

EDJ 2010/137146

AP Asturias, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 215/2010, rec. 78/2010

Pte: Sacristán Represa, Guillermo

Resumen

Estima la AP parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda y declaró la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, así como las demás consecuencias inherentes al mismo; revoca la Sala el pronunciamiento de la instancia. Entre las diversas cuestiones planteadas, considera procedente la Sala la elevación de la cuantía fijada en concepto de pensión alimenticia, al no resultar la cuantía fijada proporcional a las necesidades de los menores y dados los ingresos de los progenitores.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.770.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

HIPOTECA

CLASES

Inmobiliaria

JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIONAL

DEL TRIBUNAL SUPREMO

MENOR DE LAS AUDIENCIAS

MATRIMONIO

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Concepto

Otras cuestiones

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

Otros supuestos

RECONVENCIÓN

CUESTIONES DIVERSAS

RECURSOS

APELACIÓN

Ámbito del recurso

Planteamiento de cuestión nueva

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.770.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.90.d, art.91, art.1362.2 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre RECONVENCIÓN - CUESTIONES DIVERSAS SAP Valladolid de 9 febrero 2010 (J2010/43400)

Cita en el mismo sentido sobre RECONVENCIÓN - CUESTIONES DIVERSAS SAP Cádiz de 24 noviembre 2009 (J2009/315982)

Cita en el mismo sentido sobre RECONVENCIÓN - CUESTIONES DIVERSAS SAP Las Palmas de 18 septiembre 2009 (J2009/273707)

Cita en el mismo sentido sobre RECONVENCIÓN - CUESTIONES DIVERSAS SAP Asturias de 13 octubre 2009 (J2009/256444)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 5 noviembre 2008 (J2008/209694)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 11 de noviembre de 2009 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de D. Millán contra Dª Alicia, debo declarar y declaro la disolución por causa de DIVORCIO del matrimonio contraído por las partes el día 18 de marzo de 1.995 con todos los efectos legales inherentes a la misma y la adopción de las siguientes medidas: 1º.- Se atribuye a Dª Alicia la guarda y custodia de las hijas menores del matrimonio, Nieves y María Inés . 2º.- Se fija como derecho de visitas a favor de D. Millán sobre sus hijas Nieves y María Inés, en defecto de otro acuerdo de las partes, el siguiente: los fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes a las 20 horas del domingo, debiendo ser recogidas y reintegradas en el domicilio materno; en las vacaciones de verano, las niñas estarán un mes con el padre, correspondiendo a la madre la elección del período en los años pares y al padre en los años impares; durante las vacaciones escolares de navidad, las niñas estarán con su madre una semana completa, coincidiendo los años pares con nochebuena y navidad y los años impares con nochevieja y año nuevo; el día de reyes, las niñas están con su madre desde las 17 horas del día 5 de enero hasta las 13 horas del día 6 de enero en los años pares, y desde las 13 horas del día 6 de enero hasta las 13 horas del día 7 de enero en los años impares. Durante los períodos vacacionales, ambos progenitores indicarán el lugar donde se encuentran las menores; en caso de enfermedad o síntomas que pudiera padecer cualquiera de las hijas, deberá ponerse en conocimiento del otro progenitor, quien podrá visitarlas sin ninguna limitación allí donde se encontraren. 3º.- Se atribuye al esposo el uso y disfrute del domicilio familiar sito en Biedes, las Regueras y de los bines y objetos del ajuar que continúen en éste, pudiendo el otro cónyuge retirar del mismo los objetos de uso personal y exclusiva pertenencia. 4º.- D. Millán deberá abonar a Dª Alicia en concepto de alimentos a favor de sus hijas Nieves y María Inés, la suma de cuatrocientos euros mensuales (200 euros/mes por hija), cantidad que deberá ingresar, por mensualidades anticipadas durante los siete primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la esposa designe, y que será actualizable anualmente conforme al IPC interanual, más la mitad de los gastos extraordinarios que su cuidado o educación genere, siempre que se realicen previo acuerdo fehaciente de los padres sobre su desembolso o autorización judicial, salvo en los casos de extrema urgencia. 5º.- No resulta procedente establecer una pensión compensatoria a favor de Dª Alicia . 6º.- En cuanto al pago de los préstamos suscritos por las partes, habrá de estarse a lo pactado con la entidad/es bancaria/s acreedora/s. No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas. Firme que sea la presente resolución comuníquese a los Registros Civiles correspondientes a los efectos registrales oportunos."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 2 de junio de 2010, quedando los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. D. Guillermo Sacristán Represa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que impugna Dª Alicia declara la disolución de su matrimonio con D. Millán, fijando una serie de medidas de las que las impugnadas por quien fue demandada, Dª Alicia son los tres pronunciamientos económicos, uno de ellos por reducido, el de los alimentos para las dos hijas habidas del matrimonio y que quedan bajo guarda y custodia de la madre, que establece en 400 # mensuales, cantidad que ofrecía el padre y que contrasta con la petición que alcanzaba 1000 #; los otros dos por su rechazo, tanto la pensión compensatoria como la fijación de la obligación de amortizar el préstamo hipotecario que ambos tienen por mitad.

