



Roj: **SAP B 3894/2011 - ECLI:ES:APB:2011:3894**

Id Cendoj: **08019370182011100242**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **15/02/2011**

Nº de Recurso: **138/2010**

Nº de Resolución: **81/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE PEREZ TORMO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DIECIOCHO

ROLLO Nº 138/2010

PROCESO ESPECIAL CONTENCIOSO DIVORCIO Nº 347/2008

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE SANT BOI DE LLOBREGAT

SENTENCIA Nº 81/2011

Ilmas. Sras.

D^a. ANA MARÍA GARCÍA ESQUIUS

D^a. M^a JOSÉ PÉREZ TORMO

D^a. M^a DOLORES VIÑAS MAESTRE

En la ciudad de Barcelona, a quince de febrero de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Dieciocho de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Proceso especial contencioso divorcio nº 347/2008, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sant Boi de Llobregat, a instancia de D^a. Silvia , contra D. Edemiro ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 8 de Junio de 2009, por la Juez del expresado Juzgado, habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMO la demanda presentada por D^a. Silvia defendida por el Letrado Sr. Bori y representada por el Procurador Sr. Teixidó contra D. Edemiro , defendido por el Letrado Sra. Iglesias y representado por el Procurador Sr. Feixó, con intervención del M. Público, por lo que declaro haber lugar al DIVORCIO instado, y, en consecuencia, debo decretar la disolución del matrimonio de D^a. Silvia y D. Edemiro , con los efectos que en el mismo se señalan. Firme esta resolución comuníquese al Encargado del Registro Civil, donde consta inscrito el matrimonio. Todo sin hacer expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora y demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 13 de Enero de 2011.



CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. M^a JOSÉ PÉREZ TORMO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a los de la presente.

PRIMERO.- Recurren ambas partes la sentencia de 1^a Instancia que ha atribuido la guarda y custodia de los hijos comunes a la madre con un amplio régimen de visitas paternofamiliar, ha atribuido el uso de la vivienda familiar a la Sra. Silvia , la cifra de 600 euros al mes como contribución del Sr. Edemiro a los alimentos de los dos hijos comunes, 18.000 euros como compensación económica a favor del demandado, sin acordar pensión compensatoria a su favor y ha denegado la división de la cosa común respecto de la vivienda que fue familiar.

Solicita la Sra. Silvia en su recurso que ambas partes abonen los gastos inherentes a la propiedad del domicilio familiar (ibi, impuesto de basuras y seguro de hogar) cuyo uso ella tiene atribuido; respecto del régimen de visitas acordado en sentencia se deje sin efecto la permanencia de los menores con los progenitores la mitad del día de los cumpleaños de los menores y el día de Reyes; que los períodos vacacionales se elijan en el mes de enero de cada año, en lugar de la semana de antelación que ha fijado la sentencia recurrida; y que la comunicación telefónica o por móvil, que ha acordado la resolución recurrida para el padre cuando los menores se hallen con la madre, se extienda también a la madre, cuando los niños estén con el padre. Se acuerde el pago de gastos extraordinarios por mitad entre ambos progenitores, pronunciando que la sentencia recurrida ha omitido, considerando como tales los libros, material escolar, actividades extraescolares u gastos médicos. No se establezca compensación económica por razón del trabajo a favor del Sr. Edemiro y se estime la división de la cosa común que la sentencia ha denegado.

El Sr. Edemiro solicita en su recurso que a él se atribuya la guarda y custodia de los dos hijos comunes, con un régimen de visitas a favor de la madre; que se concreten los períodos vacacionales en lugar de permitir la elección de los períodos a ambas partes; y para el caso de mantenerse la guarda y custodia a favor de la actora solicita la permanencia de los menores en su compañía las tardes de los lunes y miércoles con pernocta. Que a él se atribuya el uso de la vivienda familiar como consecuencia de la atribución de la guarda de los menores, y subsidiariamente, para el caso de mantenerse a favor de la madre, solicita que se le atribuya igualmente el uso de la vivienda por estar más necesitado de protección. Pide que expresamente se indique que en ejercicio de la patria potestad compartida que ambos progenitores ostentan sobre los hijos comunes cualquier cambio de residencia o colegio de los menores deberá ser consensuado por ambas partes o someterse a la decisión judicial. Para el caso de fijarse a su favor la guarda de los menores solicita la cifra de 600 euros como contribución de la madre a los alimentos de los hijos comunes, y ofrece 200 euros al mes si la guarda se mantiene a favor de la Sra. Silvia . Pide 700 euros como pensión compensatoria y 30.000 euros como compensación económica del art. 41 CF

