

Resumen

Frente a la resolución de instancia que estimó la demanda en parte, la AP estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y desestima el formulado por el actor, revoca en parte la misma y estima parcialmente la demanda. La Sala, entre otros pronunciamientos, considera que la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a la madre ya al hijo durante un período de dos años, transcurrido el cual, el uso pasará a corresponder por anualidades a cada una de las partes litigantes va en contradicción con la atribución de la guarda y custodia del hijo a la madre y la ley aplicable, que prevé que si hay hijos, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta, por este motivo se acuerda la atribución del uso de la vivienda familiar a la demandada mientras la guarda dure.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 3/2005 de 8 abril 2005. Modificación LL 9/1998, del Código de Familia, 10/1998, de uniones estables de pareja, y 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción y Tutela
art.3 , art.76.1.c , art.78.1 , art.79.2 , art.82.2 , art.264.1 , art.267.1

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.225.3 , art.456.1 , art.749

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.39

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.92

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Favor "filii"

Preferencia por la madre

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge con la custodia de los hijos

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

Régimen de visitas

Favor "filii"

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.3, art.76.1.c, art.78.1, art.79.2, art.82.2, art.264.1, art.267.1 de Ley 3/2005 de 8 abril 2005. Modificación LL 9/1998, del Código de Familia, 10/1998, de uniones estables de pareja, y 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción y Tutela

Aplica art.225.3, art.456.1, art.749 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.92 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 15/2005 de 8 julio 2005. Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

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

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 15 enero 2001 (J2001/35)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO:

que debo ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente LA DEMANDA DE DIVORCIO interpuesta por la Procuradora, Dª Teresa Martí Amigó, en nombre y representación de D. Miguel mediante escrito de 3 de julio de 2008, contra Dª Carla con quien contrajo matrimonio el 30 de agosto de 2001, por lo que DEBO DECLARAR Y DECLARO LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO celebrado en fecha de 30 de agosto de 2001 entre ambos, así como:

1º.- Atribuir la guarda sobre el hijo menor común, Álex, a la demandada y madre Dª Carla, manteniendo la potestad sobre el mismo de ambos progenitores.

2º.- Fijar en favor del progenitor no custodio, D. Miguel, el siguiente régimen de visitas: los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que los reintegrara al mismo, así como un día intersemanal, todos los miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves en que los reintegrará al mismo. Igualmente, tendrá derecho a la mitad de todos los períodos de vacaciones escolares (verano, navidad, semana santa ...), a su elección preavisada con un mes de antelación y de modo fehaciente los años pares, correspondiendo la elección a la demandada los años impares en iguales términos; así mismo, los puentes de acuerdo con el calendario escolar se unirán al cónyuge a quien corresponde el fin de semana a que se unan.

3º.- Fijar como pensión de alimentos para Álex y con cargo a D. Miguel la cantidad de 400.- euros mensuales pagaderos durante los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que designe la demandada y actualizables anualmente conforme el IPC, además del 50% de los gastos extraordinarios.

4º.- la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar sito en la calle DIRECCION000 número NUM000, escalera NUM001, NUM002, de Sant Joan Despí a Dª Carla y Álex, durante un período de dos años, transcurrido el cual, el uso pasará a corresponder por anualidades a cada una de las partes, empezando el actor de enero a diciembre, ambos meses incluidos, de 2011 y sin perjuicio de que el hijo menor común, Álex, siga residiendo en el domicilio familiar. Todo ello sin perjuicio de que se proceda a la disolución de la comunidad existente sobre la vivienda familiar.

Así mismo, corresponderá al actor el uso de una de las dos plazas de parking con que cuenta el domicilio familiar, la plaza NUM005, si bien no podrá hacer unos personal y directo de la misma aunque podrá alquilarla.

