

Resumen

DIVORCIO CONTENCIOSO CON RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DEL 1438 CON CRITERIOS PARA SU CUANTIFICACION.

Sentencia de primera instancia dice:

- Guarda y custodia compartida por semanas
- Pensión de alimentos 250€ al mes
- Gastos extraordinarios 60% y 40% madre
- No se establece pensión compensatoria a favor de Doña Catalina .
- Indemnización 1438 cc en la suma de 28.933,80
- Uso y de la vivienda familiar a la madre limitando el referido derecho de uso al tiempo en que se proceda por los litigantes a la liquidación del condominio existente sobre la vivienda con un plazo máximo en todo caso de dos años.

Sentencia Audiencia provincial de Valladolid. CONFIRMA la sentencia en todos sus extremos excepto en la indemnización que la rebaja de 28.933,80 a 22.390,24

Pension alimentos ,No la rebaja y argumenta

- los ingresos del apelante los considera bastante superiores a los de su esposa pues posee una clínica dental.
- que los ingresos que afirma percibir no pueden considerarse verosímiles por ser él quien confecciona y expide sus propias nóminas.
- Es el socio y administrador único por lo que además del salario puede percibir otros beneficios de la explotación de su negocio bucodental
- Además **la relación de gastos** que dice justificados relativos a pagotc. lo único que ponen de manifiesto por su cuantía, unos 1834 euros, es un dato indiciario notable de que tiene mayores ingresos **porque es difícil imaginar** que con solo 2.000 euros pueda afrontar esos gastos fijos y atender además a sus necesidades personales.

Indemnización del 1438

a) Reconocimiento

- Que haya tenido la ayuda de personal doméstico no excluye el derecho a la indemnización porque el termino exclusivo no significa ni cabe interpretarlo como que solo ella trabajase en las tareas domésticas sino que no tuviese más ni otra ocupación que la dedicación a esas tareas.
- por acuerdo de los litigantes, y para ocuparse de la atención y cuidado de sus hijas, la esposa pidió la excedencia laboral y no ejerció otra actividad que la dedicación a la casa.

B) cuantia

- **Sí cabe estimar** su pretensión de **que el periodo a indemnizar no sea el de 41 meses sino el periodo transcurrido desde su excedencia hasta el 25 de junio de 2018 en que se reincorporó a su trabajo.**

- Si se ha fundamentado la pretensión de indemnización en que la esposa puso la excedencia laboral para ocuparse de la casa y de sus hijas es de razón considerar que dejó de tener esa dedicación justificativa de la indemnización del art.1438 cuando dejó de estar en esa situación de excedencia pues además su horario laboral era el ordinario sin reducciones de jornada para poder dedicarse más intensamente a la casa.
- Si puso su excedencia laboral el 15 de octubre de 2015 y se incorporó a su trabajo a finales de junio de 2018 ha de computarse como periodo de indemnización 32 meses y medio.
- En consecuencia le corresponderán 22.390,24 euros como indemnización según el importe de los distintos salarios mínimos interprofesionales correspondientes a cada año.

Cabecera: Divorcio contencioso. Pension alimenticia. Guarda y custodia compartida o conjunta

Con su recurso critica la parte apelante en primer lugar que no se haya estimado su pretensión de supresión o de rebaja de la **pension alimenticia de las hijas**.

Tales condiciones negativas no se aprecian en la actividad valorativa de la juzgadora a quo cuando concluye que la fijación de un **regimen de custodia compartida** no impide poner **pension alimenticia** a cargo de aquel de los progenitores que percibe más ingresos que el otro con el fin de impedir que los menores tengan un nivel de vida económico diferente según con cuál de los progenitores convivan en cada momento.

Se le haya atribuido el uso de la vivienda familiar no es determinante para la rebaja pretendida pues al haberse establecido un régimen de **guarda compartida** el uso se ha temporalizado siguiendo el reiterado criterio jurisprudencial en esos supuestos.

PROCESAL: Reconvencion

Jurisdicción: Civil

Ponente: [Francisco Salinero Román](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 26/01/2021

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 25/2021

Número Recurso: 293/2020

Numroj: SAP VA 152/2021

Ecli: ES:APVA:2021:152

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00025/2021

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSV

N.I.G. 47186 42 1 2019 0002115

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000293 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000107 /2019

Recurrente: Laureano

Procurador: ANA TERESA CUESTA DE DIEGO

Abogado: CÉSAR IGNACIO LAVÍN FERNÁNDEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Catalina

Procurador: , GONZALO FRESNO QUEVEDO

Abogado: , ANA M^a MARTIN VELA

SENTENCIA num. 25/2021

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL

D^a EMMA GALCERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a veintiséis de enero de dos mil veintiuno.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos

de Divorcio Contencioso núm. 107/19 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid, seguido entre

partes, de una como DEMANDANTE-APELANTE D. Laureano , representado por la Procuradora Dña. ANA

TERESA CUESTA DE DIEGO y defendido por el letrado D. CÉSAR IGNACIO LAVÍN FERNÁNDEZ, y de otra como

DEMANDADA-APELADA Dña. Catalina , representada por el Procurador D. GONZALO FRESNO QUEVEDO y

defendida por la letrada Dña. ANA MARÍA MARTÍN VELA, con intervención como apelado del MINISTERIO

FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 06/03/2020, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por Don Laureano frente a Doña Catalina y también parcialmente la demanda reconventional interpuesta por esta frente a aquel, decreto la disolución del matrimonio por DIVORCIO de dichos cónyuges, con todos los efectos legales inherentes, acordando las siguientes medidas:

1.-Se atribuye la patria potestad sobre las hijas comunes menores de edad, Genoveva , nacida el día NUM000 de 2014 y Guillerma , nacida el NUM001 de 2015 a ambos progenitores en forma compartida.