El Ministerio Fiscal se opone a ambos recursos y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Las medidas que han de adoptarse en relación con los hijos han de estar presididas por el superior interés de los menores, como principio general recogido en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, y en la LO 1/1996, que ha tenido fiel reflejo en el art. 82.2 del Código de Familia .

La Juez de primera instancia, una vez analizado el conjunto de las pruebas practicadas, ha acordado atribuir la guarda de los hijos comunes con la madre, criterio que no es compartido por esta Sala.

Así, ha quedado acreditado que durante la convivencia familiar era el Sr. Edemiro quien se dedicaba al cuidado cotidiano de los menores en mayor medida que la actora. El Sr. Edemiro , con la importante ayuda de su madre, se encargaba de los hijos menores César y Raul por las tardes, aunque era la madre quien les llevaba por la mañana al colegio. Dado el amplio horario laboral de la Sra. Silvia que iniciaba su jornada laboral a las 9h hasta las 20 o 21h, era habitualmente el padre quien acudía a las reuniones con las tutoras de los menores, reuniones y fiestas escolares, según manifestaron las profesoras de los menores. Estas añadieron que cuando algún niño se ponía enfermo llamaban a la madre pero acudía el padre o la abuela paterna a recogerle.

Es evidente pues, que el núcleo familiar paterno ha sido un importante referente para los hijos comunes, sin que la relación afectiva que les une a su madre sea menos estrecha, y así consta en el informe de los servicios sociales del Ayuntamiento de Santa Coloma de Cervelló obrante al folio 393 de las actuaciones.

Es cierto pues, que tanto la relación paterno como maternofamiliar son buenas y ambas partes muestran una importante afectividad hacia sus hijos, así como éstos hacia ambos progenitores, pero en este caso es el entorno paterno, el Sr. Edemiro y la abuela paterna, quienes constituyen el más sólido referente para los dos



niños, tal como consta en el informe del SATAF de fecha 4 de marzo de 2009, obrante al folio 411 de las actuaciones.

En el mismo informe se hace referencia al problema mas importante que en este caso radica en la importante conflictividad que existe entre los progenitores, no existe comunicación entre ellos ni voluntad de cooperación y ambas partes se descalifican entre sí. Y lo que es peor, ninguno de los progenitores han preservado a los hijos del conflicto existente entre ellos. Tal situación se ha producido o quizá se ha agravado por la decisión adoptada en Auto de medidas provisionales en que se acordó la guarda y custodia compartida de manera que por semanas alternas las partes debían entrar y salir alternativamente del domicilio familiar, en el que permanecían los menores. Ello supuso una situación de crispación entre las partes por el estado en que quedaba la vivienda cuando salía un progenitor y tenía que entrar el otro, de manera que cuando los encargados de los servicios sociales visitaron la vivienda familiar pudieron observar que no tenía prácticamente decoración alguna, presentando un aspecto de frialdad importante, Carecía de calefacción y de agua caliente, porque según alegó la Sra. Silvia el butano le desaparecía por semanas, de manera que optaba por calentar el agua en la cocina para el baño de los menores. Tampoco había bombilla en el baño y se iluminaba con la luz que daba un calefactor, con el peligro que ello entrañaba. Constan en autos unas fotografías en las que se observa el importante desorden de la vivienda, a pesar de que en el informe de los servicios sociales se indica que cuando visitan el domicilio, está ordenado. Todo ello demuestra que las partes intentan molestarse dejando desordenada la vivienda cuando debe entrar a residir el otro progenitor, con la crispación que tal actuación implica y las nefastas consecuencias para la tranquilidad, el equilibrio y desarrollo armonioso de los menores.

