Magistrados, Fiscales, Secretario Judiciales y Abogados de Derecho de Familia, celebrado en Madrid, los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

Es decir, que el Juez puede acordar la guarda y custodia compartida, siempre que lo pida uno de los progenitores y resulte la misma esencial para *"proteger adecuadamente el interés superior del menor"*.

Pero la regulación de esta institución, tiene una doble prohibición, es decir, dos situaciones fácticas que impedirían, en cualquier caso, la adopción de la guarda y custodia compartida, apareciendo contemplada en el apartado 7º del art. 92 del Código Civil, siendo el primer caso, el de que cualquiera de los padres se hallara incurso en un proceso penal iniciado por atentado contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro o de los hijos que convivan con ambos. Además, tampoco cabría su adopción, si el Juez advirtiera, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Para explicar lo que se acaba de señalar, el Juez en ningún caso puede adoptar como medida la guarda y custodia, cuando uno de los progenitores (ya sea el hombre o la mujer) esté imputado (no hace falta condena penal firme) por un delito en donde el bien jurídico sea el de la salvaguarda de la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro o de los hijos que convivan con ambos; o cuando del propio acto de juicio se determine la existencia de indicios de comisión de un delito de violencia doméstica (hay que entender aunque se trata de una falta de previsión del Legislador, que también ha de considerar incluido en ese concepto la Violencia de Género, definida en el



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

Por si hubiera alguna duda de la necesidad de adoptar la medida atendiendo a los intereses de los menores afectados, indicar, que la doctrina emanada de la Sala I del Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de julio de 2015 (rec nº 530/2014) es la siguiente:

"La interpretación del art. 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren algunos de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013, es decir, cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los hijos y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por los progenitores de los deberes para con ellos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que llevaba a cabo cuando los progenitores convivían juntos. Señalando que el art. 92 no permite concluir que sea una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea (sentencia de 25 de abril de 2014)".

La sentencia de 15 de julio de 2015, hace referencia a su vez a la sentencia de 19 de julio de 2013, que indica de forma categórica que ante la falta de definición de lo que ha entenderse "interés del menor", el mismo "exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquél".

Igualmente debe ser traída a colación la reforma introducida en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de la Infancia y la Adolescencia.

Ésta Ley en el apartado VI de su Preámbulo, fija la finalidad de la reforma que va a operar en la Ley Orgánica 1/2004, al establecer como principio que cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable, calificando de "atroz" la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género, que les puede afectar condicionando su bienestar y su desarrollo, causándoles problemas de salud o sirviendo como instrumento para ejercer el dominio y la violencia sobre la mujer.



La reforma que se integra en la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 8/2015, modifica los artículos, 1.2; 61.2; 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, ampliando el marco de protección a los menores como víctimas de este tipo de violencia, se extiende la obligatoriedad de que el Juez de Violencia de Género se pronuncie sobre la necesidad de adoptar medidas de protección para ellos y la posibilidad de suspender tanto el ejercicio de la patria potestad como el régimen de visitas y estancias para con ellos de aquéllos que hayan ejercido violencia de género.

En el presente caso, esta resolución ha de ponderar los intereses de los hijos menores con la de los padres y sobre todo la existencia de dos sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Santander que condenan al demandado como autor responsable de un delito de amenazas leves previsto en el art. 171.4 del Código Penal, de fecha de 9 de junio de 2015, recaída en el procedimiento Juicio Rápido 53/2015 y otra de fecha de 30 de julio de 2015, recaída en el procedimiento Juicio Rápido 177/2015 en donde es condenado como autor responsable de un delito de malos trato físicos del art. 153.1 y 3 del Código Penal y un delito continuado de Quebrantamiento de Medida Cautelar, previsto y penado en el art. 468.2 del C.P., puesto en relación con el art. 74 del mismo texto legal.

En relación con las citadas sentencias, indicar, que ambas se han incorporado como documental en el acto de la vista por la parte demandante, y que no son firmes, puesto que han sido recurridas en apelación por el demandado.

