

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1  
SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (MADRID)

PROCEDIMIENTO: Medidas Provisionales Coetáneas a la Demanda de Divorcio /14

Parte demandante: DÑA. SUSANA [REDACTED]  
Procurador: DÑA. [REDACTED]  
Parte demandada: D. ANTONIO [REDACTED]  
Procurador: D. MARÍA ANTONIA PASTOR PEGUERO

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
- 2 JUL 2014	- 3 JUL 2014
DELEGACIÓN S.L. DEL ESCORIAL	
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000	

**AUTO**

En San Lorenzo de El Escorial, a veintisiete de junio de dos mil catorce.

**HECHOS**

**Primero.-** La Procuradora Dña. Alicia [REDACTED], en nombre y representación de Dña. Susana [REDACTED], formuló, mediante escrito presentado ante el Juzgado Decano de los de este partido en fecha 30 de octubre de 2013, demanda de divorcio contra D. Antonio [REDACTED] representado en autos por la Procuradora Dña. María Antonia Pastor Peguero, en la que asimismo y, por tanto, de forma coetánea interesaba la adopción de medidas provisionales.

En el seno del matrimonio que aquéllos formaban nacieron cuatro hijos todavía hoy menores de edad: [REDACTED], nacida el día [REDACTED] de 2001, [REDACTED], nacido el día [REDACTED] 2003, [REDACTED], nacida el día [REDACTED] de 2005, y [REDACTED], nacida el día [REDACTED] 2012.

**Segundo.-** Turnada que fue por orden de reparto la indicada demanda a este órgano judicial, la misma fue admitida a trámite y dispuesta la formación de pieza separada para la sustanciación de las interesadas medidas provisionales coetáneas, siendo convocadas las partes y el Ministerio Fiscal a la comparecencia prevista en el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para lo que fueron citados con las advertencias previstas en la ley.

**Tercero.-** A la comparecencia asistieron ambas partes con las preceptivas asistencias técnicas, no así el representante del Ministerio Fiscal.

Tras ratificar su petición de medidas provisionales coetáneas la parte actora, la demandada contestó a la misma oponiéndose a la práctica totalidad de las medidas interesadas de adverso, solicitando ambas el recibimiento del pleito a prueba.

Mª ANTONIA PASTOR PEGUERO  
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES  
SAN LORENZO DE EL ESCORIAL Y COLLADO VILLALBA  
C/ Francisco Muñoz, 3 - 3º B  
28200 San Lorenzo de El Escorial  
T/F 918 908 671  
pastorpeguero.procuradora@gmail.com

Seguidamente fue practicada conforme a las previsiones legales, acudiendo asimismo a la contenida en el primer párrafo in fine del artículo 771.3 al que remite el artículo 773 de la LEC, la prueba que por ser estimada útil y pertinente para la resolución de las cuestiones controvertidas resultó admitida, consistente en documental por reproducida, más documental, interrogatorio de parte únicamente en cuanto al demandado y exploración de los dos hijos mayores de los cuatro menores de edad comunes a las partes, quedando, una vez las partes, inclusión hecha del Ministerio Fiscal, hubieron formulado conclusiones orales y escritas sobre el conjunto de la prueba materializada, las actuaciones conclusas y vistas para resolver.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.-** En el ámbito de la **regulación sustantiva** dispone el **artículo 102 del Código Civil (CC)** que "Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil."

Por su parte, el **artículo 103 del mismo cuerpo legal** establece que "Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (...)

2ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3ª Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las litis expensas, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4ª Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieren en lo sucesivo.

5ª Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio."

**Segundo.-** Desde la perspectiva procesal, el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) reza en los siguiente términos literales: "1. El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad. También podrán ambos cónyuges someter a la aprobación del tribunal el acuerdo a que hubieren llegado sobre tales cuestiones. Dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que pueda adoptar el tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas.

2. Admitida la demanda, el tribunal resolverá sobre las peticiones a que se refiere el apartado anterior y, en su defecto, acordará lo que proceda, dando cumplimiento, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil.

3. Antes de dictar el Tribunal la resolución a que se refiere el apartado anterior, el Secretario Judicial convocará a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se sustanciará conforme a lo previsto en el artículo 771.

Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno. (...)

5. Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo."