El mismo informe del gabinete psicosocial indica que compartir la vivienda ha sido un elemento distorsionador que posiblemente ha proyectado de forma extrema las desavenencias parentales. Ello unido a que la red social de la población de Santa Coloma de Cervello, donde el Sr. Edemiro está mas enraizado que la actora, pues allí ha vivido siempre y allí habita toda su familia, ha hecho que la Sra. Silvia no se sienta a gusto y, tal como consta en autos, pase la semana que no le corresponda estar con los menores, en Barcelona, donde tiene su trabajo, una vivienda y a su familia, trasladándose también a esta población los fines de semana que tiene a los niños consigo. Anuncia además, en su recurso que acepta la atribución del uso de la vivienda familiar pero añade que no renuncia a su intención de trasladarse a residir a Barcelona, donde ya intentó matricular en un colegio a los menores pero el padre se adelantó, y los matriculó en Santa Coloma de Cervelló. Debe tenerse en cuenta que, tal como aconseja el Gabinete psicosocial, los menores precisan seguir vinculados a su entorno habitual, a la localidad en la que han residido siempre, con la familia extensa paterna que es su referente hasta ahora, su escuela, etc, En definitiva, al entorno al que se hallan habituados, pues precisan de la confianza y seguridad que ello les proporciona.

Así las cosas, esta Sala considera que el Sr. Edemiro puede proporcionarles en este momento una mayor estabilidad que la que puede ofrecer la Sra. Silvia , pues su entorno familiar extenso ha sido hasta ahora quien se ha ocupado en mayor medida del cuidado cotidiano de César y Raul. Los menores están habituados al colegio de Santa Coloma de Cervello, y en esta población realizan las actividades extraescolares y demás actividades sociales y familiares. La propia Sra. Silvia manifestó a los profesionales del SATAF que mantenía un posicionamiento abierto en cuanto a la posibilidad de atribuir la custodia de los menores al padre, con la ayuda de la abuela paterna, tal como consta en el informe obrante en autos, y así de esta manera ella pasaría a vivir a Barcelona, que tal como se trasluce del expediente, es su intención.

Por todo ello, esta Sala acuerda atribuir la guarda y custodia de los hijos comunes al padre, con un amplio régimen de visitas para la Sra. Silvia , pues ambos progenitores son importantes referentes para los menores, y por tanto deben mantener un estrecho y frecuente contacto con ambos.

TERCERO. - En cuanto a la petición efectuada por el Sr. Edemiro de que se indique expresamente en la sentencia que cualquier cambio de residencia o colegio de los menores sea adoptada de común acuerdo entre los padres o subsidiariamente, sea la autoridad judicial quien decida, así debe acordarse, pues como cotitulares que son ambas partes del potestad parental sobre ambos menores, deben ambos decidir sobre todas las medidas de importancia en la vida de los hijos comunes; y en caso de disconformidad cualquiera de ellos podrá plantear a la decisión judicial la controversia que surja en el ejercicio de sus funciones parentales.

CUARTO. - Respecto del régimen de visitas de los menores con su madre, se acuerda un régimen amplio normalizado de fines de semana, desde la hora de salida del colegio del viernes hasta la hora de entrada al centro escolar el lunes, ampliándose en caso de "puente" escolar, y una tarde intersemanal con pernocta con la madre, concretándose en los jueves, salvo otro acuerdo de las partes. Asimismo se acuerda la permanencia de los hijos comunes con la madre la mitad de las vacaciones de Navidad, semana santa y verano por quincenas.

En la sentencia recurrida se ha establecido que las partes puedan elegir de forma alterna, con frecuencia anual, los periodos vacacionales que les interesa disfrutar de la compañía de los hijos comunes; y ambos han puesto



de manifiesto los problemas y diferencias que ello ha producido, aumentando los problemas entre ellos, por lo que ahora y para resolver tal situación, se acuerda dejar fijado desde este momento el reparto del tiempo de los menores de sus períodos vacacionales a fin de evitar en lo posible las continuas diferencias y como consecuencia de ello, el mantenimiento y excusas para mantener la crispación en la relación entre las partes.

