

Resumen

Desestima la AP el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, así como la impugnación planteada por el demandado, contra la resolución de instancia, que estimó en parte las demandas principal y reconvenional sobre modificación de medidas adoptadas en convenio regulador ratificado en procedimiento de divorcio. Sostiene la Sala, entre otros motivos, que no puede apreciarse motivo racional alguno que permita dar lugar a la atribución de la vivienda pretendida por la apelante, principalmente por no afectar al interés prioritario del menor, y puesto que la actora ha estado viviendo en el pabellón común que le fue adjudicado en sentencia, tras la aprobación del convenio firmado por ambas partes litigantes, posteriormente y de forma unilateral y sin ponerlo en conocimiento del demandado empezó a habitar la vivienda común sobre la que pretende la atribución de su uso, donde había existido un pacto expreso establecido en el convenio en el sentido que se habría de proceder a la venta.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1255

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONTRATO

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Principio de la contratación
Límites

DERECHO DE PROPIEDAD

COPROPIEDAD

Uso y disfrute

DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

PRÁCTICA Y MODOS

JURISPRUDENCIA

MENOR DE LAS AUDIENCIAS

MATRIMONIO

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Mutuo acuerdo
Convenio regulador

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar
Supuestos diversos

Régimen de visitas

Favor "filii"
Otras cuestiones

Procedimiento de modificación de medidas

Requisitos de la modificación de condiciones
Sustancial

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado,Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado
Procedimiento:Apelación, Modificación de medidas

Legislación

Aplica art.1255 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 23 de julio de 2009, se presentó demanda en el Juzgado Decano de los de Soria, que fue posteriormente repartida al Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Soria, interpuesta por el Procurador Sr.Pérez Marco en nombre y representación de D^a Mercedes, sobre modificación de medidas aprobadas judicialmente en procedimiento de divorcio.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda por auto de 31 de julio del 2009, se contestó la misma por la representación procesal de la parte demandada, procediéndose a formular igualmente demanda reconvenional en fecha de 26 de octubre de 2009.

TERCERO.- Tras ser contestada dicha demanda reconvenional fueron convocadas las partes, y el Ministerio Fiscal, a la vista por resolución de 17 de noviembre de 2009, y celebrándose ésta el día 23 de febrero de 2010.

CUARTO.- En fecha de 4 de marzo del 2010, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Soria, en cuya parte dispositiva se establecía que "estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a Mercedes frente a D. Anibal, y estimando también parcialmente la demanda reconvenional de éste frente a aquélla, debo acordar y acuerdo modificar las medidas adoptadas en convenio regulador de 25 de junio de 2007, ratificado por sentencia de 24 de julio de 2007, dictada por dicho Juzgado en autos de divorcio de mutuo acuerdo 343/07, en el sentido siguiente: a). Se concreta el párrafo primero del acuerdo cuarto del convenio añadiendo que ambos progenitores deberán facilitar durante todos los días del año la comunicación telefónica del hijo menor con el progenitor en cuya compañía no se encuentre al menos una vez al día, desde las 19,30 a las 20 horas. B) Se amplía el régimen de visitas establecido en el Convenio regulador añadiendo que el padre estará en compañía de su hijo todos los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas, debiendo devolverlo a dicha hora al domicilio de la madre. C) Se modifica el régimen de visitas previsto en el Convenio para las vacaciones de verano del hijo menor con su padre, en el sentido de establecer que el régimen de visitas del hijo menor con su padre durante los periodos vacacionales de verano será de un mes, el de julio o el de agosto, a elegir en los años pares la madre y en los años impares el padre. Se desestiman el resto de pretensiones planteadas por la parte actora y el demandado. No se imponen costas a ninguno de los litigantes".

QUINTO.- Que esta resolución fue objeto de recurso de Apelación por la representación procesal de la parte actora, dándose traslado del mismo a la parte demandada quien se opuso a dicho recurso y a su vez impugnó la sentencia, dándose traslado de todo ello a las demás partes y al Ministerio Fiscal, dictándose definitiva resolución por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de fecha de 8 de octubre del 2010, en el que se acordaba la remisión de los autos a esta Sala.

SEXTO.- En fecha de 14 de octubre del 2010, se dictó resolución en esta Sala en la que se acordaba ese día como fecha para deliberación, votación y fallo, fijando la composición de la Sala, y el Magistrado Ponente, y quedando los autos pendientes para resolución. Habiéndose observado en la tramitación de este recurso las prescripciones legales oportunas.