**Tercero.-** Las declaraciones y manifestaciones efectuadas por las partes, bien en el escrito rector de la litis bien en el acto de la comparecencia, evidenciaron su falta de acuerdo, haciendo recaer la controversia sobre la práctica totalidad de las medidas sobre las que la presente resolución está llamada a pronunciarse, excepción hecha de lo atinente al cese de la convivencia y efectos asociados a ello y a la patria potestad sobre los cuatro hijos menores de edad que comparten ( [redacted] 2001, [redacted] 2003, [redacted] 2005, y [redacted] 2012) que ambas partes interesan sea ejercida de manera conjunta.

La pugna entonces recae sobre el sistema y titulares o titular de la guarda y custodia, con consiguiente régimen de visitas y estancias a favor del excluido del todo o en períodos alternos de tal función tuitiva o progenitor no custodio en cada caso, y contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Se ha de tomar como inevitable punto de partida la consideración a que el principio que ha de regir siempre las decisiones a adoptar en relación con los hijos menores de edad es el del «favor filii», siendo en todo caso el interés del menor el que habrá de ponderarse para señalar, entre otras disposiciones, el modo de ejercicio de la patria potestad y el sistema de guarda y custodia a favor de uno u otro progenitor o de ambos, principio que informa los artículos 92 y 103 del Código Civil (CC)

Habida cuenta lo peticionado y alegaciones vertidas en el seno de la causa, se ha de establecer **el ejercicio conjunto y compartido por ambos progenitores de la patria potestad** sobre los cuatro hijos comunes menores de edad, por lo que **todas las decisiones de importancia que deban adoptarse en relación a ellos serán tomadas de común acuerdo por los padres y en caso de discrepancia será el juez el que acuerde lo procedente (art. 156 del CC), debiendo entenderse, entre otras, en todo caso como tales decisiones relevantes en la vida de los niños aquellas atinentes a los cambios de domicilio y colegio, actividades extraescolares a desarrollar por los mismos, salidas del territorio nacional y comunidad autónoma en que residan y absolutamente todo lo concerniente a la salud y asistencia médica o facultativa de cualquier especialidad sanitaria que hubiere de prestarse a los menores.**

Aquel concepto de beneficio para los menores ha de entenderse, en concreto en cuanto a la **guarda y custodia**, relacionado con el interés judicialmente protegible de que ésta sea atribuida al progenitor cuya convivencia les procure y permita un mejor desarrollo psico-afectivo, por un lado, y socio-escolar, por otro, instrumentándose el régimen de visitas como un mecanismo complementario para dicho desarrollo integral, mediante el mantenimiento de las relaciones afectivas que unen a los hijos menores con el progenitor con el que no conviven en el domicilio familiar.

Puede afirmarse que dicho interés constituye el límite y punto de referencia último de ambas instituciones y de su propia operatividad y eficacia y aun cuando es cierto que no cabe confundir los términos, esto es, el interés de los menores no siempre tiene que coincidir con lo que éstos consideren que es mejor para ellos, también lo es que es al juzgador al que le corresponde, teniendo en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinar cuál es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés.

A la hora de decidir a cuál de los progenitores deber atribuirse la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando sus padres se separan, pues como ya declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de marzo de 1989, "es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad", pronunciándose en el mismo sentido las Sentencias de fechas 11 de octubre de 1991 y 12 de febrero de 1992, que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina de que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres por el criterio fundamental del

relevante "favor filii" (arts. 92, 103, 154 y 159 del Código Civil) los acuerdos sobre su cuidado y educación y demás cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas "siempre en beneficio de los hijos", como taxativamente expresa el primero de los preceptos legales citados.

Principio éste igualmente reconocido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia, como son: la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir educación; la Resolución de 29 de mayo de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que subrayó que "en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos"; el Consejo de Europa en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños de 1980, basa su contenido en que "la instrucción de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés de los niños."; la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990.

El interés de los niños no debe ser medido, exclusivamente, bajo parámetros de confort material o mantenimiento del statu quo, pues se ha de tener presente tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, cuanto el interés subjetivo, que corresponde a cualquier ventaja identificada con una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor.

