



Roj: **SAP Z 1608/2017 - ECLI:ES:APZ:2017:1608**

Id Cendoj: **50297370022017100339**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **2**

Fecha: **14/07/2017**

Nº de Recurso: **109/2017**

Nº de Resolución: **531/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO ACIN GAROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1608/2017,**
AAAP Z 2751/2017

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00531/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SECCIÓN SEGUNDA

N10250

C/ GALO PONTE, 1, PLANTA 3

Tfno.: 976.208035-031-034 Fax: 976.208032

N.I.G. 50297 48 1 2016 0000674

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000109 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.1 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: DIVORCIO CONTENCIOSO 0000085 /2016

Recurrente: Adelina

Procurador: JOSE ANTONIO GARCIA MEDRANO

Abogado: GEMMA CONSUELO GONZALO LOPEZ

Recurrido: Valeriano

Procurador: PATRICIA ANDREA GONZALEZ

Abogado: FELIPE LAFUENTE HUERTA

MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA NÚMERO: 531/2017

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Ilmos. Señores:

Presidente :

D. JULIÁN CARLOS ARQUÉ BESCÓS

**Magistrados:**

D. FRANCISCO ACÍN GARÓS

D. LUÍS ALBERTO GIL NOGUERAS

En ZARAGOZA, a catorce de Julio de dos mil diecisiete.

VISTOS por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, en grado de apelación, los Autos de divorcio nº. 85/2016, procedentes del JDO. DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº. 1 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo de Apelación número 109/17, siendo apelante **DOÑA Adelina** , representada por el Procurador de los Tribunales don José-Antonio García Medrano y asistida por la Letrada doña Gemma-Consuelo Gonzalo López, y **DON Valeriano** , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Patricia Andrea González y asistido por el Letrado don Félix Lafuente Huerta, habiendo sido parte el **MINISTERIO FISCAL** , y

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los que figuran en la sentencia apelada, y

PRIMERO .- Por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº. Uno de los de Zaragoza se dictó el 18 noviembre 2016 sentencia que contiene el siguiente fallo: "Que estimando la demanda de divorcio presentada por Adelina contra Valeriano . siendo parte el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraído entre la Sra. Adelina y el Sr. Valeriano en fecha 22 de agosto de 2007, con todos los efectos legales que esta declaración conlleva, sin hacer expresa condena en costas de ninguno de ellos, fijando las siguientes medidas reguladoras del nuevo estado civil de los litigantes:

I.- Los cónyuges podrán vivir separados cesando la presunción de convivencia conyugal.

II.- quedan revocados todos los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro, cesando asimismo la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica y disuelto el régimen económico matrimonial.

III.- Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores a la madre Adelina , siendo compartido por ambos progenitores el ejercicio de la autoridad familiar.

IV.- Atribución del domicilio: El uso del domicilio familiar sito en Calle DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 de Zaragoza, así como el ajuar existente en el mismo, se atribuye a os hijos menores de edad y consecuentemente a la Sra. Adelina , siendo de su cargo todos los gastos derivados del uso, tales como alquiler, luz, agua, comunidad, etc...

V.- Régimen de visitas: El padre podrá visitar y estar en compañía de los hijos menores de 12 y 6 años respectivamente, consistentes en fines de semana alternos, desde el sábado a las 11 horas hasta el domingo a las 20:00 horas, efectuándose las entregas y recogidas de los menores en el domicilio que designe la madre, designando en este momento el mismo que están utilizando hasta la fecha y en su defecto el Punto de Encuentro Familiar. El hijo menor de edad de 16 años (Fabio) se relacionará libremente con el padre al igual que su hermano mayor (Heraclio).

VI.- Vacaciones de Verano, Navidad, Semana Santa y Fiestas del Pilar:

1.- Las vacaciones de verano, serán fijadas conforme al calendario escolar. El inicio de las mismas se fijará conforme al calendario escolar de la Comunidad. Se repartirán los meses de julio y agosto de modo que cada progenitor disfrutará de los menores un mes.

Los últimos días de vacaciones del mes de junio y los días de vacaciones del mes de septiembre se repartirán por mitadk de forma que los días del mes de junio le corresponderán al progenitor que corresponda el mes de agosto y los días de septiembre le corresponderán al progenitor que corresponda el mes de julio.

