



Roj: SAP Z 1250/2012
Id Cendoj: 50297370022012100199
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Zaragoza
Sección: 2
Nº de Recurso: 130/2012
Nº de Resolución: 257/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO ACIN GAROS
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00257/2012

SENTENCIA NÚMERO: 257/12

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. JULIÁN CARLOS ARQUÉ BESCÓS

Magistrados:

D. FRANCISCO ACÍN GARÓS

D^a. MARÍA ELIA MATA ALBERT

En Zaragoza, a nueve de Mayo de dos mil doce.

Visto por la Sección Segunda de ésta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº. 5, de los de Zaragoza, en autos nº. 1.305/10, sobre divorcio, a los que ha correspondido el rollo de apelación nº. 130/12, en el que es apelante **Dña. Herminia**, representada por el Procurador D. José Salvador Alamán Forniés y asistida por el Letrado D. Bruno Emanuel Rubín, y apelado **D. Víctor Manuel**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Farlete Borao y asistido por el Letrado D. Mauricio Izquierdo García, habiendo sido parte el **Ministerio Fiscal**, y

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada, y

PRIMERO .- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº. 5, de los de Zaragoza, se dictó el 14 noviembre 2011 sentencia que contiene el siguiente fallo: "Estimo la petición de divorcio formulada por D. Víctor Manuel contra Dña Herminia. Por tanto, declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio de los litigantes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración. Además, la nueva situación vendrá regida por los siguientes efectos:

1.- Atribuyo a D. Víctor Manuel la guarda y custodia del hijo menor, Víctor Manuel, con ejercicio compartido de la autoridad **familiar** en lo que exceda de su ámbito ordinario.

2.- En cuanto a régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores.

En defecto de acuerdo, Dña. Herminia podrá relacionarse con el menor en fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes a las 20,30 horas del domingo. Coincidirá con el fin de semana alterno a favor de la madre con el que trabaje el padre.

Para ambos progenitores: si a algún fin de semana puede unirse un puente vacacional, se ampliará el fin de semana desde las 18 horas del día de salida de colegio que inicie el puente de que se trate o, en su caso, hasta las 20,30 horas del día de su finalización.

Asimismo, un día entre semana (los miércoles), desde la salida del Instituto y hasta las 20 horas.

Durante el curso escolar, las festividades entre semana, salvo los que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente el padre y la madre. Si fueran de más de un día, se dividirán por mitad. Se iniciarán a la salida del colegio del día anterior al festivo.-

Las vacaciones de Semana Santa corresponderán en su totalidad a un progenitor. En años pares al padre, en años impares a la madre.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa.

El menor estará un mes de verano con cada progenitor. La elección la hará el padre en años pares; la madre en años impares; se efectuará antes del 15 de mayo de cada año.

Las fiestas del Pilar y puente de la Constitución, si en el calendario generan un periodo vacacional por unirse a un fin de semana, se dividirán por mitad (desde el día de salida del colegio a las 20,30 horas del día previo a la vuelta de las clases). En otro caso (ser varios días festivos intersemanales), seguirán el criterio general de éstos.

Todos los periodos vacacionales (en su caso, Fiestas del Pilar y Puente de la Constitución) interrumpen la alternancia de los fines de semana.

Las entregas del menor, con excepción de las que coincidan con la finalización del periodo escolar, se llevaran a cabo en el domicilio materno.

3.- En concepto de pensión alimenticia a favor del hijo David, D. Víctor Manuel deberá abonar mensualmente la cantidad de 200 euros.

Se hará efectivo este importe en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta que designe al efecto Dña. Herminia .

Se actualizará automáticamente con efectos del mes de enero de cada año (desde 2013), según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior.

4.- No fijo pensión alimenticia a cargo de la madre y a favor de Víctor.

5.- D. Víctor Manuel abonará 300 euros mensuales a la esposa en concepto de asignación compensatoria. El pago de esta cantidad y su actualización se ajustarán a lo establecido en el apartado 3.

Se hará efectiva la pensión hasta octubre de 2017, última pensión exigible.

6.- La contribución a gastos extraordinarios será por mitad. Se entenderán por tales, los médicos necesarios no comprendidos en la Seguridad Social y, en general, los gastos no habituales e imprevisibles respecto de los que exista acuerdo. A falta de conformidad, deberá recabarse el previo consentimiento para efectuarlos. En último término, autorización judicial, a excepción de los urgentes e inaplazables.

7.- No atribuyo a ninguno de los litigantes el uso de la vivienda **familiar**.

