ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7
OVIEDO

SENTENCIA: 00060/2014

C/COMANDANTE CABALLERO Nº3, 6ª PLANTA 33005 OVIEDO
Teléfono: 98-5968940
Fax: 98-5968943

N11550

N.I.G.: 33044 42 1 2013 0005627
DIVORCIO CONTENCIOSO 0000739 /2013
Procedimiento origen: MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS A LA DEMANDA 0000502 /2013
Sobre OTRAS MATERIAS
DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a. MARTA MARIA ARIJA DOMINGUEZ
Abogado/a Sr/a. CARMEN ALONSO RODRIGUEZ
DEMANDADO D/ña.
Procurador/a Sr/a. JOSE MARIA GUERRA GARCIA
Abogado/a Sr/a. ELENA CAMPO FERNANDEZ

S E N T E N C I A Nº 60

En OVIEDO, a diez de febrero de dos mil catorce.

La Ilma. Sra. Dña. MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRIGUEZ, MAGISTRADO-JUEZ de Primera Instancia número siete de OVIEDO, habiendo visto los autos de DIVORCIO seguidos en este Juzgado al número 739/13 a instancia de Dña. representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. ARIJA DOMÍNGUEZ y asistida de la Letrada Sra. ALONSO RODRÍGUEZ contra D. representado por el Procurador Sr. GUERRA GARCIA y asistido de la Letrada Sra. CAMPO FERNÁNDEZ, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Recayendo, en nombre de S.M. el Rey, la presente

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra. MARTA MARÍA ARIJA DOMÍNGUEZ, en nombre y representación de Dña. , se interpuso demanda de DIVORCIO frente a D. , en la que tras alegar los Hechos y Fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente, terminó SUPLICANDO se dictase Sentencia en la que con estimación de la demanda se dicte Sentencia decretando el divorcio de los litigantes acordándose las medidas que solicita y que se dan por reproducidas.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se dió traslado de la misma con entrega de copia y de los documentos acompañados al demandado y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días hábiles. Presentándose escrito de contestación a la demanda por el Ministerio Fiscal

PRINCIPADO DE ASTURIAS

y por el Procurador de los Tribunales D. JOSÉ MARÍA GUERRA GARCÍA, en nombre y representación de D. , quiénes tras alegar los Hechos y Fundamentos de Derecho que consideraron conveniente, terminaron solicitando se dictase Sentencia en los términos por ellos interesados. Convocándose a las partes a la celebración de Vista en la Sala de Audiencias de este Juzgado, para el día 19 de Diciembre de 2013, a las 9:30 horas.

TERCERO.- Llegado el día y hora señalados para la vista, se celebró con asistencia de las partes y del Ministerio Fiscal, quienes - tras ser abierto el acto - se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba. Practicándose las pruebas propuestas y admitidas, con el resultado que obra en las actuaciones.

Dándose por finalizado el acto, una vez formuladas conclusiones por los Letrados de las partes y por el Ministerio Fiscal, quedando los autos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento, se han observado las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia por impedirlo otras actuaciones de carácter preferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fundada la demanda de divorcio en la causa legal prevista en el Art. 86 en relación con el Art. 81, ambos del Código Civil vigente, es decir, en el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, cualquiera que haya sido su forma (civil o canónica); ha lugar a declarar la disolución del matrimonio de los cónyuges litigantes, al haber quedado probado a través de la certificación registral de inscripción de dicho matrimonio (doc. nº1 de la demanda), que el mismo se contrajo en Oviedo, el día 25 de julio de 2008.

SEGUNDO.- Estableciendo el Art. 91 del Código Civil que en las Sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en su caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas.

La primera medida a resolver es la relativa a la forma de guarda y custodia a establecer con relación a la hija habida en el matrimonio, , nacida el día .-2010, si compartida por los progenitores (como solidita el demandado) o por uno solo de éstos (como solicita la demandante: debiendo optarse por la guara materna).
Para su adecuada resolución debe tenerse en cuenta, de un lado el principio rector de todas las medidas a adoptar en relación a los menores de edad, que no es otro, que "el del superior interés de éstos", consagrado en el Art.39 de la Constitución Española; Arts. 92, 96, 154, 158 del Código Civil; y de forma específica en el Art.2 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de

Enero, de Protección Jurídica del Menor y Art. 6.2 b) de la Ley 1/95, de 27 de Enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias; y de otro, que el Art.92 del Código Civil regula con carácter excepcional la guarda compartida, toda vez que de su tenor literal se desprende que sólo cabe si ambos progenitores están de acuerdo con ella (apartado quinto), o a instancia de uno de ellos, con informe del Ministerio Fiscal, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, al haberse declarado por el Pleno del Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 17/10/2012, la inconstitucionalidad del inciso "favorable" (informe favorable del Ministerio Fiscal), contenido en su apartado octavo.