Ha sido designado Magistrado Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ GRECIANO, quien expresa el parecer de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de Instancia, se alzan ambas partes, una interponiendo el correspondiente recurso de Apelación y la otra, impugnando dicha sentencia. Procederemos, en primer lugar, a analizar el contenido del recurso de Apelación.

Entre las pretensiones del mismo, se deduce su disconformidad con la sentencia dictada en los siguientes puntos:

- a). Disconformidad en orden a la modificación del domicilio interesada en demanda.
- b). Disconformidad en relación con la concesión de visitas semanales intercaladas.

En relación al primero de los puntos, relativos al domicilio familiar, la parte recurrente realiza una larga digresión en orden al derecho fundamental de elección de domicilio y residencia. Que nadie discute, tratándose de un derecho fundamental. Pero que lógicamente ha de ser atemperado con las distintas circunstancias de hecho existentes, pues el derecho al domicilio o residencia no puede contravenir los derechos de los demás.

En la demanda se indicó que "las condiciones higiénicas y de humedades del pabellón de la Guardia Civil que se erigió como domicilio de la esposa son tales, que en interés del menor, procede modificar el domicilio asignado, de manera que éste quede fijado en la URBANIZACIÓN000, CALLE000 número NUM000 de Golmayo".

Debemos tener en cuenta que la demanda fue presentada en el Juzgado Decano de esta ciudad en fecha de 23 de julio de 2009, es decir, prácticamente dos años después de la sentencia de divorcio de fecha de 24 de julio de 2007, donde se ratificaron las medidas acordadas por ambos cónyuges, ahora partes en este procedimiento, en convenio regulador firmado en fecha de 25 de junio de 2007, y luego ratificado por ambos, por separado, a presencia judicial.

Es decir, habían transcurrido prácticamente dos años a contar desde la firma del convenio regulador aceptado y ratificado por ambos cónyuges. Y que fue firmado sin que conste vicio alguno de consentimiento por parte de ninguno de ellos. Suponiendo dicho convenio regulador la expresión clara de su voluntad.

En dicho convenio, ratificado después por ambos cónyuges, y que dio origen a la sentencia firme de divorcio de 24 de julio de 2007, se establecía que -cláusula segunda - "se atribuía a Mercedes, y al hijo común de ambos cónyuges, - nacido en el año 2003 y por tanto de 4 años de edad entonces y de 7 años en la actualidad-, el uso de la vivienda familiar sita en DIRECCION000, NUM001 - NUM002 - NUM003 así como el uso del ajuar familiar allí existente. Y que ambos deberán comunicar fehacientemente al otro los cambios de domicilio que tuvieran lugar en un futuro a los efectos de lo aquí pactado".

Añadiendo, además, que ambos cónyuges acuerdan proceder a la venta -cláusula séptima- de los bienes descritos en los apartados uno, dos y cuatro del activo, siendo el número uno, el de vivienda unifamiliar adosada, construida en parcela denominada NUM004, NUM005 - NUM006 - NUM007, en el término municipal de Golmayo, URBANIZACIÓN000, CALLE000 número NUM000.

En definitiva, que en virtud del convenio regulador aprobado judicialmente hace dos años a contar desde la fecha de presentación de la demanda, se atribuía a la citada Mercedes la casa sita en DIRECCION000, es decir el pabellón sito en la Casa Cuartel de la Guardia Civil, para su uso y disfrute y para constituir en la misma el domicilio y vivienda familiar de ella y del hijo común. Y que en cuanto a la casa de la URBANIZACIÓN000 se procedía a acordar su venta.

Desde entonces y hasta mayo de 2009, la citada Mercedes ha venido ocupando el pabellón sito en la DIRECCION000, en compañía del hijo común -así lo afirmó en interrogatorio de parte-. Y procediendo, en fecha de mayo de 2009, a ocupar unilateralmente la vivienda sita en la URBANIZACIÓN000. Hemos de observar que en ningún momento ha procedido a notificar, ni fehacientemente como exige el convenio, ni de ninguna otra forma al demandado dicho cambio de domicilio, aún cuando dicha circunstancia afecte directamente a la esfera de derechos personales y patrimoniales del citado demandado. Cuanto que la vivienda de la Urbanización es común a ambos y pertenece pro indiviso a ambos.

Pero es más, dicha ocupación de la vivienda ha tenido lugar inmediatamente antes de la formulación por parte del demandado de la correspondiente acción de división de la cosa común, y referida a la vivienda sita en Golmayo, y en cuyo procedimiento existió contestación de la parte actora en la cual señalaba que "se procediera a dictar sentencia y declare la disolución de la situación de pro indiviso de la vivienda", en orden a su posible venta posterior. Discutiéndose exclusivamente en orden a la valoración de la vivienda que determinó la necesidad de un informe de valoración fechado en julio de 2009.