Resultado consciente este juzgador, que la invocación de ambas sentencias será el nudo gordiano sobre el que va a recaer la interposición de un hipotético recurso de apelación, para el presente supuesto, en donde se adelanta desde ahora que se va a considerar la guarda y custodia "compartida" como la que mejor protege los intereses de los hijos menores y la misma choca con el tenor literal del art. 92.7 del Código Civil, trataré de efectuar un somero análisis de las sentencias penales, para exponer si ante esos hechos que han merecido el consiguiente reproche penal, los intereses de los menores están en peligro y si condicionan o cuestionan la habilidad y aptitud del demandado para ostentar una guarda y custodia permanente.

En primer lugar, y con carácter previo, este Juzgador es concedor de primera mano de las personalidades que confluyen en los litigantes, ya que fue el instructor, al amparo de lo dispuesto en el art. 87. 1 ter de la LOPJ de los procedimientos penales que desembocaron en las ulteriores sentencias condenatorias.

En relación a la sentencia recaída en el procedimiento Juicio Rápido 53/2015 de 9 de junio, a pesar de resultar D. . . . acusado de un delito de malos tratos de obra; otro de coacciones, otro de amenazas leves y una falta de injurias, finalmente sólo resulta condenado por un delito de amenazas leves ex art. 171.4 del C.P., al haber proferido la expresión a D^a. "como le pase algo a mi madre te mato", siendo oída por una testigo.



Pues bien, la citada expresión, que sin perjuicio del análisis y valoración penal que se ha efectuado, se produce, porque en el contexto donde la ruptura sentimental es inminente, se ha producido una separación de hecho, y existen trabas por parte de D^a. . . de que sus hijos se relacionen con normalidad con D. . . y a la vez con la "madre" con la que convive, "madre" y abuela de los menores que ha tenido un enorme trato ya que ha sido la que se ha encargado de cuidar y atender a ambos durante las horas que tanto la demandante como el demandado no podían hacerlo por sus compromisos laborales.

El Código Penal es objetivo, y la expresión utilizada, desde luego que en debate jurídico puede ser considerada amenazante para D^a. pero la pregunta llegado a este punto es la siguiente: ¿inhabilita la misma por sí sola a D. . . para atender y cuidar de sus hijos?

Dejando la cuestión en el aire, y a la que posteriormente daré mi respuesta, paso a analizar la segunda de las sentencias, la recaída en el procedimiento Juicio Rápido 177/2015 de fecha 30 de julio de 2015.

En esta ocasión, hay que partir de la base de la existencia de un Auto de Orden de Protección que se emitió en el procedimiento anterior, Diligencias Urgentes Juicio Rápido nº 53/2015, que se hizo, porque así lo afirma quien lo dictó, con la intención evidente de que el clima de tensión emocional que iba "in crescendo" entre ambos litigantes no produjese un altercado con más graves consecuencias y al tiempo, fijar un régimen provisional para la guarda y custodia y estancia de los menores con cada uno de los progenitores.

Pues bien, tras dictar el Auto e imponer medidas cautelares penales para el demandado y civiles, entre ellas que las entregas y recogidas de los hijos menores se efectuaran en el Punto de Encuentro, ambos litigantes de forma conjunta presentaron un escrito en donde manifestaron que su intención era "no hacer uso del mismo" y proceder a la entrega y recogida por métodos pactados extrajudicialmente.

Por máximas de experiencia, este juzgador que hace las veces de instructor en el orden penal, conoce perfectamente que ese es el primer paso para omitir de forma voluntaria y por ambos, el cumplimiento de las medidas penales, lo que desemboca, en la mayoría de los casos en ulteriores procedimientos penales por Quebrantamientos de Condena ex art 468.1 del C.P., contra el varón de la pareja, cuando la mujer no hecho todo lo que ha estado en su mano para auto protegerse.

Como se ha indicado, y sin perjuicio del reproche penal que merecen actos como los anteriores, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Santander de 31 de julio de 2015, ya pone de relieve lo anterior, puesto que en los Hechos Probados, se expone por la Magistrada ad quo, que ambos reconocen que a pesar de existir la Orden de Protección y las consiguientes prohibiciones de acercamiento y comunicación de D. . . hacia D^a. . . se han comunicado y reunido "con bastante frecuencia", pues bien, el hecho de que se hayan comunicado y reunido y con ello cometido un delito de Quebrantamiento de



Medida Cautelar precisamente y para auto gestionarse las estancias de cada uno de ellos con los menores (ex art. 468.2 del C.P.), ¿inhabilita a D. como guardador o cuidador de sus hijos?

