

Resumen

Acoge parcialmente la AP la impugnación planteada por el esposo y deja sin efecto el régimen de visitas establecido por el juez “a quo” manteniendo el establecido por los esposos de mutuo acuerdo. Asimismo también revoca la Sala la pensión compensatoria establecida a favor de la esposa al haberse acreditado en el presente procedimiento de divorcio la convivencia asimilada al matrimonio que ésta mantiene con otra persona. Sin embargo, rechaza la Sala la petición de reducción de las pensiones de alimentos tal y como solicitaba el recurrente, manteniendo la cuantía de las mismas al mostrarse la mismas conforme con las necesidades de ambas niñas- toma consideración la Sala que la de 21 años de edad aún no se encuentra incorporada al mercado laboral por causas que no le son imputables.-

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.90 , art.101

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Supresión

Pensiones alimenticias a los hijos

Hijos mayores de edad

Legitimación para solicitar la prestación

Extinción de la obligación

Supuestos en que no procede

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.90, art.101 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Oviedo, dictó sentencia en fecha 17-11-03 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo declarar y declaro la disolución del matrimonio contraído entre D. Fernando y Dª Paula, por concurrir causa legal de divorcio, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento.

Se ratifican las medidas acordadas en el procedimiento de separación matrimonial relativos a la guarda y custodia (con excepción de excluir de la misma a la hija mayor de edad Dª Amelia); atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal; alimentos para los hijos del matrimonio el 40% de los ingresos líquidos mensuales (en un 15% para Amelia y en un 25% para Luisa) y un 10% más en concepto de pensión compensatoria destinada a Dª Paula con la misma forma de abono establecida en aquella resolución.

Se modifica el Régimen de visitas establecido en la sentencia de separación en el sentido de quedar sin efecto respecto de la hija mayor de edad y rigiendo para la menor el siguiente: el esposo-padre podrá tenerla en su compañía un Sábado o un Domingo en fines de semana alternos, es decir, el Sábado de un fin de semana y el Domingo en el siguiente fin de semana que le corresponda, desde las diez horas a las veinte horas, recogiénola y entregándola en el domicilio de la madre; en los años pares, y por lo que respecta a las vacaciones de Semana Santa, desde el Jueves festivo al Domingo inmediatamente siguiente; en las vacaciones de Navidad, los días de

Nochebuena y Navidad en los años impares y los días de Nochevieja y Año Nuevo en los años pares, en todos los casos con pernocta y desde las 11.00 horas a las 17.00 horas del día de Reyes de todos los años; por último, en verano, podrá tenerla en su compañía 15 días en el mes de agosto, concretamente desde las 10.00 horas del día 1 de agosto a las 20.00 horas del día 15 de agosto en los años pares, y desde las 10.00 horas del día 16 de agosto a las 20.00 horas del día 31 de agosto en los impares. Y los gastos extraordinarios devengados por la hija menor se abonarán al 50% por ambos progenitores, previa acreditación de su necesidad e importe, en caso de discrepancia.

Sin hacer pronunciamiento en cuanto a costas procesales devengadas en esta instancia.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo, formulando Paula y Amelia oposición al recurso de apelación e impugnación a la resolución apelada y solicitando la unión de prueba documental. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, uniéndose los documentos aportados por la parte apelada e impugnante sin necesidad de recibir el recurso a prueba, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 13 de abril de 2004.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia disuelve el matrimonio contraído entre D. Fernando y D^a Paula, al considerar que concurre la causa de divorcio invocada. Asimismo, mantiene las medidas de guarda y custodia en relación a la hija menor del matrimonio, uso y disfrute de la vivienda familiar, pensión compensatoria a favor de la mujer, alimentos a favor de las hijas, adoptadas con motivo de la separación matrimonial, con la única matización de que en cuanto a los alimentos de las hijas puntualiza que del 40% de los ingresos del padre, el 15% corresponderán a Amelia a, en tanto que el 25% restante corresponden a Luisa. También condena al padre al pago de la mitad de los gastos extraordinarios devengados por la hija menor y finalmente fija el régimen de visitas de que gozará el padre en relación a la hija menor, Luisa.