En defecto de acuerdo, la hora de inicio de cada periodo vacacional se fija a las 10:00 horas y el final a las 20:00 horas.

2.- En cuanto a las vacaciones de Navidad, fijadas con arreglo al calendario escolar de la Comunidad donde el menor desarrolle su curso escolar, en defecto de acuerdo, el periodo vacacional se divide en dos partes. Desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre a las 20horas y desde el día 30 de diciembre al día anterior al inicio de las clases, a las 20:00 horas.



3.- En las Vacaciones de Semana Santa, fijadas con arreglo al calendario escolar, en defecto de acuerdo, el periodo vacacional se divide en dos partes iguales, desde el inicio de las vacaciones hasta las 10:00 horas del día en que acabe este primer periodo y desde entonces hasta las 20:00 horas del último día de vacaciones.

En todos los supuestos de vacaciones expuesto, en defecto de acuerdo, corresponde a la madre los años pares, la elección del periodo de vacaciones que desee disfrutar con sus hijos, correspondiendo al padre la elección en los años impares. El progenitor a quien corresponda la elección cada año, deberá notificar la elección al otro progenitor con antelación de un mes al inicio del periodo vacacional.

Durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, queda suspendido el régimen de fines de semana.

VII.- Gastos de asistencia para el hijo menor de edad.

Se establece una pensión de alimentos de 400 euros mensuales, a razón de 100 euros/mes por cada uno de los hijos y a cargo del Sr. Valeriano . Esta cantidad se ingresará en los cinco primeros días del mes, en la cuenta bancaria que la Sra. Adelina designe al efecto, y se incrementará anualmente, el 1 de enero, conforme el Índice de Precios al consumo o aquel que lo sustituya.

VIII.- Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos se abonarán por mitad, incluidos los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema de Seguridad Social y los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán por mitad si su devengo se hubiera acordado por ambos progenitores. En defecto de acuerdo, estos gastos se abonarán por el progenitor que haya decidido su realización conforme a lo dispuesto en el artículo 82.4 ya citado.-".

SEGUNDO .- La representación procesal de la actora presentó escrito de recurso de apelación, del que se dio traslado a las demás partes personadas que, en legal forma, se opusieron a dicho recurso, acordándose remitir las actuaciones a esta Sección y emplazar a las partes por termino de diez días a fin de que compareciesen ante este Tribunal.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Segunda, y, no aportados nuevos documentos ni propuesto prueba, ni considerado necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 23 mayo 2017 para votación y fallo. Con la misma fecha recayó auto acordando como diligencias finales traer al rollo informe de la TGSS sobre la actual situación laboral del Sr. Valeriano y, por tanto proceder a la correspondiente consulta telemática al PNJ, quedando entre tanto en suspenso la decisión del recurso; y traído a los autos el informe solicitado, se dio el correspondiente traslado a las partes para alegaciones, y por diligencia de ordenación de 10 julio 2017, una vez formuladas, se pasaron las actuaciones a la Sala para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda de divorcio interpuesta por la Sra. Adelina y, entre otras medidas, señala como contribución del Sr. Valeriano a los gastos de asistencia de los cuatro hijos la cantidad de 100 € mensuales para cada uno, pronunciamiento frente al que se alza la primera, que solicita a) que el demandado pague el alquiler mensual del domicilio familiar cuyo uso se le atribuye a ella y sus hijos, y si cambiara de domicilio, la cantidad que abone por el mismo concepto mientras los hijos o uno de ellos conviva con la madre; b) el pago de una pensión mensual de 500 €, a razón de 125 € hijo, ó 780 € si no se acuerda la medida del apartado anterior; y c) el pago del 100 % de los gastos extraordinarios necesarios, y subsidiariamente, a razón del 80 % el padre y el 20 % la madre.

SEGUNDO.- Los litigantes, de **nacionalidad** ecuatoriana, contrajeron matrimonio en Ecuador el 22-8-2007, habiendo nacido de dicha unión cuatro hijos, tres en Ecuador - Heraclio , Sacramento y Fabio , de 18, 16 y 14 años al presentarse la demanda- y uno en Zaragoza - Jacinta , de 7 años-. Todos ellos con residencia habitual en Zaragoza.