Motivo de la discusión sobre los tres es el error en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Los pronunciamientos acerca de la pensión alimenticia para las hijas y la compensatoria a favor de la apelante deben partir del conjunto de circunstancias económicas que se acreditaron, y que pueden resumirse así:

El matrimonio ha tenido una duración de trece años cuando se produce la separación; de él han nacido dos niñas, que cuentan en estos momentos 14 y 10 años respectivamente, que están bajo la guarda y custodia de la madre; ha estado regido por el régimen de gananciales desde que lo contrajeron, el 18 de marzo de 1995 hasta el 9 de agosto del mismo año, fecha en que otorgaron capitulaciones matrimoniales pasando al régimen de separación de bienes, que terminó por nuevas capitulaciones otorgadas el 21 de octubre de 2003, que nuevamente implantó sistema de gananciales, vigente cuando se produce el cese de la convivencia; los ingresos durante el matrimonio han estado constituidos por una empresa de transportes que gira bajo la denominación "Amador Álvarez Álvarez" de la que ya era titular D. Millán antes del matrimonio, y que ha seguido explotando como autónomo durante el mismo, estando dado de alta en el sistema de módulos. Por su parte, D^a Alicia ha trabajado en la empresa Resielcanto SL, si bien se encontraba en situación de desempleo en el momento en que se dictó la sentencia de primera instancia, percibiendo en aquel momento un subsidio por importe de 421#79 #, que se extendía hasta el mes de marzo del presente año 2010. Si bien D. Millán también estaba de baja y había agotado los periodos de incapacidad temporal por enfermedad en aquel momento, y le había sido negada la incapacidad permanente por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por resolución de 6 de octubre de 2009, la empresa sigue funcionando con un número de diez vehículos entre Tractocamiones en número de tres, remolques o semirremolques, otros tres, dos tractores, un turismo y una motocicleta, puesto que tiene personal a su servicio conduciéndolos.

El informe pericial que se practicó dice que durante el año 2008 los beneficios de la empresa alcanzaron los 25.641#26 #, y durante el primer semestre de 2009, fueron pérdidas de 3.752#64 #.

TERCERO.- En cuanto a los alimentos, el debate se mantiene entre los ofrecidos 400 # por D. Millán en su demanda, y los 1000 solicitados por D^a Alicia al contestar, si bien tampoco debe olvidarse que por auto de 23-12-2008, en las medidas provisionales se había acordado que dichos alimentos ascendieran a 500 # al mes.

Claro que hay que partir de ese conjunto de circunstancias anteriormente reflejadas, si bien deben completarse con lo que el mismo obligado ha ido asumiendo con independencia de que haya sido antes o después de esa drástica reducción que llega a alcanzar la misma extinción de los beneficios obtenidos: así, mensualmente abona 100 # a la Clínica dental Cobo (folio 259), ascendiendo el tratamiento completo para su hija Nieves a 3.500 #; otros 135 # también mensuales por clases particulares (el recibo que figura es el del mes de octubre de 2009, en el folio 260); otros gastos son de natación, 12 # y tenis 135 #, es decir otros 147 # todo el curso; más desayuno escolar 20 # mes; y en el año 2009, por la comunión de su hija María Inés abonó en fotografías, 372 # en el mes de noviembre (f. 294), y en junio del mismo había abonado otros 528 # por menú de la comunión (folio 294 bis).

Con este conjunto de circunstancias, parece que D. Millán dispone de un determinado nivel económico que no puede privar a sus hijas de unos medios necesarios para su propio desarrollo que no tienen por qué verse tan drásticamente reducidos como pretende el padre. En este sentido, es conveniente fijar los alimentos en 600 # mensuales, 300 para cada una de ellas.