De la prueba practicada a instancia de las partes, ha quedado acreditado que, sin perjuicio de considerar que ambos progenitores son idóneos para ejercer las responsabilidades parentales, teniendo en cuenta que la progenitora tiene una estabilidad laboral, toda vez que desempeña su trabajo en un negocio de hostelería junto con su hermana en esta localidad, mientras que el progenitor se ha venido dedicando al montaje, revisión, reparación y mantenimiento de turbogeneradores y de centrales solares, eólicas, etc. tanto en España como en el extranjero, como operario de la empresa , S.A., contratos temporales hasta finalización de obra, y en previsión de demorarse la prestación de tales servicios ha realizado cursos, como el relativo a "ganadería y agricultura" con una duración de aproximadamente, mes y medio, que supuso el trasladar su residencia cerca de , debe mantenerse la guarda materna por considerar que es la forma de guarda que mejor protege y salvaguarda, en estos momentos, el interés de la menor. Manteniéndose la patria potestad compartida.

Se ratifica el régimen de visitas y comunicaciones paterno-filiales establecido en el Auto de fecha 18/07/2013, a regir en defecto de acuerdo entre los progenitores y que se recogerá en el fallo de esta resolución.

TERCERO.- En orden a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y ajuar doméstico, debe dilucidarse si debe ratificarse su atribución a la hija menor y al progenitor custodio (Dña.), aplicando estrictamente lo dispuesto en el Art. 96.1 del Código Civil, como se acordó provisionalmente, criterio sostenido por la parte demandante, o debe serle atribuido a D. , por no cumplirse la finalidad perseguida con dicha atribución, en tanto en cuanto dicha vivienda permanece cerrada, al pernoctar la progenitora y la menor bien en el domicilio de los abuelos maternos bien en el de la hermana y tía de la menor, como sostuvo el demandado.

A partir del informe de detectives aportado como documento nº1 de la contestación a la demanda (F. 114 a 147), ratificado y aclarado por el detective D. Carlos Manuel Argüelles-Meres Arias, ha resultado probado que en los días a los que se limitó el seguimiento (12 y 13/09/2013 jueves-viernes; 1,2,3/10/2013 martes-miércoles-jueves; y 7/10/2013, lunes) la menor y su progenitora no pernoctaron, ni convivieron en la vivienda familiar. No bastando que el uso se limite, en su

caso, al fin de semana o festivos, cuando la niña no tiene que acudir al Auseva, por estar el domicilio familiar sito en -Oviedo. Porque tal prueba permite concluir que con la atribución del uso de dicha vivienda a la menor, no se está cumpliendo la finalidad pretendida, cual es el asegurar a la menor la continuidad y permanencia en el uso de lo que ha constituido su vivienda y hogar familiar, finalidad que no se cumple si, por comodidad, por favorecer un mayor descanso de la menor, etc., etc. se contrae o limita su uso a fines de semana. Incumplimiento de dicha finalidad que excluye la aplicación estricta del Art. 96.1 del Código Civil, y en consecuencia, se atribuye el uso de dicha vivienda y ajuar doméstico a D. hasta que cualquiera de los cónyuges inste la liquidación de su sociedad de gananciales o hasta que vendan la vivienda, si así lo deciden.

CUARTO.- La pensión de alimentos a abonar por el progenitor no custodio a favor de su hija, debe fijarse atendiendo al criterio de proporcionalidad entre las necesidades de la menor y el caudal del obligado a su pago, así como entre la capacidad económica de los obligados a abonar la pensión de alimentos de ser varios, como es el caso, a tenor de los Arts. 93, 142, 145 y 146 del Código Civil.

- La menor, , que cumplirá cuatro años el próximo día 17 de febrero, acude al Colegio Auseva de esta localidad, en horario de 9 a 5, utilizando el servicio de comedor, por lo que abonan 205 € mensuales. Gasto al que debe añadirse el de alimentación, vestido, libros, ocio, etc. Afirmando la progenitora que gasta unos 200 € menos.