8.- El actor se hará cargo de la amortización del préstamo solicitado para la adquisición del vehículo; tendrá derecho al reintegro que proceda en la liquidación.

9.- No hago especial pronunciamiento sobre costas.-".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, la parte demandada interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, del que se dio traslado a las partes personadas, presentando la actora y el Ministerio Fiscal escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

TERCERO.- Remitidos los autos a esta Sala y practicada la prueba propuesta y admitida, no habiéndose considerado necesaria la celebración de vista, se señaló el día 24 abril 2012 para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales, a excepción de que no se ha podido cumplimentar el plazo al que se refiere el art. 465 LEC .

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don FRANCISCO ACÍN GARÓS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Los pronunciamientos objeto de recurso son los relativos a guarda y custodia del hijo menor, uso de la vivienda **familiar** y asignación compensatoria.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia atribuye a D. Víctor Manuel la guarda y custodia del hijo menor, Víctor Manuel, pronunciamiento frente al que se alza la actora, que solicita se le atribuya a ella y subsidiariamente se establezca una guarda y custodia compartida por semanas alternas, alegando que el relajado comportamiento con que el actor educa al hijo no está resultando positivo, habiéndose ya registrado consecuencias, como un sensible empeoramiento de las notas o la exclusión del menor del Programa de Acompañamiento que realiza el Instituto ante "la disminución continuada y voluntaria del rendimiento escolar o del aprovechamiento del programa" (comunicación de la Directora del IES "Pablo Serrano, fechada el 16-12-11).

El art. 80.1, primer párrafo, del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA), dispone que "Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos". Y el art. 80.2 que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones **familiares** que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los factores que el precepto enumera, siendo relevante para adoptar la decisión, en cada caso, la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales -art. 80.3 CDFA- y la opinión de los hijos menores cuando tengan suficiente juicio -art. 80.2 c) CDFA)-.

Desde la separación de sus progenitores Víctor vive con su padre, abuela y tío paterno, en tanto que David, el hijo mayor, vive con la madre, con quien Víctor se relaciona de una forma regular los fines de semana alternos, desde el viernes a las 19 horas hasta el domingo a las 20,30 horas y los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas.

Durante la convivencia **familiar** fue la madre quien se ocupó del cuidado y atención cotidianos del menor y D. Víctor Manuel de las parcelas educativos y de ocio. Víctor manifiesta querer vivir con él, aunque refiere que no le importaría permanecer con su madre en el domicilio **familiar** si no conviviese con su hermano, cuya relación con su padre reconocen ambos progenitores que se ha deteriorado y también la de ambos hermanos. La relación fraterna le produce a Víctor un gran malestar psicológico que, teniendo en cuenta su inestabilidad, puede ejercer una influencia negativa sobre él.

Sobre tales bases, atendido también que se han puesto en práctica sin dificultades los acuerdos a que llegaron ambos progenitores en proceso de **mediación familiar** iniciado en marzo 2011, por los cuales se regían en el momento del informe las relaciones **familiares**, la Psicóloga recomienda que Víctor permanezca bajo la guarda y custodia de su padre, medida que en atención a todo lo expuesto, evaluados los factores del art. 80.2 CDFA, es la que se revela más adecuada para preservar el superior interés del menor, designio al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afecte al mismo (art. 76 CDFA).

TERCERO.- En cuanto a la asignación compensatoria, señalada en la instancia en cuantía de 300 # mensuales hasta octubre de 2017, última pensión exigible, solicita la recurrente su elevación a 500 # mensuales por tiempo indefinido, que se reducirán a 250 # si obtiene ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.

El art. 82.2 CDFA establece que "La cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el Juez mediante la ponderación equitativa de los siguientes criterios: a) Los recursos económicos de los padres. b) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo. c) La edad de los hijos. d) La atribución del uso de la vivienda **familiar**. e) Las funciones **familiares** desempeñadas por los padres. f) La duración de la convivencia".

La Sra. Herminia tiene 49 años, carece de cualificación y experiencia laboral, que queda reducida a cuatro meses en la carnicería de su pueblo, entre 1-4-81 y 31-7-81, cuando tenía 16 años. La convivencia matrimonial duró 24 años, con dedicación completa a la familia. Es demandante de empleo desde el 23-10-10. Y ocupa en precario la que fue vivienda **familiar**, de la que es usufructuaria la madre del actor.