CUARTO.- La petición de pensión compensatoria, señala el escrito de oposición al recurso de apelación, se hizo sin formular demanda reconvenional, que de acuerdo con el art. 770. 2^a, d) de la ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 es necesaria, de modo que no deberá entrarse en estos momentos en esta nueva petición.

La redacción de dicho apartado es contundente en el sentido de que es precisa reconvenión cuando el demandado pretende la adopción de medidas definitivas no solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio. Es cierto que en alguna resolución se sostiene que no será preciso cuando el pronunciamiento ha sido introducido en la demanda (sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1^a, de 9-2-2010 EDJ 2010/43400 , y de la de Cádiz, Sección 5^a, de 24-11-2009 EDJ 2009/315982). Ahora bien, en la primera se señala que en el suplico de la demanda se solicitaba que la propia resolución declarara que no procedía la concesión de pensión compensatoria, como consecuencia de lo cual no era necesaria demanda reconvenional. Y el criterio contrario es el genérico (por todas, sentencia de Las Palmas, Sección 3^a, de 18-9-2009 EDJ 2009/273707 ; Asturias, Sección 7^a, de 13-10-2009 EDJ 2009/256444 , entre otras) en la interpretación del apartado reseñado del art. 770 LEC EDL 2000/77463 , desde el momento en que es una cuestión que al no constar en la demanda como petición trasladada al suplico, deberá ser introducida mediante reconvenión expresa y nunca implícita por no permitirlo el art. 406 LEC EDL 2000/77463 .

En consecuencia, no es procedente en esta alzada dar respuesta a una cuestión que no se planteó en debida forma.

QUINTO.- En cuanto al motivo del recurso relativo al préstamo hipotecario, la sentencia rechaza hacer un pronunciamiento expreso, con cita de una reciente sentencia del TS, de 5-11-2008 EDJ 2008/209694 , y si bien, como apunta la representación de quien se opone al recurso, no se desarrolla en la interposición, mantiene la petición motivo por el que deberá resolverse.

Pues bien, lo cierto es que por acuerdo para unificación de criterios de los Presidentes de las Secciones civiles de la Audiencia Provincial de Asturias, celebrada el 23 de abril de 2009, se dio la siguiente respuesta a si en sentencias de separación o divorcio debe existir un pronunciamiento expreso sobre el abono del préstamo hipotecario pendiente de amortización. Se dijo que "tal pronunciamiento puede ampararse dentro del concepto #cautelares y garantías a que se refiere el art. 91 del Código Civil EDL 1889/1 , en cuyo caso, y siempre teniendo en cuenta el título de constitución de la hipoteca, podrá establecerse que cada cónyuge se haga cargo del 50% de las cuotas o en la proporción que se estime conveniente conforme a la disponibilidad económica de uno y otro, con el correspondiente derecho en su caso al reintegro en el momento de la liquidación a favor del cónyuge que hubiera aportado mayor cantidad".

Ahora bien, es acertada la cita que hace la sentencia de instancia de la reciente resolución de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 5-11-2008 EDJ 2008/209694 , al decir lo siguiente: "La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el art. 90 D CC EDL 1889/1 , porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el art. 1362, 2^a CC EDL 1889/1 . Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante".

Expuesta de tal modo la situación, resulta que la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo citada se inclina decididamente por entender que se trata de una cuestión ajena a las cargas del matrimonio, y en esa misma dirección debe confirmarse tal pronunciamiento, como había ya señalado esta misma Sección en su sentencia núm. 83/010, de 26 de febrero de 2010 .

SEXTO.- En materia de costas, la parcial estimación del recurso exige que no se haga declaración sobre las causadas en esta alzada, con aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) EDL 2000/77463 .

VISTOS, con los citados, los restantes preceptos de aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias, dicta el siguiente:

FALLO

Con parcial estimación del recurso presentado contra la sentencia dictada en procedimiento de divorcio núm. 1077/2008, del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Familia, por la representación de D^a Alicia, debemos, confirmando los restantes pronunciamientos, modificar tan solo el siguiente:

A.- Los alimentos a cargo de D. Millán se fijan en SEISCIENTOS # mensuales (600), en los términos temporales y revisión anual que deja establecido la resolución de instancia.

B.- No se hace declaración en cuanto a costas del recurso.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33044370012010100216