En materia de costas, no procede hacer especial pronunciamiento."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes mediante sus escritos motivados, dándose traslado a la contraria que se opusieron respectivamente, oponiéndose también al recurso del actor el Ministerio Fiscal y elevándose finalmente las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 25 de febrero de 2.010.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PAULINO RICO RAJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia dictada en fecha 22 de julio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sant Feliu de Llobregat en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el núm. 475/2008 seguido a instancia de D. Miguel contra Dª Carla, cuyo fallo ha quedado transcrito en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interponen recurso de apelación ambos litigantes, el Sr. Miguel en solicitud de que "estimando el recurso interpuesto por esta representación acuerde revocar la Sentencia recurrida, dictado en su lugar otra resolución judicial más ajustada a Derecho, en la que: a) Admitiendo la nulidad de actuaciones, se retrotraigan las actuaciones y se subsane el defecto (falta de intervención del Ministerio Fiscal). b) Se otorgue a ambos progenitores la guarda y custodia compartida del hijo en común, Aleix, según lo peticionado en la demanda de divorcio. c) Se modifique el importe de la pensión de alimentos acordada a favor del hijo y a cargo del padre (no procediendo la misma, en caso de guarda y custodia compartida; o rebajando su importe a 200.- euros mensuales, ajustando dicho importe a las necesidades del menor y teniendo en cuenta que la madre también debe contribuir al mantenimiento del hijo). Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada si se opusiera, por su temeridad", y la Sra. Carla en solicitud de que "estimando el recurso interpuesto por esta representación acuerde revocar la Sentencia de origen en los puntos-pronunciamientos impugnados y debidamente anunciados, dictándose en su lugar otra Sentencia más ajustada a Derecho, en la que se acuerde: 1º.- Mantener y fijar la atribución de la guarda y custodia del hijo menor y común Aleix, a favor de la

madre Dª ..., siendo la potestad compartida. 2º. Mantener el régimen de visitas a favor del padre acordado en la sentencia de origen,....º
3º. Que se establezca y fije una pensión de alimentos a favor del hijo menor y común Aleix, a cargo del progenitor no custodia, D ..., de seiscientos diez euros mensuales (620.-#./mes), en lugar de los 400.-#. fijados en la sentencia de origen, durante los doce meses del año, pagaderos ... revalorizable dicha cantidad anualmente de conformidad al I.P.C., cada uno de enero, que para Catalunya determine el I.N.E. u organismo que le sustituya. Se acuerde que los gastos extraordinarios del menor sean satisfechos por mitad entre ambos progenitores, de conformidad a lo también solicitado de adverso. 4. Se atribuya a la madre e hijo el uso del domicilio familiar sito en la calle DIRECCION000, NUM001, esc. NUM003, NUM002 de Sant Joan Despí, así como el uso del ajuar doméstico, y ello por serlo de imposición legal y además por serlo petición y solicitud también de adverso, manteniendo dicho uso a favor del hijo hasta que el mismo alcance la mayoría de edad e independencia económica, o se fije lo contrario en el pertinente y oportuno procedimiento de modificación llegado el caso. Se atribuya así mismo a la esposa e hijo el uso de las plazas de aparcamiento y trastero anejos al domicilio familiar sitas en calle DIRECCION000, NUM001, de Sant Joan Despí. Se atribuya al esposo y actor D. ..., el uso del domicilio copropiedad de ambos consortes sito en la calle DIRECCION001 núm. NUM004, de Sant Joan Despí. 5º. Se desestimen el resto de los efectos pronunciamientos (sic) fijados y acordados por el Juzgador de instancia en el Fallo de la Sentencia de origen con base a las infracciones legales y consignadas en el cuerpo del presente escrito de apelación dejándose con y por ello sin efecto alguno la impuesta disolución de la comunidad existente sobre la vivienda familiar. 6º. Se condene en costas a la parte actora por su expresa y manifiesta mala fe y temeridad", habiéndose opuesto cada parte al recurso de apelación interpuesto de contrario.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Miguel y solicita la confirmación de la Sentencia recurrida
SEGUNDO.- Recurso de apelación de D. Miguel .

La solicitud de que se declare la nulidad de actuaciones por la incomparecencia del Ministerio Fiscal al acto de la vista celebrado en la primera instancia debe desestimarse.