También fue condenado por un delito de malos tratos de obra, se refieren a unos hechos acaecidos el 3 de junio de 2015, mientras que el demandado y la demandante coinciden en un partido de balonmano de uno de sus hijos. D. acudió a ver el partido y se encuentra en la grada a D^a. que ese día, le dice que si no se va de allí llamará a la Policía, sacando su teléfono móvil para ello, produciéndose un forcejeo en donde resulta golpeada D^a. en el rostro y, por ello, lesionada con un hematoma en la encía inferior.

No es objeto de este procedimiento valorar el "ánimo" o dolo de querer lesionar a la demandante por el demandado, así lo ha considerado la Juzgadora ad quo en sentencia que aun no es firme, pero en lo que a este procedimiento civil se refiere, es pertinente concluir que ¿el demandado a pesar de las voluntades a veces concordes y otras contrarias a su presencia de D^a. es una persona "violenta", hasta el punto de que ello le inhabilita para ejercer como guardador y cuidador de sus hijos? .

La respuesta, desde la lógica de este juzgador ha de ser en todos las cuestiones contraria a lo que se pretende con el art. 92.7 del Código Civil, que es realmente apartar de una personalidad agresiva, con ausencia de control de impulsos y que use la violencia contra la esposa o madre de los hijos de manera habitual, de que esté con sus hijos de una manera continuada hasta el punto de que llegue a influirles tan negativamente que perjudique su desarrollo psico-emocional.

Esto desde luego no se traduce de la prueba practicada en el acto de juicio.

En efecto, a favor, de la guarda y custodia compartida, señalar, que el hijo de más edad, ha manifestado su deseo de estar el mismo tiempo en compañía de su padre y de su madre, debiéndose considerar la opinión del menor como un elemento que ayuda a determinar y concluir sobre la decisión final, por cuanto, ha sido emitida con total sinceridad y conocedor de las habilidades de ambos progenitores para hacerse cargo de tanto de él como de su hermano, se valora así la exploración del menor en el marco del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de Julio de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia.

El Equipo Psicosocial se ha pronunciado igualmente de forma favorable a que sea la guarda y custodia compartida, la fórmula a adoptar en esta causa, atendiendo a las aptitudes de ambos progenitores y a la vez al resto de circunstancias concurrentes, la valoración del informe, se efectúa sobre la base de la sana crítica, ex art. 348 de la LEC, resaltando así su carácter objetivo y altamente profesionalizado que tienen los encargados de su elaboración.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Sobre las referidas circunstancias, indicar, que tanto la madre como el padre, trabajan, que la madre lo hace en un bar con horarios muy amplios y a veces incompatibles con el cuidado de sus hijos, de hecho se ayuda tanto de D. como de la madre de éste como de vecinas que se encargan de los niños cuando la regencia del bar les impide estar con ellos.

D. por su parte, trabaja en una empresa láctea y su horario a veces también condicionaría los cuidados de los menores, pero cuenta con la ayuda de su madre, abuela de los niños, con la que tienen una magnífica relación tal y como ya se expuso con anterioridad.

D., además, y de hecho, ya tiene un régimen de visitas mucho más amplio que el que se fijó en el Auto de Orden de Protección, por cuanto, habría llegado al acuerdo con D^a., así también lo ha reconocido ésta, que lleve tres tardes a la semana a su hijo mayor a jugar al balonmano, en los entrenamientos vespertinos que tiene y que a la madre, por su trabajo en el bar, les resultaría difícil compaginar.

Por todo lo expuesto, siguiendo la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala I del Tribunal Supremo, a la que se ha hecho referencia, no existe ningún obstáculo (salvo el art. 92.7 del Código Civil que se ha salvado por este juzgador desde la interpretación que le permite el art. 3.1 del mismo texto legal) para que establezca la guarda y custodia compartida como la forma que mejor va a proteger en este caso los intereses y desarrollos de los dos hijos menores de edad habidos en el extinto matrimonio.