2.- La guarda y custodia de las menores Genoveva y Guillerma se ejercerá de modo compartido por sus progenitores del siguiente modo: Por semanas alternas, de domingo a domingo a las 20.00 horas.

Asimismo, se fijan visitas intersemanales los miércoles desde la salida del centro escolar a las 20.00 horas, con reintegro en el domicilio del progenitor custodio de esa semana.

En vacaciones el régimen será el siguiente: -Vacaciones de Navidad: un primer periodo desde el último día lectivo de diciembre a las 20.00 horas hasta las 20.00 horas del 30 de diciembre. Y el segundo desde el 30 de diciembre a las 20.00 horas hasta el último día de vacaciones de Navidad a las 20.00 horas.

-Vacaciones de Semana Santa: un primer periodo desde las 20.00 horas del último día lectivo hasta la mitad de las mismas a las 20.00 horas. Y el segundo desde la finalización del primero hasta el final.

- Vacaciones de verano: se dividirán en cuatro periodos, cada uno de quince días (del 1 al 15 de julio, del 15 de julio al 31 de agosto, del 1 al 15 de agosto y del 16 de agosto al 31 de septiembre), y con recogidas y entregas a las 20.00 horas de los días en los que se termine el periodo.

Las entregas y recogidas de los menores se realizarán en los periodos vacacionales en la vivienda familiar, correspondiendo los primeros periodos en cada una de estas vacaciones al padre y los segundos a la madre en los años pares, y a la inversa los años impares. Los cálculos de las mitades a que se hace referencia se realizarán por días y no por horas.

En caso de que el día de la madre o del padre las menores estén con el otro progenitor, pasarán tres horas con la madre y el padre respectivamente. Los días de

cumpleaños de los menores pasaran tres horas con el otro progenitor no custodio, igual que en el caso de los días de cumpleaños de ambos progenitores.

3.- Ambos progenitores facilitarán la comunicación de sus hijas con el otro progenitor en las semanas en las que no esté en su compañía, así como en los periodos vacacionales, pudiendo comunicarse con ellas diariamente de forma telefónica, electrónica o audiovisual.

4.- El padre abonará una pensión mensual a favor de cada una de sus hijas de 225 euros, cantidades actualizables conforme al IPC y pagaderas en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta ya existente a estos efectos.

Los gastos extraordinarios serán satisfechos en un 60% por el padre y 40% por la madre. Se entienden por gastos extraordinarios, los médicos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro privado que tenga los padres y los educacionales no cubiertos por el sistema público de educación, como las clases particulares de asignaturas troncales que venga recomendadas por el centro educativo, siguiendo así criterio asentado en la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valladolid. Asimismo, se incluirán aquellos en los que exista acuerdo entre los progenitores.

5.- Se atribuye el derecho de uso y disfrute exclusivo a favor de D^a Catalina de la vivienda familiar sita en la CALLE000 , N^o NUM002 , NUM003 , de Valladolid; limitando el referido derecho de uso al tiempo en que se proceda por los litigantes a la liquidación del condominio existente sobre la vivienda con un plazo máximo en todo caso de dos años.

Los gastos derivados de la propiedad, incluida hipoteca, IBI y seguro de la vivienda, se sufragarán por los propietarios en proporción a su participación (50%). Los gastos de uso se satisfarán por el que en ese momento asuma el uso de la vivienda.

6.- No se establece pensión compensatoria a favor de Doña Catalina .

7.- **Don Laureano indemnizará a su esposa en la suma de 28.933,80 €.**

Todo ello sin expresa imposición de costas."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de D. Laureano , se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria y por el Ministerio Fiscal se presentaron sendos escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 15/12/2020, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- **Con su recurso critica la parte apelante en primer lugar que no se haya estimado su pretensión de supresión o de rebaja de la pensión alimenticia de las** hijas. Atribuye a la Juzgadora "a quo una errónea valoración de la prueba sobre su capacidad económica.

Poco podemos y debemos añadir a los acertados y extensos argumentos tenidos en cuenta por la Juzgadora "a quo" para resolver como lo hace la cuestión planteada por lo que los hacemos nuestros en su integridad para evitar innecesarias repeticiones. Como ya es criterio de esta Sala en sintonía con el criterio jurisprudencial sentado entre otras en la sentencia de la Sala Primera de 10 de septiembre de 2015 solo será criticable la valoración del Juzgador a quo de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica (SSTS de 9 de marzo de 2010 , RIP n.º 1988/2005 , 11 de noviembre de 2010 , RIP n.º 1881/2005); o se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 noviembre 1994 , 18 diciembre 2001 , 8 febrero 2002); o se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 18 diciembre 2001 , 8 febrero 2002 , 13

diciembre 2003 , 9 junio 2004); o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTs de 28 enero 1995 , 18 diciembre 2001 , 19 junio 2002).