Y ello por cuanto consta en las actuaciones que el Ministerio Fiscal, que ha intervenido en el procedimiento, puso en conocimiento del juzgado que "no podrá asistir por coincidir con el cumplimiento de otro servicio de atención preferente", por lo que, al haberse hecho las oportunas notificaciones al Ministerio Fiscal y haber éste comparecido en el procedimiento, no puede considerarse que la no asistencia del mismo a dicho acto sea generadora de indefensión para el ahora recurrente que compareció en el proceso mediante su representación procesal y con asistencia letrada y, consiguientemente, al no haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento ni que por dicho hecho se haya producido indefensión al apelante, que para que proceda la declaración de nulidad prevé el artículo 225.3 de la Ley de enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , procede, como queda dicho, la desestimación de la pretensión de nulidad formulada.

Y es que no puede considerarse infringido ni el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por cuanto queda dicho que el Ministerio Fiscal, conforme a dicho precepto legal dispone, ha sido parte en el procedimiento, ni tampoco puede considerarse infringido el artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 , aducido por el apelante, por cuanto la Ley 15/2005, de 8 de julio EDL 2005/83414 , que modifica el Código Civil EDL 1889/1 y la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 en materia de separación y divorcio, que en la redacción que da a dicho artículo contempla la guarda y custodia compartida, sin embargo, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 5 de septiembre de 2008, es "una norma propia y específica al Derecho civil común". No obstante ello, la regla universal que rige en materia de guarda y custodia, esto es, el interés superior de los hijos -'principio del favor filii'- existe asimismo en nuestro sistema normativo de familia, con pleno respeto al correspondiente precepto constitucional (art. 39 CE EDL 1978/3879) y a las normas y convenciones internacionales (Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, Convención sobre los Derechos de Niño de 1989, Reglamento (CE) núm. 2201/2003 de 27 de noviembre, etc.): el artículo 82.2 del Codi de família, con base en el cual, en relación, según los casos, con los artículos 76.1 a), 78.1 y 79.2 del mismo Codi sustantivo catalán, ha sido posible y sigue siéndolo acordar la guarda y custodia 'compartida', sin atenerse a los requisitos establecidos en el artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 , reformado por la Ley 15/2005, de la misma manera que también lo era en el sistema del Derecho civil común antes de la entrada de la nueva regulación(vid. Sentencia del TC 4/2001, de 15 de enero EDJ 2001/35)", con lo que, en su caso, tampoco es preceptivo el informe previo del Ministerio Fiscal, ni dicho informe, necesariamente, hubiera tenido que hacerse en el acto de la vista.

TERCERO.- Por lo que hace a la pretensión del recurrente sobre la guarda y custodia del menor Aleix, nacido en fecha 2 de junio de 2004, que la interesa compartida, ha de señalarse que como ha tenido ocasión de decir esta Sala con anterioridad, el sistema de guarda y custodia 'compartida' ha de suponer una implicación de ambos progenitores, padre y madre, en todo lo atinente a los hijos, como puede ser la autorización para salir hasta determinada hora o para ir a cierto espectáculo o a estudiar a casa de un compañero o un amigo o, en definitiva, para todo aquello que diariamente puede presentarse como necesario de control o autorización en la vida del hijo menor de edad prácticamente como si de hecho la ruptura de la unidad familiar no se hubiera producido, lo que ha de presuponer, en el sentido de darse previamente por sentada, una buena relación o entendimiento, complicidad si se quiere, entre los progenitores que permita, entre otras cosas, que los hijos no perciban o noten, aún resultar ello más bien un desideratum, un continuo trasiego de permanencia con uno u otro progenitor, sin que el hecho de exigirse cierta armonía entre las relaciones de los progenitores suponga que ambos progenitores estén de acuerdo en ello, por cuanto aún estándolo puede revelarse perjudicial para los menores, que es el interés superior de éstos el que tiene que tenerse preferentemente en cuenta a la hora de adoptar las medidas que les afecte, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2 del Código de Familia, por cuanto de lo que se trata, en los supuestos de ruptura de la convivencia familiar como consecuencia de la ruptura de la relación de los miembros que componen el matrimonio que aboca a la nulidad, a la separación o al divorcio del mismo, es de la necesidad de elegir con cual de los progenitores han de continuar conviviendo los hijos, y que, en determinados casos, atendida la edad de los mismos, podrán ellos mostrar su voluntad, y si se aprecia que concurren los requisitos de entendimiento entre los progenitores, cercanías de residencias de estos y colegios de los hijos, bienestar que ello pueda reportar a la prole, no parece que haya de haber obstáculo en la regulación de la custodia compartida, ya que de lo que se trata, en definitiva, es de que los hijos sigan recibiendo de los progenitores todo aquello que éstos vienen obligados a darles en virtud de la función en que consiste la potestad pero