Por ello se acuerda que los años acabados en cifra par corresponderá al padre la primera mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y primeras quincenas de los meses de julio, agosto y días vacacionales de septiembre, y a la madre la segunda mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y desde el día 24 de junio al 31 y segundas quincenas de julio y agosto. Los años acabados en cifra impar corresponderá al padre la segunda mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y desde el día 24 de junio al 31 y segundas quincenas de julio y agosto, y a la madre la primera mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y primeras quincenas de los meses de julio, agosto y días vacacionales de septiembre.

Se estima por tanto la petición del Sr. Edemiro sobre este extremo de la sentencia, siendo ya innecesario hacer pronunciamiento alguno sobre la petición de ampliar el período de elección de las vacaciones escolares de los menores que solicitaba la actora.

Se deja sin efecto el reparto del día de cumpleaños de los menores que no siempre será festivo, pudiendo cada progenitor celebrar tal festividad cuando tenga consigo al hijo común en régimen de estancia.

En cuanto al día de Reyes, se estima en parte la petición de la recurrente, pudiendo los menores permanecer con el progenitor con el que no le corresponde estar en régimen de visita, durante tres horas, de 11h a 14h.

Debe también estimarse la petición de la Sra. Silvia y reconocerse para ambos progenitores el derecho a comunicarse con los hijos comunes cuando éstos estén en compañía del otro progenitor.

Se hace innecesario resolver el recurso planteado por el Sr Edemiro sobre la tarde intersemanal que le corresponde tener a los hijos consigo, que la sentencia fijó en los jueves, pues esta es la tarde que se ha concretado para que estén en compañía de la madre.

QUINTO.- En cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, sita en c/ DIRECCION000 nº NUM000 de Santa Coloma de Cervelló, cuyo uso se ha atribuido a la actora pues a su favor se ha fijado en la sentencia recurrida, la guarda y custodia de los hijos comunes, debe ahora fijarse a favor del padre pues a él se atribuye la guarda de los hijos comunes, de conformidad a lo previsto en el art. art. 83, 2 a) del Código de Familia que establece que se atribuirá, si hay hijos, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta.

En cuanto a los gastos inherentes a la propiedad de la vivienda, respecto de los que solicita la Sra. Silvia sean asumidos por mitad por ambos copropietarios, tal como esta Sala ha dicho en reiteradas resoluciones, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 562-11 y 561-12 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña que regula los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación, los gastos de la vivienda que sean individualizables y deriven de su utilización serán abonados por quien ostenta el uso de la vivienda que fue familiar (gastos ordinarios de comunidad de propietarios, así como los gastos de conservación, mantenimiento, y reparación ordinaria y suministros como, agua, gas, electricidad, teléfono) por ser una repercusión de los gastos del uso ordinario del inmueble, que no deben ser soportados por quien no tiene atribuido tal uso de la vivienda; y los gastos extraordinarios (impuestos como IBI, seguro de hogar unido a la hipoteca etc y gastos de reparaciones extraordinarias) por el o los propietarios, por afectar estos a la propiedad. Siendo ambas partes titulares de la vivienda a ambos corresponde por mitad, asumir tales gastos.

SEXTO.- La obligación alimenticia que establece el art. 259 del Código de Familia, debe ser compartida por ambos progenitores, fijándose en proporción a las necesidades alimenticias de los menores, y las posibilidades y medios de quien ha de prestar los alimentos, atendiendo al binomio necesidad de quien ha de recibir los alimentos y posibilidad de quien o quienes deban prestarlos; y si son más de una las personas que deben satisfacerlos, en este caso los progenitores de forma mancomunada, la carga se ha de distribuir, según sus respectivos recursos y posibilidades, conforme establece el art. 264,1 del mismo texto legal.

De la prueba practicada se ha acreditado que el Sr. Edemiro tiene unos ingresos de unos 1.200 euros por dieciséis mensualidades al año. No tiene otros ingresos, según reconocen ambas partes, y debe asumir el pago de la mitad de la hipoteca que grava la vivienda familiar de 610 euros al mes aproximadamente, además de los gastos referidos a su propia manutención y la de los menores, con la ayuda alimenticia de la madre. Es cotitular con la actora del domicilio familiar, cotitular con su hermano de una casa en Corbera de Llobregat, y tiene una octava parte de la vivienda de Sant Boi en la que vive su madre, por herencia de su padre.

