



Roj: **SAP V 901/2017 - ECLI: ES:APV:2017:901**

Id Cendoj: **46250370102017100214**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **10**

Fecha: **13/03/2017**

Nº de Recurso: **1381/2016**

Nº de Resolución: **237/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS ESPARZA OLCINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 001381/2016

SECCIÓN 10ª

SENTENCIA nº.237/2017

SECCIÓN DÉCIMA :

Ilustrísimos Sres .:

Presidente:

D. JOSÉ ENRIQUE DE MOTTA GARCÍA ESPAÑA

Magistrados/as:

Dª Mª DEL PILAR MANZANA LAGUARDA

D. **CARLOS ESPARZA OLCINA**

En Valencia, a trece de marzo de dos mil diecisiete

Vistos ante la Sección Décima de la Itma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Divorcio contencioso nº 000026/2015, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE DIRECCION000 , entre partes, de una como demandante-apelante, D. Maximino representado por el Procurador D. MIGUEL FONTANA GALLEGO y defendido por el Letrado D. JUAN NAVARRO IGLESIAS y de otra como demandada, Dª . Camila , representada por la Procuradora Dª . MARÍA PILAR MASIP LARRABEITI y defendida por la Letrado Dª Mª.INMACULADA GARCÍA GUILLÉN, siendo parte EL MINISTERIO FISCAL.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **CARLOS ESPARZA OLCINA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE DIRECCION000 , en fecha 5-11-15, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Fontana Gallego en nombre y representación de D. Maximino contra Dª . Camila , representada por la Procuradora de los Tribunales Pilar Masip Larabeiti, procede declarar la disolución del matrimonio por DIVORCIO, estableciéndose las siguientes medidas de orden personal y económico:

Se atribuye a ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad sobre los menores.

Se establece el régimen de guarda y custodia compartida. El régimen se ejercerá por semanas alternas de lunes a la salida del colegio o en caso que no sea un periodo lectivo a las 10:00 horas, siendo el progenitor que cese en la custodia el que reintegrará en el colegio a la hora de inicio de este o los reintegrará en el domicilio del progenitor que inicia la convivencia a la hora prefijada (10:00H). El progenitor que cada semana no este disfrutando de la



compañía de los menores tendrá derecho a una visita intersemanal con pernocta desde la salida del colegio, o en su caso desde las 17:00 horas y hasta la reintegración en el colegio al día siguiente a la hora de inicio de éste o en su caso en el domicilio del otro progenitor. Fijándose como día para la visita intersemanal los miércoles.

Las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Fallas y Verano se distribuirán por mitades entre ambos progenitores en caso de discordancia elegirá la madre en los años impares y el padre los pares. El periodo estival incluirá los meses de julio y agosto y se disfrutará por quincenas no sucesivas en la forma de elección señalada y del siguiente modo:

Las vacaciones de verano se realizarán por quincenas, siendo divididos los periodos de la siguiente forma: del 1 de julio a las 10:00 horas hasta el 16 de julio a las 21 horas y del 16 de julio a las 21 horas hasta el 31 de julio a las 21 horas. Del 1 de agosto a las 10:00 horas hasta el 16 de agosto a las 21 horas y del 16 de agosto a las 21 horas hasta el 31 de agosto a las 21 horas.

La festividad del día del padre y de la madre la pasaran con el padre o la madre respectivamente, con independencia de a quien le correspondiese tener en su compañía a sus hijos ese día.

*Se atribuye a Camila el uso y disfrute de la **vivienda familiar** por un periodo de dos años, debiendo compensar a Maximino con 80 € mensuales que se abonarán en el número de cuenta que a tal efecto designe Maximino , dentro de los 5 primeros días de cada mes.*

Se fija una cantidad de 110 € mensuales, en concepto de pensión de alimentos con cargo a Maximino y a favor de cada uno de los menores, pagaderos dentro de los 5 primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que a tal efecto designe Camila . Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme al IPC. Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad por ambos progenitores siempre que sean aceptados previamente por ambos cónyuges o sean adoptados por decisión judicial.

Se establece a favor de Camila , una pensión compensatoria de 200€ mensuales por tiempo de 1 año. Dicha pensión será abonada por Maximino dentro de los 5 primeros días de cada mes en el número de cuenta que a tal efecto designe Camila ."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandante se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día 5-11-15 para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni practicado prueba.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El actor interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de DIRECCION000 el día 5 de noviembre de 2.015, que acordó el divorcio de los litigantes, fijó un sistema de guarda compartida en relación con los dos hijos de 12 y 6 años de edad, con la asignación del uso de la **vivienda** a la demandada durante dos años, y la obligación a cargo del actor de pagar la suma de 110 euros al mes para cada uno de los dos hijos, y 200 euros mensuales durante un año a la demandada como pensión compensatoria, y una compensación por pérdida del uso de la **vivienda** a cargo de la demandada y a favor del actor de 80 euros al mes.

Para decidir en relación con el uso de la **vivienda**, la compensación por su pérdida, y las pensiones de alimentos y compensatoria fijadas a cargo del demandante, de acuerdo con los artículos 93 , 96 y 97 del Código Civil , habida cuenta de la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica 5/2011 de 1 de abril por la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2.016 , se tiene en cuenta que la demandada se encuentra en situación de desempleo, dijo en la vista que percibía 528 euros al mes como prestación, lo que está acreditado documentalmente (folios 142 y siguientes), y que dejó de trabajar en un supermercado porque cerraron la tienda y las condiciones que le ofrecieron eran muy malas, pues conllevaban la obligación de trabajar de madrugada. Por su parte el actor percibió en el año 2.014 26.460, 02 euros netos (folio 112), y paga un alquiler de 400 euros al mes (folio 117). De los datos expuestos se desprende en primer lugar que no procede el pago de compensación por la pérdida del uso de la **vivienda**, porque ha sido declarada inconstitucional, como se ha dicho, la ley autonómica que la regulaba. El uso de la **vivienda**, atribuido a la demandada por dos años, se confirma porque protege de manera razonable a los hijos y tiene en cuenta la situación económica inferior de la apelada, pero no prolonga excesivamente esta privación del uso al actor. Se confirman tanto las pensiones de alimentos a cargo del demandado, (recientemente, el Tribunal Supremo ha declarado que la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción entre



los ingresos de ambos progenitores en sentencias de 11 de febrero y 4 de marzo de 2.016), como la pensión compensatoria, dado el desequilibrio existente entre los recursos de las dos partes. Procede por ello la desestimación del recurso del actor y la estimación parcial de la impugnación de la demandada, y dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la compensación por pérdida del uso.

SEGUNDO .- La Sala, visto el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , siguiendo el criterio mantenido por ésta y otras Audiencias, en atención a la naturaleza de las pretensiones planteadas en materia matrimonial y paterno-filial, acuerda la no imposición de las costas, y en consecuencia, que cada parte deberá asumir las causadas a su instancia corriendo por mitad las comunes.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad del Rey

Ha decidido:

1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de DIRECCION000 el día 5 de noviembre de 2.015, y estimar parcialmente la impugnación planteada por la demandada.

2º) Revocar la citada sentencia para declarar que la demandada no debe pagar al actor una compensación por la privación del uso de la **vivienda**.

3º) Confirmar la sentencia en todo lo demás.

4º) No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su pérdida.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional siempre que concurren las causas y se cumplimenten las exigencias del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, y acumuladamente con al anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, en un solo escrito, ante ésta Sala, en el **plazo de veinte días** , contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre ; salvo que tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el cual deberán acreditar, al efectuar cualquier solicitud ante el Tribunal superior.

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

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.