



Roj: **SAP O 3671/2018 - ECLI: ES:APO:2018:3671**

Id Cendoj: **33044370042018100457**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **07/12/2018**

Nº de Recurso: **300/2018**

Nº de Resolución: **448/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA NURIA ZAMORA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00448/2018**

Modelo: N10250

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3-3

-

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

Equipo/usuario: JMI

**N.I.G.** 33044 42 1 2017 0010847

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000300 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N.9 de OVIEDO

**Procedimiento de origen:** DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000841 /2017

Recurrente: Demetrio

Procurador: MARIA GUADALUPE FERNANDEZ RODRIGUEZ

Abogado: SUSANA DOLORES ARIAS GONZALEZ

Recurrido: Mercedes , MINISTERIO FISCAL

Procurador: ALBERTO LLANO PAHÍNO,

Abogado: LAURA LLANO PAHINO,

**NÚMERO 448**

En OVIEDO, a siete de Diciembre de dos mil dieciocho, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Juan Carlos Llavona Calderón, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el recurso de apelación número **300/2018**, en autos de DIVORCIO CONTENCIOSO N° 841/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número nueve de Oviedo, promovido por D. Demetrio , demandado en primera instancia, contra D<sup>a</sup>. Mercedes , demandante en primera instancia y también apelante vía impugnación, con la intervención del **MINISTERIO FISCAL**, y siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Nuria Zamora Pérez.-



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número nueve de Oviedo se dictó Sentencia con fecha diecinueve de Febrero de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de Doña Mercedes contra Don Demetrio , debo declarar y declaro la disolución por causa de DIVORCIO del matrimonio contraído por las partes el día 30 de agosto de 2008, con todos los efectos legales inherentes a la misma y la adopción de las siguientes medidas:

1º.- Se atribuye a ambos progenitores la patria potestad y la custodia compartida de la hija menor del matrimonio Sabina , que se articulará de la siguiente manera: la menor residirá como ambos progenitores en el domicilio de éstos, por semanas alternas, efectuándose los cambios los lunes a la salida del colegio (o en su defecto a las 17 horas) donde será recogida por el progenitor al que le corresponda la guarda durante la semana que comienza o por un familiar o persona de confianza autorizada por éste. El padre (o un familiar autorizado por éste) recogerá a la menor a la salida del colegio el próximo lunes 26 de febrero de 2018 para el inicio de este sistema de guarda.

2º.- Se acuerda el régimen de visitas siguiente: durante las semanas en las que no ejerza la guarda, el progenitor respectivo podrá estar con su hija una tarde a la semana (los miércoles en defecto de otro acuerdo) desde la salida del colegio de la menor (o en su defecto desde las 17 horas) hasta las 20:30 horas; las vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad se distribuirán por mitad, correspondiendo a la madre la primera mitad en los años pares (y al padre la segunda mitad) y la segunda mitad en los años impares (y al padre la primera mitad) y con la salvedad de que el día de Reyes, la menor estará con el progenitor con quien no haya pernoctado, desde las 16 hasta las 20 horas; las vacaciones de verano se distribuirán por quincenas alternas (los meses de julio y agosto) manteniendo el sistema de custodia compartida durante los días no lectivos de junio y de septiembre, correspondiendo la elección de los períodos a la madre en los años pares y al padre en los años impares. La niña será recogida en el domicilio en el que se encuentre (o en el centro escolar, en su caso) y reintegrada por el progenitor respectivo o por un familiar o persona de confianza de éste; ambos progenitores podrán comunicarse con su hija por teléfono y/u otros medios, siempre que no interfieran en su descanso y en sus actividades escolares.

3º.- Se atribuye a la hija menor del matrimonio y a la esposa, durante el plazo de un año desde esta resolución (es decir hasta el 28 de febrero de 2019) el uso y disfrute del domicilio familiar sito en la CALLE000 , NUM000 , NUM001 NUM002 de Oviedo y de los bienes y objetos del ajuar que continúen en éste, pudiendo el otro cónyuge retirar del mismo los objetos de uso personal y exclusiva pertenencia.