La situación económica de la Sra. Silvia no es tan clara. Tenía un despacho en su vivienda de las Ramblas de Barcelona, dedicado a gestoría y asesoría laboral y fiscal, con unos importantes ingresos, tal como se desprende de los movimientos de sus cuentas bancarias. Se ha acreditado en autos que es titular de una cuenta en la Caixa de Pensions, 7 cuentas en Open Bank, una cuenta en Citibank y dos cuentas en ING Direct. Desde estas cuentas se han efectuado importantes transferencias, respecto de las que la actora alega que corresponden a ingresos de sus clientes, de sus padres, o de la venta de una vivienda de c/ Lluch. Es además, cotitular, junto con su hermana, de una casa en Cervera, gravada con una hipoteca, dos casas en las Ramblas de Barcelona, una plaza de aparcamiento en Badalona y cotitular, con el demandado, del domicilio familiar, sito en Santa Coloma de Cervelló. Ahora bien, cuando se le pregunta por sus ingresos mensuales o anuales, en la Comparecencia de medidas provisionales, con respuestas claramente evasivas, manifiesta que no recuerda cuánto gana, con las consecuencias legales que para tal tipo de contestaciones prevé la LEC.

Ahora alega que trabaja por cuenta ajena y cobra 1.300 euros al mes, y aporta para acreditarlo un contrato indefinido a tiempo completo de fecha 12.-12-08, sin dar explicación suficiente a juicio de esta Sala, del cambio de su actividad laboral, dados los importantes ingresos que le generaba su profesión.

Los menores, de 8 y 5 años de edad en este momento, tienen los gastos de alimentación, vestido, libros, material escolar, sanidad, farmacia, acuden a un colegio público, y tienen otros gastos de difícil cuantificación referidos a ocio, además de los derivados de la contribución a los gastos de la vivienda que ocuparán con su padre, entre otros.

Ante la situación económica descrita esta Sala considera adecuado cuantificar la aportación materna a los alimentos de los menores en 600 euros con estimación del recurso planteado por el demandado sobre este extremo de la sentencia.

SÉPTIMO. - Ambas partes reclaman que se fije por mitad el pago de los gastos extraordinarios de los menores, petición que debe acordarse, entendiéndose por tales gastos los que excedan de la naturaleza de gasto ordinario, que no sean habituales y sean imprevisibles en este momento, y no periódicos, siempre que sean necesarios o consensuados por ambas partes, o en caso de discrepancia, decididos por la autoridad judicial; así como los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social o mutua médica privada.

No tienen la consideración de gasto extraordinario los gastos de libros ni material escolar, como pretende la actora, pues tales gastos son incardinables entre los gastos necesarios para la formación de los menores, incluidos por tanto, en los alimentos ordinarios, tal como establece el art. 259 del Código de Familia. Tampoco tienen la naturaleza de gasto extraordinario las actividades extraescolares que se deben considerar gasto ordinario pues se realizan cada año, de manera que no pueden considerarse imprevisibles y su devengo es asimismo periódico.

OCTAVO. - Se opone la Sra. Silvia a la compensación económica por razón del trabajo prevista en el art. 41 CF que la sentencia recurrida ha establecido a favor del demandado, y aduce que tal petición se introdujo en el proceso mediante una reconvencción implícita, de la que no se le dio traslado para contestar, produciéndole por tanto, indefensión. Al inicio del acto de la Vista hizo tal manifestación, solicitando que se denegara tal petición.

La parte demandada alega que la actora no recurrió la providencia en la que se admitió a trámite la contestación a la demanda, de manera que ha precluido la posibilidad de oponerse su petición.

Así, introdujo la parte demandada una petición ex novo en su contestación a la demanda que no debió ser examinada pues la reconvencción, de conformidad a lo previsto en el Art. 770,2º LEC en cuanto a medidas definitivas sobre las que no deba haber pronunciamiento de oficio, debe formularse de forma explícita junto con la contestación a la demanda y debe tener la forma que para la demanda fija el Art. 399, tal como establece el Art. 406.3, todos ellos de la LEC. Por tanto debe dejarse sin efecto la compensación económica del art. 41 CF que se ha fijado en la sentencia recurrida.