El Sr. Víctor Manuel es fotógrafo, componente con sus dos hermanos de " DIRECCION000 C.B.", en la que tiene una participación del 30 %. Sus ingresos, según él reducidos a unos 600 # mensuales, que se

elevan a 900 # únicamente los meses de mayo, provienen fundamentalmente de su trabajo como fotógrafo en la Basílica del Pilar, el cual, turnado con otra empresa por semanas alternas, desarrolla junto con sus hermanos. La tienda que tiene " DIRECCION000 C.B." dice D. Víctor Manuel haber quedado reducida a domicilio social y de atención a sus clientes. En 2008 la Comunidad de Bienes, como Entidad en Régimen de Atribución de Rentas, declaró unos ingresos de 24.439 # y de 22.251 # en 2009.

De los dos hijos del matrimonio -David, de 24 años, y Víctor Manuel, de 13-, el primero es demandante de empleo.

El Juez, a la vista de las circunstancias concurrentes, señala una pensión de 300 # mensuales hasta octubre 2017, última pensión exigible; sin embargo, como declara la STS 6-9-11 , el establecimiento de un límite temporal depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso -en particular las del art. 97 C.C. o del art. 83.2 CDFA en Aragón- que según las SSTS 19-1-10 , 4-11-10 y 14-2-11 , tienen la doble función de actuar como elementos definitorios del desequilibrio y, determinado este, como factores que permitirán fijar la cuantía de la pensión, valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superarlo en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no será preciso prolongar más allá su percepción, "juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre", perspectiva ésta en la que, dadas las limitaciones que rodean la coyuntura personal de Dña Herminia -edad, falta de cualificación laboral y desvinculación durante años del mercado de trabajo-, siendo del todo presumibles, por tanto, las dificultades que encontrará en su ingreso en el mercado de trabajo, parece criterio preferible estar a la realidad de los artículos 100 y 101 del Código Civil y, teniendo en cuenta también la capacidad económica del obligado, señalar una pensión de importe inferior -200 # mensuales-, pero indefinida en el tiempo, sin prefijar aventuradamente el plazo en que la acreedora logre el cese del desequilibrio a cuya compensación trata de proveer.

CUARTO.- La sentencia no hace pronunciamiento sobre el uso de la vivienda **familiar** -C/ DIRECCION001 NUM000 , NUM001 NUM002 , de Zaragoza- porque -dice-, siendo los esposos meros precaristas y no habiendo sido parte en el proceso la madre del demandado, titular del disfrute, tal circunstancia impide hacerlo.

Existiendo hijos menores, el Juez puede pronunciarse sobre el uso, incluso sin haberlo solicitado ninguna de las partes, al margen de que la atribución que se haga no prejuzgue por sí sola la resolución que recaiga en el procedimiento posterior que para recuperar la posesión entable el propietario o tercero afectado, pues ni el procedimiento matrimonial es adecuado para calificar el título por el que las partes poseen la vivienda, ni en él cabe valorar su veracidad, y, además, los propietarios o terceros afectados -la abuela titular de una mitad de la vivienda en pleno dominio y de otra en nuda propiedad- no tienen posibilidad de intervenir.

Ello al margen, en el caso no procede la atribución que la Sra. Herminia solicita, pues el art. 81.2 del CDFA establece que "Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda **familiar**, salvo que el mejor interés para las relaciones **familiares** aconseje su atribución al otro progenitor", y ni a la recurrente le ha sido atribuida la guarda y custodia del hijo menor, ni consta que el hijo mayor sea dependiente. Por lo cual, atribuida la custodia del hijo menor al padre -titular de la mitad en nuda propiedad de la vivienda, cuya otra mitad en pleno dominio corresponde a su madre- y no constando que el mejor interés para las relaciones **familiares** aconseje la atribución de ese uso a Dña. Herminia , debe desestimarse la petición del recurso.

QUINTO.- No se hace especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias (arts. 394 y 398 LEC).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dña Herminia contra D. Víctor Manuel y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº. 5, de los de Zaragoza, debemos revocar y revocamos la citada resolución, que lo es en el único sentido de dejarse sin efecto la limitación en el tiempo que la misma introduce respecto de la pensión compensatoria puesta a cargo de D. Víctor Manuel , que en su cuantía se reduce a 200 # mensuales. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.



Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para recurrir y, firme que sea la sentencia, las actuaciones al Juzgado de su procedencia, juntamente con testimonio de la presente para su conocimiento y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Contra la anterior Sentencia caben recursos extraordinario por Infracción Procesal y/o Casación por interés casacional que se interpondrán en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y para el caso de que se considera infringida norma de Derecho Civil Aragonés ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, debiendo el recurrente al presentar el escrito de recurso acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº. 4899) en la Sucursal 8005 de Banesto, sita en la calle Torrenueva, 3 de esta Ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04-Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, esta Sala Segunda, en el mismo día de su fecha, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