



Roj: **SAP O 1226/2015 - ECLI: ES:APO:2015:1226**

Id Cendoj: **33044370052015100133**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **13/05/2015**

Nº de Recurso: **128/2015**

Nº de Resolución: **133/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00133/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000128/15

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a trece de mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio Contencioso nº 326/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Castropol, Rollo de Apelación nº128/15, entre partes, como apelante y demandado **DON Alberto**, representado por el Procurador Don Antonio Gutiérrez Álvarez y bajo la dirección del Letrado Don Alberto Aldamonde Miranda, y como apelada y demandante **DOÑA Lucía**, representada por la Procuradora Doña Aránzazu Pérez González y bajo la dirección de la Letrado Doña Lucía Iglesias Gil, y el **MINISTERIO FISCAL**, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia de Castropol dictó Sentencia en los autos referidos con fecha veintiséis de enero de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora Doña Aránzazu Pérez González en nombre y representación de Doña Lucía frente a Don Alberto, DISPONGO:

1.- Debo declarar y declaro la *disolución del matrimonio* contraído entre de Doña Lucía y Don Alberto por concurrir causa legal de divorcio para ello; con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, cuales son la *disolución del régimen económico matrimonial*, la *autorización para que ambos puedan vivir separados*, cesando la presunción de convivencia, así como la *revocación de los consentimientos y poderes otorgados recíprocamente*.

2.- Se establece que *la guarda y custodia* sobre los dos hijos menores de la pareja, María Antonieta y Ezequias, se ejercerá por la madre; siendo conjunta la titularidad y ejercicio de *la patria potestad* sobre él.

Los menores residirán en compañía de su madre, en el que fue domicilio familiar.

El uso y disfrute de dicho domicilio así como del mobiliario, enseres y ajuar existente en el mismo, se atribuye a la actora y a los hijos menores de la pareja.



3.- Se establece el siguiente régimen de comunicación y visitas a ejercitar por el progenitor no custodio:

1.- Los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas. Las recogidas y entregas se realizarán por la persona que el padre designe (mientras esté vigente la orden de protección que pesa sobre él), en el propio centro escolar y el domicilio materno, respectivamente. Los puentes escolares inmediatamente anteriores o posteriores al fin de semana en que los menores estén en compañía de su padre se unirán aquél.

2.- Una tarde entre semana, que en defecto de acuerdo será la del miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas. Las entregas y recogidas de los menores se efectuarán en el modo expresado en el punto anterior.

3.- Vacaciones de Navidad y Semanas Santa: Se dividirán en dos mitades de acuerdo con lo establecido por el calendario escolar. La primera mitad comenzará a las 10:00 horas del primer día de vacaciones y terminará a las 20:00 horas del día intermedio, momento en que comenzará la segunda mitad que abarcará hasta el día anterior al comienzo de las clases a las 20:00 horas.

Estos períodos se disfrutarán de manera alternativa por ambos progenitores, correspondiendo, en caso de desacuerdo, a la madre elegir el período a pasar con la menor en los años pares y al padre en los años impares.

4.- Vacaciones de verano: Se circunscriben a los meses de julio y agosto, dividiéndose estos en períodos quincenales que serán disfrutados de manera alternativa por cada uno de los progenitores. El primer período comenzará a las 10:00 horas del 1 de julio y terminará a las 10:00 horas del 15 de julio, comenzando entonces el segundo período que abarcará hasta el 31 de julio a la misma hora, y así sucesivamente durante el mes de agosto.

Estos períodos vacacionales se disfrutarán de manera alternativa por ambos progenitores, correspondiendo, en caso de desacuerdo, a la madre elegir los que desee en los años pares y el padre en los años impares.

Durante los períodos vacacionales descritos quedarán en suspenso las visitas ordinarias de fines de semana alternos y día intersemanal.

Las entregas y recogidas de la menor en estos períodos se harán en el domicilio materno del modo expresado en los apartados anteriores.

4.- Don Alberto abonará a Doña Lucía, en concepto de *contribución a alimentos para los hijos menores de la pareja*, la cantidad de 600 mensuales, 300 por cada uno de ellos, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas, en la cuenta corriente o libreta que al efecto designe la receptora. Dicha cifra se actualizará automáticamente cada año con referencia al día uno de enero a las variaciones que experimente el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial competente.

5.- *Los gastos extraordinarios*, antes definidos que tengan un origen médico o farmacéutico, no cubiertos por la Seguridad Social, y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores, serán abonados por mitad; los que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten con el acuerdo de ambos, por el progenitor que acuerde se realización.

Los gastos reclamados deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Don Alberto, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El recurrente Sr. Alberto se alza frente a la sentencia de instancia mostrando discrepancia con las medidas adoptadas en la misma referentes a la guarda y custodia de los menores, régimen de visitas, uso de la vivienda y cuantía de la prestación alimenticia.

Alega en su escrito de recurso que la sentencia ha incurrido en error en la valoración de la prueba. Sostiene que de las actuaciones resulta su buena vinculación con sus hijos, como éstos han reconocido, y si éstos han afirmado su preferencia a quedar con su madre ello ha sido por estar por ella mediatizados, además, afirma haber cumplido siempre las decisiones judiciales y que su ex-cónyuge Doña Lucía goza de mayor disponibilidad económica; además, señala que ésta abandona el domicilio muy temprano para acudir al trabajo



y que durante un largo período del año trabaja los jueves a jornada completa, siendo su horario laboral más compatible.