A mayor abundamiento, y analizando la incidencia de las sentencias penales aun no firmes sobre los menores y las relaciones entre los progenitores, reincidir, la total ausencia de acreditación de que los menores estén afectados en su bienestar y desarrollo, y la madre manifestó en su interrogatorio estar de acuerdo y querer favorecer las relaciones de sus hijos con el padre, al que considera que hace una buena labor con ellos.

CUARTO.- La segunda de las cuestiones a tratar será la de la forma en que se va a desarrollar el régimen de estancias y visitas con cada progenitor.

En el presente caso, debe hacerse este pronunciamiento haciéndolo en relación con la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.

Quizás las circunstancias que existen en la actualidad, tales como la pendencia de los dos recursos de apelación sobre las sentencias penales, y el hecho de que el demandado se haya marchado a vivir con la madre, de la cual necesita para atender en ocasiones a sus hijos menores, lo que supondría también el traslado de ésta al hogar común habido durante el matrimonio, hace que no resulte idóneo que ambos progenitores se alternen en el uso y disfrute del domicilio familiar, sino que éste siga bajo el uso de los menores y de la demandante durante su período de estancia y que los menores vayan con el padre a su actual domicilio o a cualquier otro en donde decida residir durante el tiempo en que estén con él.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Lo anterior no ha de significar, en absoluto, que se haya de fijar ex art. 96 del Código Civil a favor de los menores y de la madre el que fuera domicilio familiar, ya que ello supondría, de facto, y ante la edad de los menores, que el padre, que cuenta con unos recursos de unos 1.550 euros mensuales, esté privado por muchos años de la capacidad económica que la propiedad le pueda generar, máxime cuando el mismo ostenta, al parecer el 75% de la titularidad del inmueble, y por ende los gastos de hipoteca que en esa misma proporción le generan.

Por tanto, y sin perjuicio de que el padre esté obligado a abonar la hipoteca por el contrato que tiene con la entidad bancaria prestataria, no lo estará en el concepto de "cargas del matrimonio" siguiendo la doctrina emanada de la Sala I del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 2011.

Lo anterior, significa, que sería conveniente, en aras de una prevalencia y abuso de derecho por parte de la demandante, que dado que no se ha acreditado una especial situación de apego de los menores al entorno social en donde la vivienda está ubicada, que la misma se liquide junto con el resto de bienes comunes en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, y así ambas partes, puedan disponer libremente de sus ingresos, sin que ello tenga que suponer el estrangulamiento económico del demandado.

La otra solución, deberá ser que el demandado, una vez se resuelvan los asuntos penales de manera definitiva pueda instar el correspondiente procedimiento de Modificación de Medidas para que se le otorgue el uso y disfrute del domicilio familiar al tener igual derecho a ello que la demandada.

En cualquier caso, como régimen de estancias, se considera adecuado el siguiente: una semana con cada progenitor salvaguarda suficientemente intereses de ambos menores, fijando una visita inter semanal, por espacio de tres horas, de 17:00 a 20:00 horas, para que pueda estar en la compañía del otro progenitor.

La forma de proceder a las entregas y recogidas de cada semana, será, mientras sea el período escolar lectivo, todos los lunes donde serán llevados al colegio por el progenitor que le corresponda la entrega y serán recogidos por el otro a la salida.

En caso de festivo o puente, se efectuará al siguiente día lectivo, aunque ello represente un día menos de estancia esa semana para el otro progenitor, compensándose estas situaciones con los diferentes días festivos que puede haber en un curso escolar.

Las entregas y visitas inter semanales, los miércoles, así como cuando los niños se encuentren de vacaciones, las entregas y recogidas se efectuarán a través del Punto de Encuentro Familiar, sito en la calle nº de Santander o por un familiar o amistad que ambos designen en cada caso.



MINISTERIO DE JUSTICIA

le genera unos ingresos de unos 7.000 euros netos, y solicita ser compensado por ello.