El superior interés a que viene haciéndose referencia, único criterio a valorar, deberá concretarse a la luz de las circunstancias que concurren en los padres; al objeto de determinar quién va a procurar a los menores de forma más favorable el cuidado, atención y equilibrio que los mismos necesitan sin olvidar tampoco la situación de igualdad en que «a priori» se encuentran el padre y la madre y sin que sea por sí solo el sexo determinante de mayor o mejor aptitud para ello que justifique su atribución.

En el supuesto sometido a decisión judicial, la madre impetra la atribución a su favor de la función tuitiva que viene examinándose, postulando el demandado en pro del ejercicio compartido de la guarda y custodia, informando en sentido favorable a aquello el Ministerio Público.

Con este cuadro de pretensiones como punto de partida, esta juzgadora estima como más ajustado y acorde al superior interés de [REDACTED] el establecimiento de un **sistema de guarda y custodia compartida**, dando, en consecuencia, favorable acogida, aun provisoria, a lo instado por el progenitor masculino, ello en las concretas condiciones y con sustento en los argumentos que se expondrán de los que obligadamente han de excluirse otros intereses, puramente materiales, que pudieran estar moviendo a las partes en la concreción de sus peticiones en cuanto a los cuatro menores.

No puede obviarse en relación al sistema de guarda y custodia compartida el tenor literal de los apartados quinto y octavo del artículo 92 del Código Civil que rezan en los siguientes términos "5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.(...) 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe 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." *(El inciso "favorable" contenido en el apartado 8º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno de 17 de octubre de 2012).*

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2013 declaró que la guarda y custodia compartida no debe estimarse como excepción sino como regla general. La Sala recuerda que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, la adopción del régimen de guarda y custodia compartida ya no depende del informe favorable del Fiscal sino, únicamente, de la valoración que merezca al Juez la adecuación de dicha medida al interés del menor, siendo punto de partida que la guarda y custodia compartida no es lo excepcional sino que debe ser la regla general siempre que no resulte perjudicial para el menor, pues "el mantenimiento de la potestad conjunta resulta sin duda la mejor solución para el menor en cuanto le permite seguir relacionándose establemente con ambos padres."

Sentados estos postulados, la Sala concluye que la adopción de la medida de la guarda conjunta, además de exigir petición de parte (de ambos progenitores o de al menos uno de ellos), requiere la constatación de que esta no resulta perjudicial sino conveniente para el interés del menor, para lo que deben concurrir determinados requisitos expuestos con reiteración por la Sala y que nuevamente se afirman en la Sentencia con valor de doctrina jurisprudencial.

Estos requisitos son los siguientes: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar."

El legislador contempla el régimen de guarda y custodia compartida para aquellos supuestos en los que bien se estime el único cauce para salvaguardar el bienestar de los menores bien todos los implicados se hallaran conformes con él, y ello sobre la base lógica de que para su adecuado y pacífico cumplimiento es indispensable un correcto y

completo entendimiento entre quienes pasan a vivir separados, para así evitar convertir el sistema en una constante fuente de conflictos con inevitable repercusión en los menores, como también que las circunstancias en presencia no impliquen para el menor un cambio total de entorno social, educativo y familiar.

La anunciada resolución sobre este extremo, a favor del sistema de guarda y custodia compartida, toma inevitablemente como marco la normativa e interpretación doctrinal expuestas y como criterios rectores aquellos en los que viene insistiéndose, debiendo recaer sobre ambos progenitores la titularidad de esta función tuitiva, por estimar sin duda este régimen el más beneficioso y garantista para los cuatro hijos comunes menores de edad en atención al conjunto de circunstancias en presencia y reglas establecidas de hecho por la unidad familiar en su desarrollo tras la ruptura de la pareja sin inicial interrupción de la convivencia. Esta decisión y medida halla sustento en los siguientes datos extraídos de la valoración racional y conjunta del acervo probatorio puesto a disposición de esta juzgadora, con valor esencial del escenario de relación familiar descrito por ambos progenitores y los dos hijos de mayor edad de los cuatro comunes:

- Padre y madre han permanecido al cuidado cotidiano de los cuatro menores desde su nacimiento, siendo ambos figuras de referencia pues han contribuido y se han ocupado plenamente de los hijos durante su tiempo de vida, cubriendo sus necesidades básicas, tanto afectivas y emocionales, como alimenticias y educacionales, aun con mayor tiempo material de dedicación por la madre dado que optó por no trabajar fuera de casa.