NOVENO. - Se alza el Sr. Edemiro contra el pronunciamiento que ha denegado la pensión compensatoria que solicita en cuantía de 700 euros al mes, con el límite de 5 años, petición que debe ser asimismo desestimada, por el mismo argumento de la compensación económica del art. 41 CF, ya que tal petición se introdujo en el proceso mediante una reconvencción implícita, lo que impidió a la parte actora hacer sus manifestaciones al respecto, produciéndole así indefensión.

DÉCIMO. - Solicita la parte actora la división de la cosa común respecto de la vivienda que fue familiar, sita en c/ DIRECCION000 nº NUM000 de Santa Coloma de Cervelló, acumulándose dicha acción a la instada de divorcio, conforme a lo previsto en el Art. 43 del Código de Familia, que permite dicha acumulación respecto de los bienes que ambas partes tengan en pro indiviso., petición que ha sido desestimada por la Juzgadora "a quo" al considerar que "existe una seria oposición por el marido" a tal división del bien común.



A este respecto establece el art 551-1 CCC regulando la "Actio Communi dividundo", "Hi ha comunitat quan dues persones o més comparteixen de manera conjunta i concurrent la titularitat de la propietat o d'un altre dret real sobre un mateix bé o un mateix patrimoni." Y añade el art. 552-10 del mismo texto legal " Qualsevol cotitular pot exigir, en qualsevol moment i sense expresar-ne els motius, la divisió de l'objecte de la comunitat."

En el caso de autos se ha acreditado la cotitularidad proindiviso de ambas partes respecto de la que fue vivienda familiar mediante la correspondiente escritura de compraventa acompañada con la demanda, y se ha ejercitado la acción de división acumulada a la de divorcio, de acuerdo al art. 43 del Codi de Família, por lo que no puede desestimarse tal petición.

Ahora bien, no puede olvidarse, como indican las Sentencias del TS de fechas 14 de julio 1.994 y 16 de diciembre de 1.995 , "...que ese derecho divisorio subsigue a la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica, que ha acontecido a resultas del proceso de separación personal de los cónyuges". Atribuido el uso del domicilio que ha sido familiar por una sentencia matrimonial, "cualquier ulterior vicisitud que padezca esa vivienda, habrá de quedar debidamente garantizado so pena de vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente.

Hay que coordinar y compaginar las situaciones jurídicas y derechos de ambas partes, esto es, la del mantenimiento del derecho de uso de la vivienda familiar preexistente, que se ha otorgado al demandado, en tanto se mantenga la situación por la que se le concedió aquel uso sobre el bien cuya división se solicita, esto es, en tanto tenga atribuida la guarda y custodia de los hijos comunes, y será tras el correspondiente procedimiento de modificación de efectos de sentencia por cambio de circunstancias que se deje sin efecto aquel gravamen.

La sentencia nº 13 de 29 de marzo de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , haciendo referencia a la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, indica que se ha de separar radicalmente el ejercicio de la actio comuni dividundo de las medidas acordadas en proceso matrimonial, y la sentencia de 26 de abril de 2002 del TS , que evoca la del mismo Alto Tribunal de 27 de diciembre de 1999, que contiene un estudio de la evolución jurisprudencial al respecto, establece que: "...si bien el titular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, excónyuge en virtud de sentencia de divorcio. Por tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que solo puede ser modificado por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó."

La acción de división de la cosa común nunca puede ir en detrimento del uso que en favor de un cónyuge se haya otorgado en un proceso matrimonial, pues con aquel pronunciamiento se protegen intereses superiores a los estrictamente económicos y patrimoniales.

Por todo ello se acuerda la división de la cosa común de la vivienda que fue familiar de las partes de este proceso, sita en c/ DIRECCION000 nº NUM000 de Santa Coloma de Cervelló, con respeto a la atribución de su uso que se ha hecho a favor del Sr. Edemiro .