En relación a la pretensión, señalar, que para la resolución de esta cuestión, hay que partir del concepto y naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, que aparece regulada en el art. 97 del Código Civil, definiéndola como la que tiene derecho a percibir el cónyuge al que la separación o el divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

Sobre la pensión compensatoria, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, ha fijado una reiterada doctrina sobre su concepto y naturaleza jurídica, de la que son exponentes, entre otras la Sentencia de 10 de febrero de 2005, recurso de casación 1876/2002, posteriormente citada en la Sentencia de 28 de abril de 2005, y que es mantenida por la reciente Sentencia de 10 de marzo de 2009. En las mismas la Sala expone:

- a) Del tenor literal del art. 97 del Código Civil, ha de deducirse que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora, que responde a al presupuesto del efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante el matrimonio; por tanto, resulta necesario la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad, de hecho, incluso el cónyuge con medios suficientes para mantenerse por sí mismo, puede ser acreedor a esta pensión, pero sí ha de acreditarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la disfruta el otro cónyuge, pero sin que esto último, haya de entenderse como equiparación de patrimonios.
- b) La pensión compensatoria, en la regulación que le da el art. 97 del Código Civil, está notoriamente alejada de la prestación por alimentos, pero sin que tampoco pueda considerarse que tenga un carácter únicamente indemnizatorio, puesto que si bien de la primera pueden disponer libremente las partes, la segunda constituye una protección de las necesidades vitales de una persona, que no puede ser renunciada previamente, resultando una obligación que perdura mientras el matrimonio subsista, esto es hasta su disolución.
- c) Los factores a tener en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria, son numerosos, relacionándolos el art. 97 del Código Civil, a meros efectos ejemplificativos, siendo éstos, la edad, duración de la convivencia, dedicación al hogar e hijos, cuántos de éstos precisan atención futura, estado de salud y su recuperabilidad, trabajos desempeñados antes y durante la convivencia, trabajos que por su cualificación pueda desempeñar en el futuro, circunstancias del



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

mercado laboral, preparación y experiencia laboral o profesional, oportunidades que la sociedad ofrece, etc.

Por otra parte, señalar, que el derecho a la pensión compensatoria no es absoluto, ni vitalicio, sino que es un derecho relativo y circunstancial, dependiente de la situación del beneficiario, por cuanto su finalidad es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de potencial igualdad, procediendo, en consecuencia, fijar un límite temporal en aquellos casos en donde pueda deducirse que el cónyuge beneficiario podrá ser reestablecido de su desequilibrio en un plazo razonable en atención a los mismos presupuestos que se han de tener en cuenta para establecerla.

Resulta necesario, atendiendo a la doctrina expuesta, que el cónyuge que solicita esa pensión acredite dos circunstancias, que son sucesivas entre sí; la primera, que ha existido un real y efectivo desequilibrio económico en relación con la posición de otro producido por la separación o el divorcio; y la segunda, que el importe solicitado está basado en los factores que la propia Ley señala, tales como edad, duración efectiva de la convivencia, dedicación a la familia, estado de salud, trabajos que pueda desempeñar a consecuencia de su cualificación o experiencia profesional, circunstancias actuales del mercado laboral, etc.

Lo anterior, conduce a considerar, que no toda ruptura matrimonial ha de producir un desequilibrio económico que resulte necesario corregir a través de esta figura, sino que habrá de estarse al caso concreto y a sus circunstancias para determinar su pertinencia y, en su caso, su cuantía.

Teniendo en cuenta, lo indicado, y las reglas que para la carga de la prueba se fijan en el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, corresponderá, en el caso de autos, y como se ha indicado anteriormente, a la parte demandada 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.

Por otra parte, el art. 400.1 de la misma Ley de Ritos Civiles, establece como preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, la demanda, de forma que si esos hechos son conocidos habrán de ser aducidos en la misma.

En el presente caso, la pretensión ha de ser desestimada.