que, al no poder dársele ya bajo el mismo techo, se lo sigan proporcionando bien en distintas viviendas, o incluso en la misma como en ocasiones se ha hecho, si se dan las circunstancias para la atribución de la guarda y custodia compartida, pero si no concurren las circunstancias para dicha forma de custodia, ha de optarse, necesariamente, por la atribución de la misma a uno u otro progenitor, sin que ello signifique que se vulnere ni el principio de igualdad ni el de no discriminación por razón de sexo, y sin que ello suponga, tampoco, que uno u otro progenitor esté más o menos capacitado que el otro, sino la apreciación, del conjunto de la prueba, con cual de ellos se encontrarán más a gusto los hijos, sin que para ello deba tenerse en cuenta la mayor o menor capacidad económica de uno u otro.

En el caso de autos consta acreditado que el menor llevaba conviviendo con la madre, que ha venido ejerciendo la guarda de hecho, desde la ruptura de la convivencia de sus progenitores o separación de hecho de los mismos acaecida en junio de 2008 según señala en su escrito de demanda, sin que obren en las actuaciones datos objetivos que evidencien que haya resultado perjudicial para el hijo ni que aconsejen en este momento un cambio de sistema de guarda por uno de los progenitores, en este caso la madre, al sistema de guarda compartida, más bien alternativa en el sistema propuesto de semanas alternas que supondría el continuo trasiego del hijo del domicilio de uno de los progenitores al del otro, ni como tales datos que aconsejen el sistema propuesto por el recurrente puede considerarse el horario laboral de uno u otro progenitor por cuanto ello equivaldría tanto a negar alguno de ellos el derecho al trabajo para ocuparse del cuidado del hijo, cuando la realidad social, conforme a la cual han de ser aplicadas las leyes (art. 3 C.Civ EDL 1889/1 .), pone de manifiesto que la ausencia del domicilio durante determinado lapso de tiempo es normalmente suplida con la ayuda o bien de un familiar o de una persona ajena a la familia contratada al efecto, incluso acudiendo los hijos a casa de un familiar hasta que son recogidos en ella por el padre o por la madre, con lo que procede la desestimación del recurso de apelación en cuanto a dicha pretensión.

CUARTO.- Procede, pues, resolver sobre la pretensión relativa a la pensión alimenticia, que en la Sentencia de instancia se fija en 400 euros mensuales y que pretende el recurrente que sea fijada en la cantidad de 200 euros al mes.

Y atendidos los ingresos que el propio recurrente reconoce en su demanda que tiene, de 2.370,58 euros líquidos, obrando en las actuaciones nóminas de enero, febrero y marzo de 2009 por importe de 2.439,16 euros líquidos, que el coste de la cuota de amortización de la hipoteca de la vivienda común es de unos 2.000 euros mensuales, según aduce la ahora apelada, que el mismo vive en una vivienda copropiedad de ambos litigantes por lo que no tiene que pagar arrendamiento alguno, en tanto que la madre tiene unos ingresos de 1.369,00 euros líquidos, atendido que el hijo acude a un colegio público más los gastos propios de su edad de difícil contabilización, atendido también tanto el principio de proporcionalidad entre los obligados a prestar los alimentos, padre y madre, entre los que, al no tratarse de una obligación solidaria sino mancomunada, debe distribuirse la obligación "en proporción a sus recursos económicos y posibilidades" en virtud de lo dispuesto en el artículo 264.1 del Código de Familia, como el principio de proporcionalidad entre las posibilidades del alimentante o de los alimentantes y las necesidades del alimentista o de los alimentistas conforme a lo dispuesto en el artículo 267.1 del mismo texto legal en virtud del cual "la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentista y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a su prestación", y que la madre, al convivir con ella el hijo, suele hacer frente al pago de determinadas cantidades que dada la escasa cuantía de las mismas y la generalidad con que se presentan no suele dársele importancia aunque la tenga, sin que, sin embargo sea necesario fijar una cantidad a satisfacer en concepto de pensión alimenticia por el progenitor conviviente con el hijo por cuanto lo que el artículo 76.1.c del Código de Familia contempla es la contribución que por tal concepto debe satisfacer el progenitor no custodio, parece a la Sala más proporcionada la cantidad fijada en la Sentencia recurrida que la pretendida por el recurrente y procede, por consiguiente, la desestimación del recurso de apelación en cuanto a dicha pretensión, pues no sólo debe tenerse en cuenta los gastos del hijo sino el nivel de vida de los padres y, consiguientemente, el que a aquél pueden proporcionar.