- Dña. , regenta con su hermana un negocio de hostelería en esta localidad, percibiendo 800 € mensuales, manifestando que tiene horario de mañana o de tarde, pudiendo adaptarlo a sus necesidades, contando con la ayuda de su padre porque está jubilado.

- D. , está percibiendo, en estos momentos, subsidio por desempleo de 426 € mensuales. Convive con su madre ( ) quien cobra una pensión agraria y de invalidez.

- La vivienda familiar está gravada con una hipoteca, cuya cuota mensual asciende a unos 556 € mensuales, que vienen abonando los cónyuges por mitad.

Con estos datos, debe fijarse la pensión de alimentos a abonar por D. en la cifra del 25% de los ingresos mensuales netos que perciba por cualquier concepto, con un mínimo de 100 € mensuales.

En cuanto a la cuota hipotecaria y seguro de vida asociado a la misma que grava la vivienda propiedad de los cónyuges, habrán de pagarse según lo acordado con la entidad bancaria con la que suscribió el préstamo, ya que su modificación precisaría de su consentimiento, siendo ésta una cuestión ajena al proceso matrimonial, así la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de noviembre de 2008 estableció "la hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio en el sentido que a esta expresión se le reconoce en el artículo 90

del Código Civil, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por tanto, incluida en el artículo 1362, 2ª del Código Civil". Criterio reiterado en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011. Criterio aplicable al pago de IBI, seguro de la vivienda y demás cargas que graven la propiedad.

QUINTO.- Los gastos extraordinarios devengados por la hija común se abonarán por ambos progenitores en la siguiente proporción: 60% la progenitora y 40% el progenitor. Teniendo la consideración de tal los imprevistos y/o imprevisibles a esta fecha que guarden relación con el contenido del Art. 142 del Código Civil, sean necesarios y procedentes, atendida la capacidad económica de los obligados al pago. Previamente a su contratación, el progenitor custodio (o el no custodio, en su caso), deberá justificar fehacientemente al progenitor no custodio (o custodio), que el gasto es extraordinario, que es necesario y su importe; y en caso de desacuerdo, por haber manifestado su oposición en el plazo de diez días u otro superior que se le conceda, a contar desde su recepción, se recabará autorización judicial (Art. 156 del Código Civil).

Criterio a seguir, salvo en el caso de que haya que acometer un gasto urgente o cuya demora suponga un grave daño o perjuicio al menor de que se trate, bastando, en este caso, recabar aprobación judicial de negarse el progenitor contrario a sufragar la mitad de su importe.

SEXTO.- Firme la presente resolución, líbrese de oficio, exhorto al Registro Civil de Oviedo, con testimonio de la misma, para su anotación al margen de la inscripción de matrimonio de los litigantes.

SEPTIMO.- No procede hacer pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales devengadas en esta instancia.

F A L L O

DECLARO LA DISOLUCIÓN del matrimonio contraído entre **Dña.** **y D.** , por concurrir causa legal de divorcio, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, entre ellos, la disolución del régimen económico del matrimonio.

ACUERDO las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS:

1.- La guarda y custodia de la menor, (nacida el /10) se atribuye **a la madre**.

2.- Se atribuye **la patria potestad a ambos progenitores**, de **forma compartida**, de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 154 y 156 del Código Civil.

A tenor de dichos preceptos, las decisiones a adoptar respecto a los hijos comunes, diarias, habituales, ordinarias o rutinarias, que se produzcan en el normal transcurrir de sus vidas, se adoptarán por el progenitor que, en ese momento, se encuentra en compañía de su hijo, sin previa consulta, ni consenso con el otro progenitor.

Criterio aplicable en los casos en que concurra una situación de urgencia.
Por contra, aquéllas decisiones que son transcendentales y afectan notablemente al desarrollo del hijo menor, exigen previa comunicación y consentimiento conjunto, por ambos progenitores, y a la falta del mismo, autorización judicial o concesión de la facultad de decisión a favor de uno de los progenitores, sin ulterior recurso (Art. 156 C. Civil). Así, las decisiones relativas a la elección o cambio de Centro Escolar o cambio de modelo educativo; las relativas a cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico no banal o psicológico, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro; decisiones relativas a la intervención, etc. en celebraciones religiosas (realización del acto religioso y forma de llevarse a cabo), sin que tenga prioridad el progenitor al que le corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar, en fiestas escolares, etc.; decisiones relativas a la contratación de actividades extraescolares necesarias o de refuerzo o que constituyan gastos extraordinarios.
Para ello, establecerán el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias (correo electrónico, burofax, telegrama, etc.); obligándose a respetarlo y a cumplirlo, PROHIBIÉNDOSE QUE SE UTILICE a los hijos como correo.
Realizada la comunicación y transcurrido el plazo concedido para manifestar la oposición, motivos y/o propuesta, se entenderá que concurre consentimiento tácito.
Ambos progenitores deberán ser informados por terceros de todos aquellos, aspectos esenciales que afecten a su hijo y, concretamente, tienen derecho a que se les facilite toda la información académica, los boletines de evaluación y a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del Centro Escolar, tanto si acuden ambos como si lo hacen por separado. De igual manera, tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