La base de la desestimación es que la parte demandada confunde la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria con un adelanto de lo que como crédito contra la sociedad de gananciales o contra la demandante pudiere ostentar si se liquidase el referido negocio familiar, y es que ha quedado acreditado que ambos desde que contrajeron matrimonio han compaginado trabajos por cuenta ajena con el cuidado de los menores, ambos han estado y están perfectamente integrados en el mundo laboral, en ningún caso el demandado ha tenido una dedicación exclusiva hacia su familia hasta el punto de que haya perdido formación o



le haya imposibilitado a optar trabajos con mejores retribuciones o que haya hecho un especial sacrificio profesional en aras del bienestar de sus hijos y a favor también de D^a . . . , presupuestos y circunstancias éstas a los que se refiere el art. 97 del Código Civil para poder ser acreedor a una pensión compensatoria, lo que determina la desestimación de su pretensión.

En realidad, lo que el demandado-demandante reconvenional, pretende es un adelanto del posible crédito que pudiera haberse generado contra la demandante-demandada, o bien el pago de una renta mensual por la llevanza en exclusiva de D^a . . . del negocio familiar, pero esto no puede ser atendido en esta vía aun cuando se pretenda bajo la fórmula de una pensión compensatoria.

SÉPTIMO.- Al dilucidarse en estos procedimientos materias que afectan al orden público, no procede efectuar pronunciamiento alguno sobre el pago de las costas causadas en el mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimo parcialmente las demandas interpuestas por las procuradoras D^a. Elvira Gutiérrez Valtuille y Teresa López Neira, en nombre y representación respectivamente de D. . . . y de D^a. . . . , y en consecuencia declaro disuelto por divorcio el matrimonio que ambos constituyan y que fue celebrado en la localidad de . . . el día 9 de julio de 2000, con todos los efectos legales inherentes a la misma, adoptando además como medidas reguladoras de las relaciones personales, económicas y paternofiliales entre ellos y sus hijas, las siguientes:

1.- Se atribuye la guarda y custodia de los hijos de manera "compartida" a favor de ambos progenitores.

Sobre la forma en que se desarrollará el régimen de estancias con cada uno de ellos será el siguiente: una semana con cada progenitor salvaguarda suficientemente intereses de ambos menores, fijando una visita inter semanal, por espacio de tres horas, de 17:00 a 20:00 horas, para que pueda estar en la compañía del otro progenitor.

La forma de proceder a las entregas y recogidas de cada semana, será, mientras sea el periodo escolar lectivo, todos los lunes donde serán llevados al colegio por el progenitor que le corresponda la entrega y serán recogidos por el otro a la salida.

En caso de festivo o puente, se efectuará al siguiente día lectivo, aunque ello represente un día menos de estancia esa semana para el otro



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

progenitor, compensándose estas situaciones con los diferentes días festivos que puede haber en un curso escolar.

Las entregas y visitas inter semanales, los miércoles, así como cuando los niños se encuentren de vacaciones, las entregas y recogidas se efectuarán a través del Punto de Encuentro Familiar, sito en la calle de Santander o por un familiar o amistad que ambos designen en cada caso.

Las visitas de los miércoles, serán de 17:00 a 20:00 horas.

La hora de recogidas los lunes cuando los menores se encuentren de vacaciones será a las 17:00 horas.

2.- El uso y disfrute de la vivienda familiar, se atribuye provisionalmente a los hijos y a la madre y hasta que se proceda a la liquidación del régimen económico matrimonial o de la comunidad proindiviso o las partes lleguen a un acuerdo la distribución de su ocupación.

3.- D^a. deberá pagar en concepto de alimentos la cantidad de 250 euros por cada uno de los hijos euros mensuales por cada una de sus hijas, en total, actualmente, 500 euros mensuales, que deberá abonar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que el padre designe, y con las actualizaciones anuales según IPC siempre que revista valores positivos, a partir del 1 de enero de cada año. En caso de que el IPC revista valores negativos no se producirá aumento ni disminución de la pensión.

Así mismo, deberá contribuir con el 50% de los gastos sanitarios y de educación que generen las menores y que no se encuentren cubiertos por el sistema nacional de salud pública o de educación.

No ha lugar a la imposición de costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días.

Una vez firme la presente resolución remítase testimonio de la misma para su inscripción en el Registro Civil de Los Corrales de Buelna (Cantabria).

Así por esta mi sentencia que pronuncia, manda y firma, Javier Amores Osuna, juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Santander y su partido. Doy fe.