Y por tratarse de materia atinente a menor, por tanto sustraída al principio dispositivo, al no venir definidos en la Sentencia recurrida, debe señalarse que, los gastos extraordinarios son los imprevistos que, además, sean necesarios para los hijos, en este caso el referenciado hijo, así como los gastos médicos o farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o Mutua médica privada, sin que para su devengo sea necesario el previo consentimiento de los progenitores ya que la imprevisibilidad con que se presentan hace que no pueda recabarse el previo consentimiento del progenitor no custodio, bastando, para que este último deba hacer frente a su pago, la justificación posterior del gasto junto con la acreditación de su importe.

Las actividades extraescolares deberán ser satisfechas por mitad por ambos progenitores siempre que sobre las mismas, caracterizadas por ser las que se realizan al margen de la reglada actividad escolar, exista acuerdo previo entre los progenitores o, en su defecto, conforme a lo que decida el juez.

QUINTO.- Recurso de apelación de D^a Carla .

Lo solicitado por la recurrente como puntos 1º y 2º sobre guarda y custodia y régimen de visitas no sólo carece de objeto y, consiguientemente, no puede considerarse incardinable en lo dispuesto en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 en cuanto al ámbito y efectos del recurso de apelación, lo que es suficiente para su desestimación, sino que, además, no fue objeto de preparación del recurso de apelación con lo que queda al margen del mismo.

En cuanto a lo solicitado en el punto 3º sobre la pensión alimenticia, al pretender la recurrente que se fije la misma en la cantidad de 610 euros mensuales, basta tener en cuenta lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho que en aras a evitar repeticiones innecesarias damos por reproducido, para que procede, sin necesidad de mayor razonamiento, la desestimación del recurso de apelación en cuanto a dicha pretensión.

SEXTO.- Por lo que hace a la solicitud relativa al uso de la vivienda familiar el recurso debe prosperar parcialmente.

Y ello por cuanto la sentencia atribuye no sólo el uso, sino también el disfrute, en contra, esto último, de lo previsto en el artículo 83 del Código de Familia de Cataluña, además lo atribuye no sólo a la madre sino asimismo al hijo, como erróneamente lo solicita también la recurrente, cuando dicho precepto contempla al progenitor o a uno u otro cónyuge, y, finalmente, la resolución recurrida atribuye

el uso no solo "durante un periodo de dos años", sino que establece que "transcurrido dicho periodo, el uso pasará a corresponder por anualidades a cada una de las partes", razonándose que "sin perjuicio de que el hijo común, Alex (sic), siga residiendo en el domicilio familiar", en contradicción con la atribución de la guarda y custodia del hijo a la madre, sin que ello signifique, en contra de lo alegado por la recurrente, que haya incurrido en incongruencia extra petita sino en una regulación de una de las medidas a adoptar en contradicción con lo que la norma que la contempla prevé y en contradicción también con la atribución de la guarda y custodia del hijo a la madre.