SEGUNDO.- Ambas partes litigantes discrepan de la sentencia de instancia. Fernando disiente, en primer lugar, en relación al régimen de visitas estipulado en relación a la menor, Luisa. Extremo en el que debe aceptarse el recurso máxime teniendo en cuenta que en este punto no hay discrepancias entre los litigantes. En consecuencia el padre tendrá en su compañía a la menor un sábado o un domingo, en fines de semana alternos, es decir, el sábado en un fin de semana y el domingo el siguiente fin de semana, desde las 10 horas hasta las 20 horas, recogiénola y entregándola en el domicilio de la madre. En los años pares y por lo que respecta a las vacaciones de Semana Santa, desde el jueves festivo al domingo inmediatamente siguiente. En las vacaciones de Navidad los días de Noche Buena y Navidad, en los años impares, y los de Noche Vieja y Año Nuevo, los años pares, en todos los casos con pernocta, desde las 11 horas del primer día hasta las 20 horas del segundo día, así como desde las 12 horas hasta las 17 del día de Reyes de todos los años. En verano podrá tenerla quince días en el mes de agosto, desde las 10 horas del día 1 de agosto a las 20 horas del día 15 de agosto, los años pares y desde las 10 horas del día 16 de agosto a las 20 horas del día 31 de agosto en los impares.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso lo constituye el mantenimiento de la pensión compensatoria, a favor de la mujer, la cual debería suprimirse por dos razones. En primer lugar por convivir la mujer maritalmente con una tercera persona. En segundo lugar, y con carácter subsidiario respecto al motivo anterior, por considerar que se ha producido un cambio sustancial de circunstancias al haber accedido la mujer a un puesto de trabajo remunerado, lo que ha hecho desaparecer el desequilibrio económico que pudo originar la separación, o en su defecto, reunir la mujer las condiciones necesarias para acceder a ese puesto de trabajo, lo que no hace por mera comodidad o conveniencia personal. En cuanto al primero de los argumentos expuestos hemos de recordar que la sentencia de instancia parte del hecho de que Paula mantiene una relación afectiva con otra persona, si bien la califica únicamente de noviazgo por ende no equiparable a la convivencia *more uxore* que exige el artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1 para extinguir la pensión compensatoria. Como acertadamente apunta la parte apelante, la distinción entre una y otra relación sentimental es cosa de matices, en ocasiones difíciles de precisar, de fijar un límite entre una y otra en particular en la sociedad actual en la que se sigue calificando de "noviazgo" relaciones en las que los pretendidos novios asumen derechos y obligaciones análogas a las que derivarían de una convivencia asimilada al matrimonio.

Tal es la circunstancia que se aprecia en el caso de autos y que viene avalada por la continuidad y pervivencia en el tiempo, por el hecho de que el compañero sentimental de la Sra. Paula pernocte con cierta asiduidad en el domicilio de ésta, hasta el punto que él mismo tiene la convicción de que ese es el domicilio habitual, tal y como manifiesta al concertar el contrato de arrendamiento de 1 octubre 2002. Arrendamiento que viene referido a una casa ubicada en Santo Adriano, la cual tuvo alquilada por un periodo de cuatro meses desde el 15 de julio del 2000. Pues bien, cabría preguntarse dónde ha vivido el "novio" de la Sra. Paula desde que finalizó éste contrato hasta que se concierta el nuevo. A ello ha de aunarse que si bien es verdad que en el caso de autos no nos hallamos ante un desahucio de la vivienda arrendada por el compañero sentimental de la Sra. Paula, por desocupación, los recibos relativos a consumos de suministros son significativos en cuanto al hecho de que la vivienda está desocupada y en consecuencia dicha persona ha de vivir habitualmente en otro lugar, a falta de una aclaración y prueba al respecto la única presunción racional es la de que ese lugar es el domicilio de la demanda.

Lo anteriormente expuesto lleva a la convicción de que la relación afectiva que mantiene la Sra. Paula con esa tercera persona supera los límites del mero noviazgo, en el sentido tradicional, hallándonos ante el supuesto de una relación afectiva análoga al matrimonio y que justifica la pérdida de la pensión compensatoria. La extinción de la pensión compensatoria por el motivo anteriormente expuesto hace innecesaria cualquiera otra consideración respecto a la causa invocada con carácter subsidiario.