Concluye interesando para sí la guarda y custodia. Al hilo de ello, alega que no resulta razonable que trabajando a unos 20 metros de su vivienda privativa, y sin recursos, sea privado del uso y disfrute junto con sus hijos.

Por otro lado, afirma también que en la sentencia se estableció que las recogidas y entregas de los menores a fin de llevar a efecto el régimen de visitas se harían por tercera persona, lo que en relación con las entregas en el Centro Escolar entiende que resulta ilógico.

En cuanto a la pensión alimenticia, afirma que las retribuciones de Doña Lucía alcanzaron en el año 2013 cerca de 35.000 euros y por contra los suyos fueron de 1.094,18 euros. Además, los signos externos a los que se refiere la sentencia no son tales, pues los vehículos son de fechas muy antiguas y, por ende, con escaso valor, tampoco puede inferirse su dedicación al adiestramiento de perros, y en cuanto a los fondos y ahorros privativos, es con dicho montante con el que ha venido abonando dicha pensión, y así el 24-11-2.014 contaba con una imposición de 22.000 euros, que el 18 de diciembre descendió a 20.000 euros y el 5-1-2.015 a 18.000 euros, con los que ha de atender el pago de dicha pensión y sus gastos personales, hallándose de baja en el momento actual cobrando una prestación de 656,70 euros mensuales, teniendo en cuenta que su gasto como autónomo es de 309,56 euros mensuales. Se halla, pues, en precaria situación económica.

SEGUNDO.- En lo que se refiere a la guarda y custodia, no se niega, como así se señaló en la recurrida, la buena disposición paterna así como su idoneidad para el cuidado de los menores, y que éstos, con independencia de su preferencia a estar al cuidado de su madre, mantienen una buena relación con el otro progenitor, con el que realizan diversas actividades. Precisamente por ello al régimen convencional de visitas se ha añadido una tarde más a la semana para que el hoy recurrente disfrute de la compañía de sus hijos.

El otorgamiento de la guarda y custodia a la madre, como se estableció en la sentencia de instancia, basado no ya en las preferencias de los menores, sino en el hecho de que la madre, que sin menospreciar la actitud del padre, se ha ocupado en mayor medida de aquéllos, se ajusta perfectamente a derecho, y no se aprecian motivos para variar tal pronunciamiento. Ahora bien, es cierto que en determinadas épocas del año Doña Lucía trabaja en jornada continua los jueves, de ahí que, teniendo en cuenta las circunstancias antedichas, se considera adecuado que en dichos días el padre pueda tener consigo a los menores desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas.

En cuanto a que las entregas se realicen por un tercero, la sentencia fijó tal medida durante el tiempo que la medida de alejamiento respecto de Doña Lucía adoptada en su día continuase vigente, lo que se considera acorde con dicha resolución y, además, es de naturaleza temporal.

Respecto al uso y disfrute del domicilio familiar, es una obvia consecuencia conforme al art. 96 del CC que lo sea en favor de los hijos y cónyuge en cuya compañía queden.

TERCERO.- Resta por abordar la cuestión de la deuda alimenticia. Con independencia de que los ingresos de Doña Lucía resultan cercanos a los tres mil euros mensuales, lo cierto es que las retribuciones de Don Ezequias resultan opacas, no llegando a vislumbrarse de las actuaciones cuáles pueden resultar sus ingresos reales, por más que afirme que se encuentra en situación precaria. De una parte, el negocio que regenta, taller de forja, continúa en actividad, desde luego no se acreditó lo contrario, y en cuanto a los signos externos que se señalan en la recurrida, y que el recurrente trata de minorar, lo cierto es que aún cuando los vehículos tengan cierta antigüedad y por ello escaso valor, lo cierto es que su mantenimiento acarrea gastos que ha de afrontar Don Ezequias, lo mismo que la tenencia de los seis perros, como los derivados de su alimentación, vacunas, revisiones veterinarias, etc., pero es que, además, si bien es cierto que con carácter más bien esporádico Don Ezequias se dedica al adiestramiento de caninos, labores por las que cobra unos 500 euros por adiestramiento, como se infiere del contenido del informe del **detective** privado unido a autos, y si se examina el extracto de su cuenta, aparecen algunos ingresos de 500 y 1.000 euros durante los años 2.013 y 2.014. Por otro lado, su afirmación de estar utilizando la imposición que mantiene, y que ha reducido a 18.000 euros, para entre otros gastos afrontar el pago de la pensión alimenticia, es algo que no ha quedado acreditado, y en cuanto al hecho de hallarse de baja laboral, nada empece a que a pesar de ello continúe trabajando, pues ya lo hizo en una ocasión anterior, como se deduce de la documental acompañada con la demanda.

En consecuencia, se ratifica y refrenda lo en este extremo fundamentado y acordado en la recurrida.

Ahora bien, en orden a los gastos extraordinarios, habida cuenta de la diferencia de ingresos entre las partes, se acuerda que el porcentaje sea de un 40% para Don Ezequias y un 60% para Doña Lucía.

CUARTO.- El parcial acogimiento del recurso ha de conllevar la no imposición de las costas de esta alzada (art. 398 LEC).



Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Don Alberto contra la sentencia dictada en fecha veintiséis de enero de dos mil quince por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Castropol, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA** en el único sentido de que en las épocas del año en las que Doña Lucía trabaje en jornada continua los jueves, el padre pueda tener consigo a los menores ese día de la semana desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, y que el porcentaje de contribución a los gastos extraordinarios será de un 40% para Don Alberto y un 60% para Doña Lucía .

Se confirma en lo demás la recurrida.

No procede expresa condena en cuanto a las costas.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario, doy fe.