

EDJ 2007/249875

AP Sevilla, sec. 2ª, S 25-6-2007, nº 303/2007, rec. 893/2007

Pte: Márquez Romero, Rafael

Resumen

Contra la sentencia de instancia, que estimó en parte la demanda, la AP estima en parte los recursos de apelación interpuestos por las partes, revoca en parte la misma, en el sentido de atribuir a los cónyuges el uso de la vivienda de vacaciones en forma alternativa y mensual. Se reduce la pensión alimenticia a favor de la hija menor, dado que es más ajustada y proporcional. Se extingue la pensión a favor del hijo mayor, toda vez que está trabajando. No ha lugar a pensión compensatoria, pues no se ha solicitado en el momento procesal oportuno, al contestar la demandada formulado reconvencción.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.218

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.91 , art.97

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	2

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Denegación

Pensiones alimenticias a los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

Hijos mayores de edad

Extinción de la obligación

Supuestos en que sí procede

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.218 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.91, art.97 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Denegación STS Sala 1ª de 2 diciembre 1987 (J1987/8926)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 19 de septiembre de 2006 , en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando en parte la demanda de divorcio formulada por el Procurador de los Tribunales Dª EVA MORRA RODRIGUEZ en nombre y representación de D. Gerardo , contra Dª María Rosario , representada por el Procurador D. ANTONIO ANDRES FERNANDEZ FERNANDEZ, debo declarar y declaro disuelto por divorcio, el matrimonio que ambos contrajeron con los efectos inherentes a tal declaración, adoptando las siguientes medidas reguladoras de los efectos de la crisis matrimonial: Primera.- Se asigna la guarda y custodia de la hija común menor de edad - Eugenia - a la madre, siendo el ejercicio de la patria potestad compartido por ambos progenitores. No estableciéndose a favor del padre ningún régimen de visitas, comunicación y estancia, siendo éste amplio, libre y flexible, debiéndose respetar la volunta de la menor. Segunda.- Se asigna el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en Sevilla,

CALLE000 , NUM000 , así como el ajar doméstico a la Sra. María Rosario , pudiendo el esposo sino lo hubiere hecho ya, retirar de una sola vez sus ropas y enseres de uso personal. Tercera.- Se cuantifica en 320 Euros mensuales por doce mensualidades la contribución del Sr. Gerardo , al sostenimiento de la hija común menor de edad y en 50 Euros a la del mayor carente de independencia económica, dicha cantidad deberá hacerla efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante su ingreso en la cuenta de la entidad bancaria que al efecto se designe, debiendo actualizarla anualmente el 1º de enero de cada año de conformidad con el Índice de Precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional e Estadística u Organismo que lo sustituya. Los gastos extraordinarios médico farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o Seguro Privado, y los de Educación también extraordinarios, serán abonados por mitad previa acreditación de su necesidad y justificación de su abono. Sin hacer expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. Tras la votación y fallo quedó visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL MÁRQUEZ ROMERO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Queda limitado el objeto del presente recurso a los pronunciamientos contenidos en la sentencia apelada sobre pensión alimenticia y compensatoria y sobre la pretensión de las partes de atribución del uso de la vivienda que no constituye el domicilio familiar.

SEGUNDO.- Con relación a la atribución del uso de la finca de Barbate, dado su carácter ganancial no existe obstáculo para que se regulen en el presente procedimiento el uso de la misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 bajo la cobertura de cargas del matrimonio y como medidas necesarias para la administración de los bienes de la sociedad de gananciales hasta que se produzca la efectiva liquidación de la misma. En el presente caso, se solicita la atribución del uso de la vivienda por ambos cónyuges, el actor de manera exclusiva al haberse asignado a la demandada el uso de la vivienda familiar y la demandada en forma alternativa y por periodos mensuales, solución ésta que considera la Sala adecuada teniendo en cuenta que la referida vivienda, dada la distancia en que se encuentra no va a constituir el domicilio de ninguno de los cónyuges y dada la finalidad de ocio y descanso a la que va a ser destinada, tanto de las partes como de sus hijos debe establecerse un uso alternativo y mensual.