CUARTO.- En cuanto a los alimentos que ha de abonar a las hijas, que ascienden al 40% del sueldo, a distribuir el 15% para Amelia a y el otro 25% para Luisa, el apelante insiste en rebajarlo al 10%, en relación a la hija mayor y al 15% en cuanto a la menor. Pretensiones ambas que han de ser rechazadas.

En cuanto a la hija menor, las cuentas que hace el apelante no son admisibles. Es cierto que la hija realiza estudios de primaria, estudios que son obligatorios, si bien al cursarlos en un centro subvencionado no son totalmente gratuitos en el sentido de que estos centros cobran cuotas mensuales por material. De otro lado el ahorro que puede suponer para la madre la realización de estos estudios frente a la guardería, voluntaria y no subvencionada, se van por otro lado. No olvidemos que en estas edades los niños tienen que adquirir más libros, cuadernos y material escolar que en el periodo de guardería. Existe un coste de uniformes, calzado y actividades de ocio. A ello ha de aunarse la realización de diversas actividades extraescolares, desde las deportivas hasta refuerzos de enseñanza no sólo convenientes, sino en muchas ocasiones necesarias para conseguir una adecuada formación educacional, buena prueba de ello es la generalidad existente en la realización de tales actividades, lo que supone unos costes importantes. En cuanto a la hija mayor es cierto que ha concluido estudios en la Escuela de Turismo, si bien por su edad -21 años-, se halla aún en edad de perfeccionamiento de estudios. A ello ha de aunarse que la incorporación al mercado laboral no se ha producido y ello no por desidia o dejadez de la hija sino por las dificultades existentes en el ámbito laboral y la exigencia de una cierta cualificación profesional que aún habrá de alcanzar.

De otro lado aún refiriéndonos a alimentos en sentido estricto, como habla el apelante las necesidades que presenta una joven de veintiún años son importantes y cuantiosas, precisando que se mantenga la colaboración paterna en los términos fijados en la sentencia de instancia. Dentro de la contribución del padre a los alimentos de los hijos merece especial mención la condena al pago del 50% de los gastos extraordinarios devengados por la menor, pronunciamiento que también es recurrido. Varios son los motivos que llevan a la parte apelante a impugnar tal pronunciamiento, argumentos que son sustancialmente compartidos por el tribunal. En primer lugar considera que existe un óbice procesal para que dicho pronunciamiento prospere. Y es que la Sra. Paula, a pesar de contestar por escrito a la demanda y de formular reconvencción nada dijo en dichos escritos de alegaciones acerca de tal pretensión. Sí que solicitaba que se fijase en un 30% de los ingresos del marido la cantidad que debía aportar en concepto de alimentos de Luisa, pero ello sin mayor matización de gastos ordinarios o extraordinarios, como regla fija.

No es hasta el acto del juicio que introduce la pretensión, hecho nuevo que según el recurrente no debería haberse tomado en consideración. Dicha alegación no puede tenerse en cuenta, ya que en el proceso en el que nos movemos, el juez de instancia goza de amplias facultades a la hora de fijar las medidas patrimoniales que considere necesarias a favor de los hijos menores. Como razón de índole material se apunta la improcedencia de efectuar una declaración genérica en orden a la contribución de los progenitores al pago de los gastos extraordinarios de los hijos, sin concretar qué se considera como tales. En múltiples ocasiones las dificultades existentes para determinar cuales son gastos ordinarios y extraordinarios, implican que un pronunciamiento como el que se realiza en sentencia no sea más que fuente de conflicto y controversias judiciales entre ambos progenitores, lo que desaconseja su realización.

Finalmente y refiriéndonos en concreto al caso de autos, impugnada la autenticidad de los documentos aportados, los cuales se tratan de un mero presupuesto, y no ratificado por su emisor, entendemos que la necesidad de ese gasto no queda acreditada.