Y es que dicho precepto legal dispone que: "1. El uso de la vivienda familiar, con su ajuar, se atribuye en la forma convenida por los cónyuges, salvo que ésta resulte perjudicial para los hijos, a criterio de la autoridad judicial, que resuelve la cuestión. 2. En defecto de acuerdo o si éste es rechazado, a criterio del juez o jueza, dadas las circunstancias del caso, decide, en lo que se refiere a la vivienda familiar, en los siguientes términos: a) Si hay hijos, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta. Si la guarda de los hijos se distribuye entre los cónyuges, resuelve la autoridad judicial. b) Si no hay hijos, se atribuye su uso al cónyuge que tenga más necesidad de la misma. La atribución tiene lugar con carácter temporal, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga, en su caso".

De dicha previsión legal se deriva, sin duda alguna, que en principio, prima el acuerdo que sobre el uso hubieran alcanzado los cónyuges, salvo que se entienda perjudicial para los hijos menores de edad si los hubiere, esto es, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio contenciosos, es decir, sin que exista acuerdo entre los cónyuges, lo que la Ley prevé es la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, bien, preferentemente, si hay hijos, a favor de aquel que tenga atribuida su guarda, bien, si no hay hijos o éstos son ya mayores de edad, a aquel que tenga más necesidad de la misma, siendo doble la equiparación a esta última previsión legal, la de ausencia de hijos, la de ser los hijos habidos mayores de edad.

Razones todas ellas por la que procede, como queda dicho, la estimación parcial del recurso de apelación y acordar la atribución del uso de la vivienda familiar a la Sra. Carla mientras la guarda dure.

Por lo que hace a las plazas de parking y trasteros procede dejar sin efecto la atribución del uso que se hace a favor del Sr. Miguel de la plaza NUM005 sobre la que deberá estarse al título de propiedad.

Procede, sin embargo, la desestimación de la pretensión relativa a la vivienda de la calle Vicomica por cuanto no se formuló pretensión alguna al efecto en la primera instancia y, consiguientemente, no pudo ser objeto de resolución en la misma y, de suyo, no puede serlo en esta alzada, con lo que la Sentencia recurrida no ha incurrido en incongruencia omisiva.

Como procede la desestimación del recurso en cuanto a "la disolución de la comunidad existente sobre la vivienda", por cuanto la Sentencia recurrida no acuerda la misma, sino que hace la atribución de su uso en la forma que ha quedado dicha, y dejado sin efecto en esta resolución, "sin perjuicio", se dice en la misma, "de que se proceda a la disolución de la comunidad existente sobre la vivienda familiar", que habrá que entender por su división que, en todo caso, nunca podrá afectar al uso conferido mientras el mismo subsista.

SÉPTIMO.- Finalmente, procede la desestimación de la pretensión articulada por la apelante de que el Sr. Miguel sea condenado en costas en la primera instancia, por cuanto con sólo la estimación de la solicitud de divorcio, que ha de entenderse la pretensión principal, se estimó en parte la demanda por el mismo deducida, en cuyo caso, al no constar datos que acrediten que ha litigado con temeridad, procedía acordar la no imposición de costas conforme a lo dispuesto en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

OCTAVO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil EDL 2000/77463 , al que expresamente remite el artículo 398.1 del mismo texto legal, ante las dudas que en supuestos como el de autos suele plantear la cuantificación de la pensión alimenticia y haberse integrado la Sentencia de instancia en cuanto a los gastos extraordinarios y actividades extraescolares, no ha lugar a hacer especial condena en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Miguel

Y al haberse estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Carla, no ha lugar a hacer especial condena en cuanto a las costas causadas por el mismo en virtud de lo que dispone el artículo 398.2 de dicha Ley de ritos.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por D. Miguel y con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por D^a Carla, ambos contra la Sentencia dictada en fecha 22 de julio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sant Feliu de Llobregat en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el núm. 475/2008 seguido a instancia de D. Miguel contra D^a Carla, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha Sentencia en el sentido de a) atribuir a la Sra. Carla el uso de la vivienda familiar mientras la guarda dure, b) dejar sin efecto la atribución de la plaza de parking NUM005 al Sr. Miguel, confirmándola en lo demás, si bien integrándola en cuanto a los gastos extraordinarios y actividades extraescolares en el sentido que queda dicho en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta resolución. Y sin hacer especial condena en cuanto a las costas causadas en esta alzada.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

Publicación.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