TERCERO.- Por lo que respecta a la pensión compensatoria ha de compartirse el criterio de la sentencia apelada por cuanto que en modo alguno se puede establecer pensión por desequilibrio del artículo 97 del C.C EDL 1889/1 por cuanto que no solicitó tal prestación o derecho en momento procesal oportuno (artículo. 218 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463) que, en el caso hubiera sido simplemente al contestar la demanda formulando la correspondiente reconvencción. No ejercitándose reconvencción solicitando pensión compensatoria nada se puede resolver sobre tal prestación o derecho que pertenece a la esfera privada, es derecho rogado. En efecto, como declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 EDJ 1987/8926 y 11 de julio de 1988 ; " la denominada pensión compensatoria del artículo 97 del C. Civil , tendente a corregir el desequilibrio económico que la separación o el divorcio puede producir en uno de los cónyuges respecto del otro en relación con la situación que tenía durante el matrimonio, constituye un efecto meramente secundario o eventual de la cesación o disolución del vínculo matrimonial, derecho de naturaleza jurídico-privada, sometido al principio de disponibilidad, rogación y renunciabilidad; y, en tal sentido debe ser objeto de petición específica de parte, materia de debate contradictorio y de resolución judicial para no crear un vicio de incongruencia e indefensión de parte; no apreciable de oficio en cuanto no comprendido entre las medidas o supuestos del artículo 91 del C.C EDL 1889/1 ., medidas que afectan al orden público; de lo que resulta que, de no haberse pedido en la demanda o reconvencción, debe denegarse la concesión de tal pensión compensatoria".

CUARTO.- Por último con relación a la pensión de alimentos considera la Sala que acreditado el acceso al mercado laboral con la obtención de ingresos superiores incluso a la cuantía de la pensión de alimentos que venía percibiendo, por parte del hijo mayor Ernesto , sin que se justifique la necesidad de la misma salvo para el supuesto de la posible extinción de la relación laboral procede estimar el recurso interpuesto declarando extinguida la pensión establecida a favor del mismo y con relación a la señalada a favor de la hija menor, Eugenia , aún cuando como hemos declarado en otras ocasiones todos los efectos de las sentencias de separación o divorcio relacionados con los hijos se encuentran regidos por el principio de derecho necesario o de ius cogens del " favor filii " y el Juzgador puede hacer uso del mismo de oficio y adoptar las medidas que estime oportunas en beneficio de los hijos, bien de motu proprio o bien a petición del Fiscal, si debe tenerse en consideración para la fijación de la cuantía de la pensión n alimenticia lo solicitado por las partes, que en definitiva son los que mejor conocen los ingresos que perciben y las necesidades del alimentista y en el presente caso solicitándose por la parte demandada una pensión de 250 euros mensuales se considera esta cantidad ajustada y proporcionada a los ingresos y gastos acreditados de alimentante y las necesidades de la alimentista por lo que procede la estimación en este sentido del recurso interpuesto.

QUINTO.- En base a las anteriores consideraciones procede la estimación parcial de los recursos interpuestos revocando la sentencia apelada en el único sentido de atribuir conjuntamente a los conyuges el uso de la vivienda sita en la localidad de Barbate, en forma alternativa y mensual y fijar la cuantía de la pensión alimenticia a favor de la hija menor, Eugenia , en la cuantía de 250 euros mensuales, declarando extinguida la pensión a favor del hijo mayor, Ernesto , confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada y sin hacer expreso pronunciamiento de las costas de esta segunda instancia dada la naturaleza del presente procedimiento y la índole de los derechos en él debatidos.

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

FALLO

Que estimando parcialmente los recursos deducidos por la representación procesal de D. Gerardo y de D^a María Rosario contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Sevilla, recaída en las actuaciones de que este Rollo dimana, debemos revocarla en el sólo sentido de atribuir conjuntamente a los cónyuges el uso de la vivienda sita en la localidad de Barbate, en forma alternativa y mensual y fijar la cuantía de la pensión alimenticia a favor de la hija menor, Eugenia , en la cuantía de 250 euros mensuales, declarando extinguida la pensión a favor del hijo mayor, Ernesto , confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada y sin hacer expreso pronunciamiento de las costas de esta segunda instancia

Devuélvanse a su tiempo las actuaciones originales al Juzgado de donde proceden, con certificación literal de esta resolución y despacho para su cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha. Doy Fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 41091370022007100203