La actora apoya su demanda en el Código Civil y la recurrente dice vulnerados sus arts. 145 y 146 .

La legislación española es ciertamente la aplicable. El artículo 8.a) del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, que derogó de facto las reglas que se mantuvieron en el art. 107 CC hasta la L 15/2015, señala como ley aplicable al divorcio la española por la residencia común de los esposos; ley que es asimismo la aplicable a las cuestiones sobre responsabilidad parental ex artículo 5.1 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 , y a los alimentos, por así resultar del artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, en ambos casos por razón de la residencia de la menor.



Con ello, la normativa a aplicar no lo será la común, sino la aragonesa, pues es Aragón el territorio de residencia de todos los afectados y, no siendo de aplicación la conexión establecida en el art. 14 CC, pues ninguno de los afectados puede tener vecindad de cualquiera de los territorios con derecho civil propio por no ser españoles, tal circunstancia conduce al punto de conexión de la residencia en virtud de los arts. 47 y 48 Convenio de la Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010.

TERCERO.- La contribución del padre al sostenimiento y educación de los hijos de los que queda apartado debe fijarse con consideración conjunta de sus ingresos, recursos y disponibilidades (art. 82 1 y 2 del CDCA), apreciación que el órgano judicial ha de realizar atendiendo a las alegaciones de las partes y las pruebas aportadas, cuidando de no dejar desatendidas las exigencias impuestas por la solidaridad familiar, pero evitando simultáneamente una protección desmedida, con olvido de las propias necesidades del alimentante, determinadas por su personal situación (SSTS 9 octubre 1981 y 12 febrero 1982).

Al contestar la demanda -julio 2016- el demandado estaba en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, acreditando el pago por la S.S. de pensiones que en marzo/junio 2016 lo fueron por una media de 1400 € mensuales. Posteriormente se le aprobó prestación de desempleo por importe de 1105 € mensuales, con periodo reconocido del 22-9-16 al 1-1-2017. Y de la prueba acordada en diligencias finales han resultado trabajar por cuenta ajena con nóminas que fueron de 1059,10 € en abril y de 1163,48 en mayo de 2017. Paga 290 € mensuales de alquiler que, frente a lo que sostiene la recurrente, no consta comparta con nadie, y si hasta entonces había estado enviando a Ecuador 300 € mensuales para el pago de determinada deuda inmobiliaria, en el momento de la vista de la primera instancia -octubre 2016- solo le restaba el pago de algo más de 100 €.

La Sra. Adelina percibe subsidio de desempleo -426 € mensuales-, con alta en la SS únicamente en días sueltos, reduciéndosele del subsidio las cantidades que percibe, siendo su alta anterior a su concesión.

De los hijos, el mayor está estudiando un Ciclo Formativo de Formación Profesional y los demás ESO o primaria, todos ellos en centros públicos.

Siendo las expuestas las circunstancias concurrentes, debe mantenerse la pensión recurrida, que se revela acorde a los medios económicos del alimentante y a las necesidades de los beneficiarios, estimándose únicamente el recurso en tema de porcentajes en la contribución a los gastos extraordinarios necesarios, que lo será a razón del 65 € el demandado y del 35 % la actora.

Si, como dice el Sr. Valeriano, hay dos hijas que viven con él, deberá plantear la correspondiente modificación de medidas.

CUARTO.- Estimados en parte el recurso y la demanda, no se hace especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias.

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Adelina contra DON Valeriano y la Sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 18 noviembre de 2016 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº. 1 de Zaragoza, debemos revocar y revocamos en parte la referida resolución, que lo es en el único sentido de distribuir la contribución a los gastos extraordinarios necesarios a razón del 70 % el Sr. Valeriano y del 30 % la Sra. Adelina. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Contra la anterior Sentencia cabe interponer recursos de Casación e Infracción Procesal ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 16ª de la LEC, redactada conforme a la Ley 37/11 de 10 de octubre, que se interpondrán ante este Tribunal en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, 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 el Banco de Santander, 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.

Firme que sea la Sentencia, devuélvase a doña Adelina el depósito constituido para recurrir y las actuaciones al Juzgado de procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su conocimiento y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

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