4º.- Ambos progenitores harán frente a los gastos de sus hija (alimentación, ropa y ocio) durante los períodos en que ostenten su guarda. Don Demetrio deberá abonar como pensión de alimentos a favor de su hija la suma de doscientos euros mensuales (200€/mes), cantidad que ingresará, por mensualidades anticipadas durante los primeros siete días de cada mes, en la cuenta bancaria que la esposa designe y que actualizará anualmente el día 01 de enero conforme al IPC. Y ambos progenitores ingresarán en una cuenta común la suma de doscientos cinco euros (205€/mes) el padre y la madre la suma de cuarenta euros mensuales (40€/mes) para hacer frente a los gastos escolares y extraescolares de la menor. Los gastos extraordinarios que el cuidado y/o educación de su hija genere serán abonados por el padre en un ochenta y cinco por ciento (85%) y por la madre en el quince por ciento (15%) restante, siempre que se realicen previo acuerdo fehaciente entre ambos progenitores o, en su defecto, con autorización judicial, salvo en supuestos de extrema urgencia.

5º.- Don Demetrio deberá abonar a Doña Mercedes , en concepto de pensión compensatoria y durante el período de tres años, la suma de doscientos ochenta euros mensuales (280€/mes), cantidad que ingresará, por mensualidades anticipadas durante los primeros siete días de cada mes, en la cuenta bancaria que la esposa designe y que actualizará anualmente el día 01 de enero conforme al IPC.

No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas."-

**SEGUNDO.-** Posteriormente, por el mismo Juzgado se dictó Auto con fecha veintiséis de Febrero de dos mil dieciocho , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "No procede aclarar la sentencia dictada por este Juzgado de fecha 19 de febrero de 2018 instada por la representación de Don Demetrio ."-

**TERCERO.-** Con posterioridad, por el mismo Juzgado se dictó Auto con fecha uno de Marzo de dos mil dieciocho , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "No procede la aclaración de la sentencia dictada por este Juzgado con fecha 19 de febrero de 2018 instada por la representación de Doña Mercedes ."-

**CUARTO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación y por la parte demandante recurso vía impugnación, de los cuales se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los



autos a esta Audiencia Provincial se sustanciaron los recursos, señalándose para deliberación y fallo el día veintisiete de Noviembre de dos mil dieciocho.-

**QUINTO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia acuerda la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre los litigantes el 30 de agosto de 2.008. De ese matrimonio, el NUM003 de 2.012, nace su hija Sabina, tiene seis años y respecto de la que se adoptan las medidas personales y patrimoniales derivadas de la disolución del vínculo matrimonial. En lo que interesa a efectos del presente recurso es de destacar:

1º.- Se acuerda el ejercicio compartido, por ambos litigantes de la patria potestad y guarda y custodia. Pronunciamiento con el que están conformes ambos, al igual que con el régimen de visitas.

2º.- Atribuye a la madre y la menor por el plazo de un año hasta el 28 de febrero de 2.019, el uso de la que fuera vivienda familiar, cuya titularidad es privativa del padre. Pronunciamiento recurrido por ambos litigantes.

3º.- En el aspecto patrimonial cada litigante se hará cargo de la manutención de la hija cuando esté en su compañía, debiendo el padre contribuir a esa alimentación con una pensión mensual de doscientos euros (200€), actualizable anualmente conforme a las variaciones del IPC. También es cuestionado por ambos litigantes.

4º.- Además de esa prestación ambos litigante se harán cargo de los gastos escolares y extraescolares de la menor, para lo cual abrirán una cuenta, en la que el padre ingresará mensualmente doscientos cinco euros (205€) y la madre cuarenta euros (40€). Dentro de esos gastos escolares queda incluido el coste del comedor.

En cuanto a los gastos extraordinarios de la niña el padre abonará el 85% y la madre el otro 15%. Estos pronunciamientos son consentidos por ambos litigantes.

5º.- El demandado D. Demetrio también recurre el pronunciamiento referido a la pensión compensatoria que dicho litigante debe abonar a su exmujer en cuantía de doscientos ochenta euros (280€) mensuales, con el correspondiente índice de actualización, durante tres años.

**SEGUNDO.-** La resolución de sendos recurso exige un análisis conjunto de los mismos, pues inciden en aspectos patrimoniales que afectan al apelante D. Demetrio .