3.- Se establece el siguiente **régimen de visitas paterno-filiales**, a regir con carácter subsidiario, es decir, en defecto de acuerdo entre los progenitores:

- Fines de semana alternos, desde las 17:00 horas del viernes recogiéndola en la parada del bus escolar, de ser día lectivo, hasta las 20:00 horas del domingo.

- TRES tardes semanales: lunes, miércoles y jueves desde las 16:00 a las 20:00 horas.

- Mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano; eligiendo en caso de desacuerdo, la madre los años pares y el padre, los impares, preavisando con un mes de antelación, como mínimo.

- En todo caso la niña será recogida y reintegrada en el domicilio materno, salvo cuando expresamente se ha dispuesto otra cosa o cuando los progenitores convengan otro lugar.

- Durante los periodos vacacionales se interrumpe el régimen ordinario de visitas (fines de semana y días intersemanales).

- Los progenitores favorecerán y facilitarán la comunicación, por cualquier medio, entre la niña y el progenitor en cuya compañía no se encuentra.

4) El **uso y disfrute de la vivienda familiar**, así como el del mobiliario y ajuar doméstico, se atribuye a D. hasta que cualquiera de los cónyuges inste la liquidación de su sociedad de gananciales o vendan la vivienda, si así lo convienen. Vivienda que Dña. debe dejar libre y a disposición de D. en plazo de SIETE DÍAS HÁBILES a contar desde el siguiente a la notificación de esta resolución, pudiendo llevarse, únicamente, sus efectos y objetos de uso personal y todos los efectos (ropa, material escolar, utensilios de aseo de la menor, salvo el mobiliario y ajuar doméstico).

En cuanto a la cuota hipotecaria que grava la vivienda familiar, se estará a lo acordado en el fundamento de derecho cuarto.

5) La **pensión de alimentos** a abonar por el progenitor no custodio a favor de su hija menor, se fija en el 25% de los ingresos mensuales netos que perciba por cualquier concepto, con un mínimo de 100 € mensuales. Cantidad a abonar por meses anticipados, dentro de los diez primeros días de cada mes en la cuenta que designe la demandante.

Dicha cantidad se actualizará, automática y anualmente cada uno de Enero, a tenor de la variación interanual del IPC (computado de Diciembre a Diciembre) publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

6) Los **gastos extraordinarios** devengados por la hija común serán abonados por ambos progenitores en la siguiente proporción: 60% la progenitora y 40% el progenitor. Teniendo la consideración de tal, los médicos no cubiertos por la Seguridad Social y los imprevisibles a esta fecha que guarden relación con el contenido del Art. 142 del Código Civil, que sean necesarios y procedentes, atendida la capacidad económica de los obligados al pago. Previamente a su contratación, el progenitor custodio (o el no custodio, en su caso), deberá justificar fehacientemente al progenitor no custodio (o custodio), que el gasto es extraordinario, que es necesario y su importe; y en caso de desacuerdo, por haber manifestado su oposición en el plazo de diez días u otro superior que se le conceda, a contar desde su recepción, se recabará autorización judicial (Art. 156 del Código Civil).

Criterio a seguir, salvo en el caso de que haya que acometer un gasto urgente o cuya demora suponga un grave daño o perjuicio al menor de que se trate, bastando, en este caso, recabar aprobación judicial de negarse el progenitor contrario a sufragar el porcentaje que le corresponde.

esta instancia.

Una vez firme la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 755 de la LEC, líbrese de oficio- exhorto al Registro Civil de Oviedo con testimonio de la misma, para su constancia al margen de la inscripción de matrimonio de los litigantes.

Modo de impugnación: Contra esta resolución cabe recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes a su notificación, que se interpondrá ante este órgano judicial, y será resuelto por la Iltma. Audiencia Provincial.
Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo en el día de la fecha.

LA MAGISTRADA-JUEZ