QUINTO.- El último motivo del recurso del Sr. Fernando lo constituye el pronunciamiento en cuanto a las costas de la reconvencción. Considera dicho litigante que éstas deberían haberle sido impuestas a la actora reconvincente, cuyas pretensiones son desechadas, ya que en el caso de autos no concurre duda de hecho o jurídica alguna que justifique su no imposición.

Dicho motivo de la apelación ha de analizarse conjuntamente con la impugnación que realiza D^a Paula, la cual viene referida a la desestimación de su pretensión en relación a la vivienda de Bozales. Queda acreditado que los litigantes habían adquirido una vivienda en Bozales (Villaviciosa), la cual era imposible que constituyese residencia veraniega dado el deterioro que presenta. Ha sido durante estos últimos años, especialmente a raíz de la separación que el marido ha ido rehabilitando dicho inmueble. Circunstancias todas ellas que justificaron el que ninguna pretensión se dedujera respecto a la misma en sede de separación y que hace razonable y ajustado a derecho el que no se acojan las pretensiones de la impugnante. Abundando en lo anteriormente expuesto, el artículo 90 del Código Civil EDL 1889/1, al analizar los temas sobre los que ha de pronunciarse el juez en la separación o divorcio, se refiere únicamente a la vivienda y ajuar familiar, entendiéndose por tal la que constituye el domicilio familiar habitual y no otras viviendas, cuya atribución o reparto debe llevarse a cabo vía liquidación de régimen económico matrimonial. En el caso de autos existe otra razón jurídica que justifica el rechazo de la pretensión de la Sra. Paula y es que aunque admitamos que ambas viviendas están en condiciones idóneas para ser ocupadas, teniendo ella y los hijos atribuida una, de la que ha tenido que salir el otro litigante, un principio de equidad exige que la atribución de la otra vivienda se le haga a éste. A mayor abundamiento, queda acreditado en autos que los litigantes tienen planteada la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo en aquel proceso en el que habrá de decidirse sobre la atribución del inmueble, cuya administración, en tanto no se resuelva dicho litigio ha sido atribuida al Sr. Fernando, debiendo estar a lo allí acordado. El rechazo del recurso interpuesto por la Sra. Paula y en consecuencia la confirmación de la sentencia de instancia en cuanto a la desestimación de la demanda reconvenccional lleva a estimar la pretensión del apelante, Sr. Fernando, en el sentido de que se impongan a la actora las costas de la reconvencción, al no apreciarse la concurrencia de causa alguna en contrario. En definitiva es ella quién con la demanda reconvenccional trae a debate un tema nuevo, falto de fundamento y cuya solución debe tener lugar vía liquidación de la sociedad de gananciales como se instó en su día.

SEXTO.- La desestimación del recurso interpuesto por D^a Paula implica que le sean impuestas a ésta las costas de su impugnación, artículo 398 núm.1 LE. La estimación parcial del recurso interpuesto por D. Fernando, justifica que no se le haga especial imposición de las costas de la apelación, artículo 398 núm. 2 de la LEC. En atención a lo anteriormente expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial dicta el siguiente:

FALLO

Se desestima la impugnación de D^a Paula y D^a Amelia a, imponiendo a dichas litigantes las costas procesales que su impugnación hayan irrogado.

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Fernando, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número siete en el Juicio de Divorcio 693/03. Se revoca parcialmente la misma en el sentido de fijar el régimen de visitas de D. Fernando en relación a su hija menor Luisa en los términos recogidos en el fundamento de derecho segundo. Asimismo se fija en el 25% del sueldo el porcentaje en el que el apelante ha de contribuir a la alimentación de su hija Luisa. Se declara extinguida, a partir de esta resolución, la pensión compensatoria estipulada a favor de D^a Paula. Se mantiene la sentencia de instancia en cuanto al porcentaje que el apelante ha de pagar en concepto de alimentos de Amelia. Se impone a las actoras reconvenzionales las costas devengadas por la reconvencción. Sin hacer especial pronunciamiento de las costas de este recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Barral Díaz.- María Elena Rodríguez Vigil Rubio.- Nuria Zamora Pérez.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33044370062004100132