Dicho litigante trabaja como aparejador para la empresa DIRECCION000 . Percibe un sueldo medio mensual en torno a los dos mil cuatrocientos euros (2.400€) netos, prorrateadas las pagas extraordinarias. De esa cantidad quinientos euros (500€) brutos los cobra, al menos desde julio del año 2.016, en concepto de "productividad", suma que según aclara en contestación y reitera en el acto del juicio corresponde a gastos de desplazamiento, por acudir a visitar obras. Importe que antes recibía fuera de nómina, pero que a partir de la fecha indicada pasa a integrar las mismas. Así cabe deducirlo de las nóminas aportadas.

Esa retribución mensual es la cantidad que hemos de valorar pues las otras partidas como doscientos sesenta y un euros con doce céntimos de euro (261'12€) anuales abonadas por la Fundación Laboral de la Construcción, o la suma devuelta por el IRPF, son partidas o bien de escasa importancia o bien es dudoso que pueda seguir percibiéndolas como la devolución impositiva, pues en parte era debida a que los litigantes realizaban la declaración conjunta y los ingresos del Sr. Demetrio se veían compensados con las escasas percepciones de la Sra. Mercedes , circunstancia que no se dará con posterioridad al divorcio.

En cuanto a Doña Mercedes , según la hoja laboral que figura al folio 45 vuelto de los autos, trabajaba por cuenta ajena con antelación a contraer matrimonio y lo sigue haciendo una vez casada, hasta que tiene la hija. Es cierto que no mantenía especial estabilidad en el empleo, sin embargo ello puede obedecer al tipo de trabajos que realizaba o a la situación laboral existente en los últimos años. A partir del 4 de noviembre de 2.016 vuelve a trabajar por cuenta ajena, dedicándose al servicio doméstico, trabajo que al parecer no desempeña ahora, pues a partir del 6 de marzo de 2.018, coincidiendo con este proceso, se da de alta como demandante de empleo.

Según las nóminas aportadas por dicha litigante su retribución mensual estaba en torno a los doscientos euros (200€), sin embargo, y a la vista del resultado de la prueba documental unida a los autos, en sede de apelación, seguimiento de **detective**, se albergan serias dudas acerca de que el horario laboral no fuera más amplio y por ello la retribución salarial superior a la que se acredita. Nos hallamos en un sector laboral difícil de controlar. Lo que no podemos dar por acreditada es la otra actividad laboral, venta de cosméticos a domicilio. Según declara Mercedes , hubo un momento en el que pudo estar interesada en su realización; ahora bien,



la mecánica operativa de la misma, adquisición en firme de los productos para su ulterior reventa, lo que no tiene asegurado, no le compensaba.

Partiendo de esa diferente situación laboral y retribución que cada uno de los litigantes recibe por ella, no cabe negar que el divorcio irroga a Doña Mercedes un desequilibrio económico que debe ser paliado con la pensión compensatoria, cuya cuantía y duración, en los términos que la fija la sentencia de instancia, se considera ajustada a derecho, teniendo en cuenta la duración del matrimonio y su dedicación a la familia. Hablamos de una cantidad y un plazo de tiempo que, necesariamente, la obliga a buscar algún trabajo con el que en el futuro cubrir sus necesidades, pues una pensión compensatoria de doscientos ochenta euros mes, con el correspondiente índice de actualización no parece excesiva a tal efecto.

**TERCERO.-** La diferente situación económica de ambos litigantes justifica que se mantenga la prestación de alimentos que ha de abonar el padre, para la manutención de la hija pero en cien euros (100€) mensuales y no en los doscientos euros mensuales (200€) fijados en la sentencia apelada.

La menor, además de la comida que realiza en el comedor escolar y que queda cubierta con los doscientos cuarenta y cinco euros (245€) mensuales que se prevé para gastos escolares y extraescolares, realiza otras comidas -desayuno, merienda, cena-. Tiene unas necesidades de vestido, calzado habitación. Esta última en estos momentos está cubierta con la atribución de uso de la vivienda familiar, si bien en un futuro más o menos inmediato no será así. La madre se verá obligada a ocupar otra vivienda, por la que, en principio, deberá satisfacer alguna renta. Hablamos de un gasto cuantitativamente importante.

No podemos aceptar, como pretende el apelante que Doña Mercedes pueda disponer de una vivienda, que es de la abuela. Desconocemos si su propietaria se lo autorizará, si ese uso será gratuito y además la abuela según se dice en el acto del juicio precisa cuidados de terceros, tiene que pagarlos, sin olvidar que tiene dos hijas, la madre de Mercedes y otra, ignorando si esta otra hija autoriza dicho uso.