- La madre no ha ofrecido más razón en contra del sistema de guarda y custodia compartida que la atinente a haber sido ella la que se ha venido ocupando en mayor medida de los niños, proponiendo inicialmente no obstante un régimen de visitas muy amplio con dos visitas intersemanales, una de ellas con pernocta de los menores con el padre. En cuanto a la intensidad de la implicación de cada uno de los progenitores en la crianza y vida cotidiana de los niños tan solo se contó con las meras manifestaciones de parte claramente antagónicas, sin obviar, como se expondrá, lo narrado sobre este extremo por los dos menores explorados.

- De los cuatro hijos comunes fueron oídos, como viene refiriéndose, los dos de mayor edad. [REDACTED] (de 2001) relató con mucha claridad que su padre a veces se pone nervioso cuando se encuentra a cargo de los cuatro hermanos, que a ella le toca cuidar demasiado de su hermana pequeña pero que confía en que su padre se haga con la situación, que le gustaría vivir con su madre y ver a su padre los fines de semana, que cuando pasaron el período vacacional de Semana Santa con su padre estuvieron bien. [REDACTED] por su parte comenzó diciendo que querría vivir con su madre y ver a su padre los fines de semana y entresemana para luego reconocer que eso es lo que quiere su madre pero que a él le gustaría estar media semana con cada uno de sus padres, el mismo tiempo con uno que con otro.

- Ambos progenitores cuentan con condiciones personales, sociales, laborales y horarios adaptables y compatibles con los de los menores y sus necesidades de todo orden, recordando como es sabido, que es preferible y más recomendable que siempre



que sea factible sean los progenitores los que atiendan a los menores, si bien esto no siempre es dable incluso en parejas que conviven.

- A ello ha de sumarse inevitablemente la impresión transmitida a esta juzgadora por el conjunto de elementos traídos al proceso e intervenciones personales en el mismo, acerca de que la madre ha venido transmitiendo el conflicto y haciendo partícipes de él a los hijos, al menos a los que fueron llamados al proceso, conducta respecto a la que ha de conjurarse el riesgo de su perpetuación, pues en ningún caso puede perderse de vista que se trata de niños a los que restan muchos años para alcanzar la mayoría de edad, momento al que se asocia su plenitud intelectual y capacidad para adoptar decisiones con pleno conocimiento de causa también en cuanto al modo de articular la relación con sus padres. Constituye esta sede de medidas provisionales la oportunidad de evitar el peligro de exclusión del padre de la vida cotidiana y el tiempo de toda naturaleza, lectivo y de ocio, de los hijos común, sin olvidar asimismo que trascendida la situación de cohabitación familiar el tránsito a la nueva planteada y su estabilización exige un tiempo de adaptación de todos los integrantes de la familia al nuevo marco o contexto familiar.

Es por todo ello que procede acordar el **ejercicio compartido de la guarda y custodia por períodos semanales, con inicio y fin el viernes a la entrada y salida del colegio o a las 10.00 horas si fuera festivo**, siendo los progenitores los que acudirán a recoger a los menores al centro escolar o al domicilio de aquél con quien se encuentren. No obstante lo anterior, los días festivos intersemanales que se unan al fin de semana, serán disfrutados por el cónyuge al que corresponda tal fin de semana, alargando la estancia con los niños hasta el final de los días no lectivos en los mismos horarios y sistema de recogida.

A ello se sumará el **régimen de visitas** que se expondrá a favor de uno y otro en cada caso. Su determinación ha de estar igualmente armonizada por el principio de interés del menor, en el que se inspira el artículo 94 del CC, en virtud del cual, el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores gozará del derecho de visitarles, comunicar con ellos y tenerles en su compañía. En el presente caso, con el mismo se trata de procurar que los niños no vivan el régimen de guarda y custodia compartida como un sistema de períodos semanales estancos durante los que se interrumpa el contacto con el progenitor que no ejerce la guarda y custodia, como también que ambos padres y los niños compartan lapsos temporales sucesivos y muy próximos entre sí, fomentando así entre ellos un vínculo de confianza, afecto y amistad y estimular su formación integral como espíritu y guía del ejercicio de la patria potestad (arts. 154 y ss. del CC).