Aún cuando se reconoce el derecho de la actora y se proceda a la ejecución divisoria, no puede afectar ni erosionar el derecho de uso concedido por sentencia matrimonial.

Debe por tanto, declararse coexistentes los derechos de ambas partes, esto es el derecho a la división, liquidación y división del bien común, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de uso concedido al Sr Edemiro , en esta sentencia de divorcio.

DECIMO PRIMERO. - Estimándose en parte ambos recursos de apelación, no procede hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de esta alzada, conforme a lo dispuesto en el Art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por Doña. Silvia y Edemiro contra la sentencia de fecha ocho de junio de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sant Boi de Llobregat , debemos revocar y revocamos dicha resolución en lo que se refiere a la guarda y custodia de los hijos comunes, que se atribuye al padre, Sr. Edemiro .



La potestad parental sobre los hijos menores será compartida por ambos progenitores de manera que deberán consensuar, entre otros aspectos de importancia de la vida de los menores, los cambios de residencia o colegio y en caso de desacuerdo cualquiera de ellos podrá plantear la controversia ante la autoridad judicial para su resolución.

Los menores permanecerán con la Sra. Silvia los fines de semana, desde la hora de salida del colegio del viernes hasta la hora de entrada al centro escolar el lunes, ampliándose en caso de "puente" escolar, y una tarde intersemanal con pernocta, concretándose en los jueves, salvo otro acuerdo de las partes. Asimismo se acuerda la permanencia de los hijos comunes con la madre la mitad de las vacaciones de Navidad, semana santa y verano por quincenas. De manera que los años acabados en cifra par corresponderá al padre la primera mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y primeras quincenas de los meses de julio, agosto y días vacacionales de septiembre, y a la madre la segunda mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y desde el día 24 de junio al 31 y segundas quincenas de julio y agosto. Los años acabados en cifra impar corresponderá al padre la segunda mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y desde el día 24 de junio al 31 y segundas quincenas de julio y agosto, y a la madre la primera mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa y primeras quincenas de los meses de julio, agosto y días vacacionales de septiembre.

Se deja sin efecto el reparto del día de cumpleaños de los menores y en cuanto al día de Reyes, se estima en parte la petición de la recurrente, pudiendo los menores permanecer con el progenitor con el que no le corresponde estar en régimen de visita, durante tres horas, de 11h a 14h.

Debe también estimarse la petición de la Sra. Silvia y reconocerse para ambos progenitores el derecho de comunicación con los hijos cuando éstos estén en compañía del otro progenitor.

Se atribuye el uso de la vivienda familiar al Sr. Edemiro , en tanto tenga atribuida la guarda y custodia de los hijos comunes.

Los gastos de la vivienda que sean individualizables y deriven de su utilización serán abonados por quien ostenta el uso de la vivienda que fue familiar (gastos ordinarios de comunidad de propietarios, así como los gastos de conservación, mantenimiento, y reparación ordinaria y suministros como, agua, gas, electricidad, teléfono) y los gastos extraordinarios (impuestos como IBI, seguro de hogar unido a la hipoteca etc y gastos de reparaciones extraordinarias) serán sufragados por ambas partes.

La Sra. Silvia entregará al Sr. Edemiro la cantidad mensual de seiscientos euros (600 euros) para su administración, por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y doce mensualidades al año. Dicha cantidad será anualmente actualizada según el IPC que fije el INE u organismo que lo sustituya, calculándose el aumento anualmente de forma acumulativa, y automáticamente por el obligado al pago, sin necesidad de previo requerimiento. Dicha cantidad se ingresará en la libreta o cuenta corriente que el receptor designe al efecto. Asimismo se acuerda el pago por mitad entre ambos progenitores de los gastos extraordinarios de los hijos comunes.

Se deja sin efecto la compensación económica del art. 41 CF fijada en la sentencia recurrida, a favor del Sr Edemiro .

Se acuerda la división de la cosa común respecto de la vivienda que fue familiar, sita en c/ DIRECCION000 nº NUM000 de Santa Coloma de Cervelló, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de uso concedido al Sr Edemiro .

Se confirma en lo demás la sentencia recurrida, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada procedimental.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.