Tales condiciones negativas no se aprecian en la actividad valorativa de la Juzgadora "a quo" cuando concluye que la fijación de un régimen de custodia compartida no impide poner pensión alimenticia a cargo de aquel de los progenitores que percibe más ingresos que el otro con el fin de impedir que los menores tengan un nivel de vida económico diferente según con cuál de los progenitores convivan en cada momento.

La Juzgadora explica de manera razonable

porqué los ingresos del apelante los considera bastante superiores a los de su esposa pues posee una clínica dental que ha ido ampliando a medida que su clientela crecía al punto de contratar otro odontólogo en fechas inmediatas a cuando se dictó el auto de medidas provisionales y contando además con otros dos trabajadores de manera permanente.

Razona con acierto la Juzgadora que los ingresos que afirma percibir no pueden considerarse verosímiles por ser él quien confecciona y expide sus propias nóminas.

Es el socio y administrador único por lo que además del salario puede percibir otros beneficios de la explotación de su negocio bucodental.

Que se **le haya atribuido el uso de la vivienda familiar** no es determinante para la rebaja pretendida pues al haberse establecido un régimen de guarda compartida el uso se ha temporalizado siguiendo el reiterado criterio jurisprudencial en esos supuestos.

Además **la relación de gastos** que dice justificados relativos a pago de alquiler, cuota hipotecaria, préstamo para adquirir un vehículo, cuota de la seguridad social, cuota colegio de odontólogos, gastos de suministros etc. lo único que ponen de manifiesto por su cuantía, unos 1834 euros, es un dato indiciario notable de que tiene mayores ingresos **porque es difícil imaginar** que con solo 2.000 euros pueda afrontar esos gastos fijos y atender además a su manutención, vestimenta, combustible, seguros y otros gastos de mantenimiento del vehículo adquirido además de los normales gastos de ocio que le tiene que suponer vivir en un estado de relaciones sociales acordes con su cualificación profesional.

Con su segundo motivo cuestiona que se **haya diferenciado la distribución de la participación de cada progenitor respecto a los gastos extraordinarios**.

El motivo debe rechazarse por idénticas razones. Sus mayores y superiores ingresos justifican que se le haya impuesto un mayor porcentaje que tampoco es desproporcionado pues solo se le ha asignado un 60%,

Con su último **motivo critica la obligación que se le ha impuesto de abonar a su esposa la indemnización que prevé el art. 1438 del Código Civil**.

Dice que no existe base legal para su establecimiento. El motivo debe rechazarse pues la base legal es el art. citado cuando, como es el caso, **el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes y** la esposa según el criterio

jurisprudencial tenido en cuenta por la Juzgadora en las sentencias que cita ha trabajado en exclusiva para la casa.

Que haya tenido la ayuda de personal doméstico no excluye el derecho a la indemnización porque el termino exclusivo no significa ni cabe interpretarlo como que solo ella trabajase en las tareas domésticas sino que no tuviese más ni otra ocupación que la dedicación a esas tareas.

Es obvio por la prueba practicada que por acuerdo de los litigantes, y para ocuparse de la atención y cuidado de sus hijas, la esposa pidió la excedencia laboral y no ejerció otra actividad que la dedicación a la casa.

Sí cabe estimar su pretensión de que el periodo a indemnizar no sea el de 41 meses sino el periodo transcurrido desde su excedencia hasta el 25 de junio de 2018 en que se reincorporó a su trabajo.

Si se ha fundamentado la pretensión de indemnización en que la esposa puso la excedencia laboral para ocuparse de la casa y de sus hijas es de razón considerar que dejó de tener esa dedicación justificativa de la indemnización del art.1438 cuando **dejó de estar en esa situación de excedencia** pues además su horario laboral era el ordinario sin reducciones de jornada para poder dedicarse más intensamente a la casa.

Si puso su excedencia laboral el 15 de octubre de 2015 y se incorporó a su trabajo a finales de junio de 2018 ha de computarse como periodo de indemnización 32 meses y medio.

En **consecuencia le corresponderán 22.390,24** euros como indemnización según el importe de los distintos salarios mínimos interprofesionales correspondientes a cada año.

SEGUNDO.- Al estimarse en parte el recurso no hacemos imposición de las costas de esta alzada por disponerlo así el art. 398. 2 de la L.E.Civil VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto a nombre de Don Laureano contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid en fecha 6 de marzo de 2020 en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente la aludida resolución en el siguiente particular: - Fijamos como indemnización a percibir por la esposa por su trabajo para la casa la suma de 22.390,24 euros Confirmamos el resto de pronunciamientos del fallo recurrido sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre y vigente desde el día siguiente, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente al haberse estimado el recurso.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

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

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.