Así, aquel régimen consistirá, siempre que lo permitan las actividades escolares y extraescolares de los menores y su descanso, y sin perjuicio de que ambos progenitores de común acuerdo y en aras al mejor desenvolvimiento del expuesto régimen puedan modificar el mismo en lo necesario, y atendidas las alegaciones de los litigantes, las edades de los menores (13, 11, 8 y 1 año), y las particularidades del caso antes expuestas, en lo siguiente:

- Cada progenitor permanecerá en compañía de los menores durante la semana que no ejerza la guarda y custodia los miércoles desde la salida del colegio o guardería y hasta las 20.00 horas, con recogida y entrega de los menor en el colegio o guardería y domicilio del progenitor al que corresponda la guarda y custodia esa semana



respectivamente. En caso de que se trate de miércoles festivo la visita intersemanal se trasladará al día inmediato anterior o posterior que sea posible.

- Los meses de julio y agosto, integrados en las vacaciones escolares estivales, se dividirán por quincenas a disfrutar alternativamente por ambos progenitores, con inicio y fin a las 17.30 horas de los días 1, 15 y 31 de julio y 15 y 31 de agosto, observándose durante los días de junio y septiembre del período vacacional de verano el régimen habitual establecido en párrafos anteriores.

- Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos períodos: el primero desde la salida del colegio el último día de clase hasta las 17.30 horas del día 30 de diciembre y el segundo desde este último momento hasta las 17.30 horas del día 6 de enero.

- Las vacaciones escolares de Semana Santa serán disfrutadas íntegras y de forma alternativa por cada uno de los progenitores, comprendiendo desde la salida del colegio el último día de clase hasta el primer día de clase a la hora de su comienzo, con recogida y entrega en el centro escolar.

- En defecto de acuerdo corresponderá elegir los períodos vacacionales a disfrutar al padre los años pares y a la madre los impares.

- Las recogidas de los menores, salvo los supuestos referidos en los que se verificarán en el centro escolar, se llevarán a cabo en el domicilio paterno o materno donde los mismos se hallen.

- El progenitor que se encuentre con los menores propiciará y facilitará en todo momento la comunicación con el otro, siempre que ello no obstaculice las actividades y descanso de los hijos, permitiendo las visitas a los mismos en el caso de que estuvieran enfermos, atendiendo siempre a lo dictaminado por los servicios médicos.

- El progenitor que en cada caso se halle a cargo de los menores informará de manera inmediata y cumplida al otro de cuantos asuntos relevantes afecten a la vida de los niños y, en todo caso, de lo concerniente a la salud y asistencia médica o facultativa de cualquier especialidad sanitaria que hubiere de prestarse a los mismos.

**Cuarto.-** En orden a la contribución de los progenitores, en este caso ambos custodios, al sostenimiento de los cuatro hijos comunes (art. 103.3 del CC) exige el artículo 93 del mismo cuerpo legal la acomodación de tales prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento sin que la situación de separación de los padres exima a éstos de sus obligaciones para con los hijos como preceptúa el artículo 92 del CC. Deberá cuantificarse la **pensión de alimentos** sobre la base de lo que sea necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad entre el caudal de quien lo da y las necesidades de quien lo recibe (art. 142 del CC). El mencionado artículo 93 del Código Civil prevé que "El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento", previsión que debe ser puesta en relación con los artículos 142 y ss. del CC reguladores de los alimentos entre

parientes, sin obviar la marcada y esencial prevalencia de la prestación alimenticia a favor de los hijos menores de edad como integrante de la patria potestad.

Lo anterior está integrado, en la presente sede de medidas provisionales, en el concepto amplio de **cargas del matrimonio**, estando llamada esta resolución a pronunciarse sobre la contribución de cada uno de los cónyuges a su sostenimiento.

En atención a lo expuesto, procede establecer la obligación provisional, a salvo lo que se resuelva y concrete en el pleito principal, de D. Antonio [REDACTED] de ingresar en dicho concepto, dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas, en una cuenta corriente o libreta de ahorros de titularidad común la suma de 3.500 euros para con ello dar cobertura tanto a las necesidades materiales de los cuatro hijos comunes como a las de la demandante, así como a los cuantiosos gastos generados por el inmueble que constituye el domicilio familiar, suma que se actualizará automáticamente sin previo requerimiento entre progenitores cada año con motivo de la pensión del mes de enero y con referencia a las variaciones que experimente el IPC publicado en el mes de diciembre por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial competente.