La suma de doscientos euros que fijaba la sentencia de instancia era para mantener a la menor el periodo que convive con la madre, es decir medio mes. En estos momentos y mientras tengan atribuido el uso de la que fue vivienda familiar se considera que la suma de cien euros es suficiente para atender esas necesidades de la niña de ahí que se rebaje la prestación, a partir de esta sentencia a cien euros mensuales (100€) con la correspondiente actualización con arreglo a las variaciones del IPC, siendo la primera revisión el 1 de enero de 2.020.

Cuando se extinga la atribución del uso de la vivienda familiar esa prestación pasará a ser de doscientos euros (200€) mensuales con el mismo índice de actualización. Incremento que se justifica como modo de contribuir el padre al alquiler de la vivienda donde deberá residir la menor cuando conviva con la madre.

**CUARTO.-** Como último motivo del recurso de apelación e impugnación tenemos el referido a la atribución de uso de la vivienda familiar.

La sentencia de instancia se lo asigna a Doña Mercedes y su hija durante un año, hasta el 28 de febrero de 2.019.

Los pronunciamientos de naturaleza patrimonial referidos a la hija están vinculados entre sí. En primer lugar, hemos de recordar la existencia de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 22 de enero, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2017, entre otras) a cuyo tenor, en los casos de guarda y custodia compartida la vivienda familiar pierde esa consideración. La atribución de uso ha de hacerse teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección, artículo 96 del Código Civil y ello por tiempo limitado.

En el acto del juicio el Sr. Demetrio declara que él ha pasado a vivir con sus padres. Se trata de una situación que no tiene por qué prolongarse en el tiempo, pues es comprensible que dicha persona desee disponer de un inmueble propio donde estar con su hija las semanas que le corresponde a él la guarda y custodia.

No obstante lo anteriormente expuesto y a la vista de esa diferente situación económica de ambos litigantes; las posibilidades de Mercedes de acceder a un puesto de trabajo, el tipo de trabajo al que puede incorporarse y la retribución que puede percibir por ello, se considera procedente fijar esa atribución de uso de la vivienda familiar a Doña Mercedes y su hija por un periodo de dos años a partir de esta sentencia. Hemos de dejar claro que el tribunal es consciente de que esa persona venía haciendo uso de la vivienda desde que se rompe la convivencia marital, sin embargo ese uso anterior no se computará a efectos de los dos años que ahora se fijan.

**QUINTO.-** La estimación parcial del recurso de apelación en los términos expuesto y de la impugnación justifica no hacer especial condena en costas de segunda instancia tanto de la apelación como de la impugnación, artículo 398 nº2 de la LEC.



En base a lo hasta aquí argumentado la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente:

## FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR D. Demetrio Y LA IMPUGNACIÓN ARTICUALDA POR DOÑA Mercedes , contra la sentencia dictada el diecinueve de febrero de dos mil dieciocho y autos de veintiséis de febrero y uno de marzo de dos mil dieciocho, por el Juzgado de Primera Instancia número nueve de Oviedo, en el Juicio de Divorcio Nº 841/2.017. Se revoca parcialmente la sentencia apelada, en los siguientes términos:

Se fija la atribución de uso de la que fuera vivienda familiar, en favor de Doña Mercedes y su hija, por un plazo de dos años a computar a partir de esta resolución.

Se establece la pensión de alimentos que D. Demetrio ha de satisfacer para la manutención de su hija en cien euros (100€) mensuales, que se actualizarán conforme a las variaciones del IPC. La primera actualización se hará el 1 de enero de 2.020.

Importe que se pagará a partir de esta sentencia y en tanto Doña Mercedes y su hija tiene asignada la vivienda familiar. Cuando esa asignación se extinga, la pensión de alimentos pasará a ser de doscientos euros (200€) mensuales con el mismo índice de actualización y en los términos que se razona en el fundamento de derecho tercero.

Se confirma la sentencia de instancia en cuanto a la contribución en gastos escolares; extraescolares y extraordinarios de la hija de los litigantes y en la pensión compensatoria.

No se hace especial imposición de costas del recurso de apelación ni de a impugnación.

En aplicación del punto octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander **3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.**

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