Se adopta esta decisión atendiendo a las siguientes premisas:

- No obstante establecerse un régimen de guarda y custodia compartida sobre los cuatro hijos comunes menores de edad que conllevaría en un escenario de mayor equilibrio actual de situaciones económicas entre los progenitores que cada uno de ellos atendiera mientras se hallen a su cargo y cuidado a las necesidades cotidianas de alimento, alojamiento, sustento, asistencia y ocio de los niños, en el presente caso concurre una objetiva descompensación entre ellos que determina se imponga esta obligación de amparo material a uno de los progenitores y no ambos. Ello sin obviar que esta disposición se adopta con carácter de provisional en aras a que la madre se procure medios propios de supervivencia y atención a los hijos, si no en igual medida a los del padre si en alguna.

- Si bien los niños acuden a un colegio concertado y quedan bajo la guarda y custodia de ambos progenitores, en la forma y condiciones establecidas, existen determinados conceptos de periodicidad mensual o anual que por su propia naturaleza no constituyen gastos extraordinarios cuyos importes deben ser sufragados por ambos progenitores, así la escolaridad, el comedor escolar, las eventuales actividades extraescolares (pagos mensuales y matrículas), el calzado, la ropa, los libros y material escolar.

- Las respectivas situaciones económico-laborales de los progenitores.

El padre se encuentra en situación de desempleo percibiendo prestación por tal contingencia en importe de 910 euros mensuales, habiendo asumido los gastos generados por su salida del domicilio familiar.

La madre desarrolla actividad laboral remunerada con escasos ingresos.

- Las presumibles necesidades de los hijos comunes, atendidas sus edades y necesidades educativas y de todo orden, sin que tengan demandas que impliquen gastos excepcionales más allá de los propios de cualquier niño, recayendo en este caso concreto sobre conceptos consistentes en escolaridad, comedor escolar, calzado, ropa, libros y material escolar.

- Las prestaciones "in natura" y también económicas que ambos progenitores custodios debieran realizar respecto a los niños al ostentar ambos su custodia.

Por todo ello, se estima necesario el establecimiento de una pensión de alimentos para la asunción de los conceptos referidos y suficiente la cuantía fijada para la misma, a la par que, la más adecuada y proporcionada a las circunstancias personales y económicas concurrentes en los integrantes del núcleo familiar.

Los **gastos extraordinarios** de los cuatro niños que queden fuera de la pensión alimenticia, concebida como acaba de exponerse, serán abonados por mitad por ambos progenitores, entendiéndose por tales gastos extraordinarios todos aquellos que, por su **entidad, carácter esporádico, no previsible y necesario**, merezcan objetivamente este calificativo, cuales son los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro Privado o que, aún estándolo, los progenitores estuvieran de acuerdo en acudir a la medicina particular, y en general, todos aquellos gastos extraordinarios, imprevistos y no periódicos en cuya realización los progenitores estuvieran conformes, advirtiendo que, en caso de desacuerdo sobre tales gastos, **decidirá la autoridad judicial**.

**Quinto.-** En lo atinente al **uso del domicilio que fue conyugal**, es obligado el recurso a la íntegra literalidad del artículo 96 del CC que dispone: "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 corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en compañía de uno y los restantes en al del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo corresponda al cónyuge no titular requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial."

Cabe señalar que la esencia y fundamento de la previsión contenida en el apartado primero del artículo 96 del CC es precisamente que los hijos menores de edad mantengan un lugar para su equilibrio y estabilidad. Sobre esta base ha de entenderse el precepto en el sentido de que, con carácter preferente, debe establecerse el derecho de uso a favor de aquél que ostente la guarda, pero no pueden permanecer ajenas al derecho otras circunstancias, como son la titularidad de terceros o la existencia de otras viviendas a disposición de uno u otro de los progenitores. Así, la jurisprudencia actual viene flexibilizando el carácter imperativo del citado artículo 96 del CC, siempre y cuando concurren determinadas circunstancias y todo ello teniendo en cuenta el principio rector de protección del interés superior de los menores.

Con carácter general, habiendo hijos menores de edad o incapacitados, cuya guarda y custodia se confíe al mismo progenitor, la atribución del uso de la vivienda familiar se establece directamente por la ley a favor de aquellos, y de manera refleja o derivada ("per relationem"), y en cuanto progenitor custodio, a aquel en cuya compañía queden dichos hijos, en el párrafo primero del artículo 96 del CC, disposición respecto de la que no estará de más precisar que se refiere inequívocamente a hijos menores de edad o incapacitados, ya que en la fecha de su redacción los artículos 90 y siguientes del mismo texto legal no



esta resolución, sin olvidar que ella ha venido haciendo uso ininterrumpido de la casa desde aquel primer momento.

**Sexto.-** Por último, si bien inicialmente se instaba, en cuanto a la contribución al sostenimiento de las **cargas del matrimonio**, fuera impuesta al demandado la obligación de atender al 100% de la **cuota hipotecaria** en relación con la vivienda familiar, pedimento que fue variado al inicio del acto oral, asumiendo la actora su deber de atender al 50% a tal concepto, no es baladí recordar que aquella declaración en cuanto a la garantía real constituiría una novación subjetiva del contrato que requiere consentimiento del acreedor (normalmente una entidad bancaria) y que en el presente caso no consta, por lo que se habrá de mantener la situación contractual concertada en su día.

En segundo término, señalar que el pago tanto de las cuotas de la hipoteca contratada para la adquisición de la vivienda familiar como los gastos (vgr. IBI) asociados a su titularidad, constituyen una deuda de la sociedad de gananciales que como tal queda incluida en la relación prevista por el artículo 1362.2ª del CC y no encaja en el concepto de carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 de aquel texto legal, como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de marzo de 2011. Concluyéndose, por tanto, que mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad, o en la proporción establecida en el contrato bancario, por los propietarios del piso que grava, los cónyuges. En definitiva, lo relativo al pago de las cuotas hipotecarias será un problema a reconducir a la liquidación de la sociedad de gananciales, que deberá resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y ulterior liquidación del régimen y conforme a los criterios del vigente régimen económico matrimonial.

**Séptimo.-** Estas medidas quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la Sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

**Octavo.-** Atendida la especial naturaleza de los procesos matrimoniales y de familia, que versan sobre el estado civil de las personas, siendo esta materia de orden público, y no siendo de aplicación el artículo 394 de la LEC, no procede, atendidos los intereses en juego, la condena en **costas procesales** de ninguno de los litigantes.

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

## PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda la adopción como **medidas provisionales** en relación al matrimonio celebrado el día [REDACTED] 1998 entre Dña. Susana [REDACTED] y D. Antonio [REDACTED], disposiciones que regirán la nueva situación dimanante de este proceso, las que se procede a exponer:

1º.- Los cónyuges podrán **vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.**

2º.- Quedan **revocados los consentimientos y poderes** que cualquiera de ellos hubiera otorgado a favor del otro y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica.

3º.- **La patria potestad sobre los cuatro hijos comunes menores de edad** (██████████) será ejercida conjuntamente por el padre y la madre por lo que cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa o indirectamente a los mismos serán consultadas y decididas de común acuerdo por ambos progenitores, en cuyo defecto acudirán a **decisión judicial**, siempre en vigilancia del interés y beneficio de los menores, debiendo entenderse, entre otras, **en todo caso como tales decisiones relevantes en la vida de los niños aquellas atinentes a los cambios de domicilio y colegio, actividades extraescolares a desarrollar por el mismo, salidas del territorio nacional y comunidad autónoma en que residan y absolutamente todo lo concerniente a la salud y asistencia médica o facultativa de cualquier especialidad sanitaria que hubiere de prestarse a los niños.**

4º.- **La guarda y custodia sobre los cuatro hijos comunes menores de edad** (██████████) se atribuye en **ejercicio compartido a ambos progenitores por períodos semanales, con inicio y fin el viernes a la entrada y salida del colegio o a las 10.00 horas si fuera festivo**, siendo los progenitores los que acudirán a recoger a los menores al centro escolar o guardería o al domicilio de aquél con quien se encuentren. No obstante lo anterior, los días festivos intersemanales que se unan al fin de semana, serán disfrutados por el cónyuge al que corresponda tal fin de semana, alargando la estancia con los niños hasta el final de los días no lectivos en los mismos horarios y sistema de recogida.

5º.- Se establece el siguiente **régimen de visitas**, sin perjuicio de que ambos progenitores de común acuerdo y en aras a su mejor desenvolvimiento puedan modificar el mismo en lo necesario, debiendo atender en su cumplimiento a las necesidades de todo orden de los menores:

- Cada progenitor permanecerá en compañía de los menores durante la semana que no ejerza la guarda y custodia los miércoles desde la salida del colegio o guardería y hasta las 20.00 horas, con recogida y entrega de los menor en el colegio o guardería y domicilio del progenitor al que corresponda la guarda y custodia esa semana respectivamente. En caso de que se trate de miércoles festivo la visita intersemanal se trasladará al día inmediato anterior o posterior que sea posible.



- Los meses de julio y agosto, integrados en las vacaciones escolares estivales, se dividirán por quincenas a disfrutar alternativamente por ambos progenitores, con inicio y fin a las 17.30 horas de los días 1, 15 y 31 de julio y 15 y 31 de agosto, observándose durante los días de junio y septiembre del período vacacional de verano el régimen habitual establecido en párrafos anteriores.

- Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos períodos: el primero desde la salida del colegio el último día de clase hasta las 17.30 horas del día 30 de diciembre y el segundo desde este último momento hasta las 17.30 horas del día 6 de enero.

- Las vacaciones escolares de Semana Santa serán disfrutadas íntegras y de forma alternativa por cada uno de los progenitores, comprendiendo desde la salida del colegio el último día de clase hasta el primer día de clase a la hora de su comienzo, con recogida y entrega en el centro escolar.

- En defecto de acuerdo corresponderá elegir los períodos vacacionales a disfrutar al padre los años pares y a la madre los impares.

- Las recogidas de los menores, salvo los supuestos referidos en los que se verificarán en el centro escolar, se llevarán a cabo en el domicilio paterno o materno donde los mismos se hallen.

- El progenitor que se encuentre con los menores propiciará y facilitará en todo momento la comunicación con el otro, siempre que ello no obstaculice las actividades y descanso de los hijos, permitiendo las visitas a los mismos en el caso de que estuvieran enfermos, atendiendo siempre a lo dictaminado por los servicios médicos.

- El progenitor que en cada caso se halle a cargo de los menores informará de manera inmediata y cumplida al otro de cuantos asuntos relevantes afecten a la vida de los niños y, en todo caso, de lo concerniente a la salud y asistencia médica o facultativa de cualquier especialidad sanitaria que hubiere de prestarse a los mismos.

6º.- D. Antonio [REDACTED] habrá de ingresar en contribución al sostenimiento de las **cargas del matrimonio la suma de 3.500 euros mensuales**, dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas, en una cuenta corriente o libreta de ahorros de titularidad común, suma que se actualizará automáticamente sin previo requerimiento entre progenitores cada año con motivo de la pensión del mes de enero y con referencia a las variaciones que experimente el IPC publicado en el mes de diciembre por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial competente.

7º.- Los **gastos extraordinarios** de los hijos que queden fuera de la pensión alimenticia serán abonados por mitad por ambos progenitores, entendiéndose por tales gastos extraordinarios todos aquellos que, por su **entidad, carácter esporádico, no previsible y necesario**, merezcan objetivamente este calificativo, cuales son los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro Privado o que, aún estándolo, los progenitores estuvieran de acuerdo en acudir a la medicina particular, y en general, todos aquellos gastos extraordinarios, imprevistos y no periódicos en cuya realización los progenitores estuvieran conformes, advirtiendo que, en caso de desacuerdo sobre tales

gastos, decidirá la autoridad judicial.

8º.- Se atribuye a Dña. Susana [REDACTED] el uso del domicilio que fue familiar ([REDACTED] Valdemorillo, Madrid) y del mobiliario y ajuar doméstico existentes en el mismo.

9º.- - No ha lugar a pronunciamiento sobre la carga hipotecaria que grava la vivienda familiar que habrá de sufragarse de conformidad con su título constitutivo.

Estas medidas quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

No ha lugar a pronunciamiento alguno sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno (art. 773.3 de la LEC).

Lo acuerda y firma Dña. Concepción Ferrer Mejía, Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de San Lorenzo de El Escorial y su partido, doy fe