En consecuencia, la actora ha estado viviendo en el pabellón común que le fue adjudicado en sentencia, tras la aprobación del convenio firmado por ambos, desde la fecha de la sentencia hasta mayo de 2009, donde unilateralmente y sin ponerlo en conocimiento del demandado empezó a habitar la vivienda sita en la URBANIZACIÓN000, donde había existido un pacto expreso establecido en el convenio regulador en el sentido que se habría de proceder a la venta. Y para ello, y ante la falta de acuerdo, se inició una actuación judicial para decretar esa situación de indivisión. Por tanto, procedió a ocupar una vivienda que ya sabía, -entre otras cosas porque así se había pactado expresamente por ella, y había sido acordado por la Autoridad Judicial-, que iba a ser vendida. Distribuyendo el dinero obtenido por mitad entre ambos cónyuges.

Por lo cual, dicha actuación unilateral de la actora vulnera lo convenido por ambos cónyuges, y estipulado en resolución judicial. Pero es que, además, no se deriva ni se percibe que pueda derivar, ningún tipo de beneficio ni para sí ni para su hijo menor, por cuanto dicha ocupación habría de ser necesariamente transitoria, dado que la vivienda habría de ser necesariamente vendida por haberlo así pactado ambos cónyuges. De tal modo, que no se entiende, a diferencia de lo alegado por la misma, qué tipo de beneficio pueda derivarse para el menor, que desocupa el inmueble donde había estado viviendo durante un periodo largo de tiempo para irse a otro, que tendrá que desalojar en un futuro próximo. Dando lugar a dos traslados que nada permite inferir que sean beneficiosos para el citado menor.

Pero es que, además, las razones apuntadas para dicho traslado por la parte actora carecen de razón de ser. El pabellón sito en la casa Cuartel de la Guardia Civil se le atribuyó y aún sigue estando atribuido a la misma y con la posibilidad de ser usado por ella, (documento número 4 acompañado a la contestación de la demanda, oficio remitido por al G.Civil de fecha de 16 de junio de 2009), sin que conste, a diferencia de lo afirmado por la actora, que dicho pabellón tenga deficiencias. En primer lugar, porque no están acreditadas, pudiendo serlo fácilmente, por cuanto bastaría con un informe de la G.Civil en tal sentido. Pero es más, tal como se deriva de la Orden General de 19 de mayo de 2005, cuantas mejoras sean necesarias realizar en dichos pabellones serán competencia de la G.Civil, y será a su vez de su competencia las exigencias para mantener en condiciones de habitabilidad dichos pabellones. Bastando una solicitud en tal sentido, petición que no ha tenido lugar - interrogatorio de parte de la actora-, de lo que se ha de deducir que, si no ha existido petición de mejora o de realización de obras de conservación, es precisamente porque dichas obras no eran precisas. Estando dicho pabellón perfectamente acondicionado para servir de vivienda a la actora y el hijo común de ambas partes.

De tal modo que existe una actuación unilateral de la actora, que procedió a trasladarse a la vivienda común, sobre la cual existía pacto en orden a su venta. Por lo que sobre dichas condiciones no existe motivo racional alguno que permita inferir que dicha vivienda

haya de serle atribuida. Pero es más, nos encontramos ante un proceso de modificación de medidas, y para que dicha modificación tenga lugar es preciso que concurren los siguientes requisitos:

a). Que se haya producido después de dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio de la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b). Que dicha mutación sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas.

c). Que ese cambio sea estable o duradero, y no meramente ocasional o coyuntural.

d). Que la situación sea imprevista o imprevisible, y por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación.

En primer lugar, dicha modificación que se insta no puede tener el carácter de imprevista o imprevisible, pues las circunstancias actuales son idénticas a las que existía con anterioridad. Es decir, ambos cónyuges disponen de la vivienda sita en Golmayo, tenían a su disposición el pabellón sito en la Casa Cuartel de la Guardia Civil, y tenían un hijo menor de edad. Por tanto, si la voluntad de ambos era adjudicar la vivienda sita en Golmayo a la actora y al hijo común, podrían haberlo acordado así en convenio regulador. Pero no fue tal lo acordado, sino al contrario, se atribuyó a la misma el uso del pabellón, y la vivienda de Golmayo se acordó su venta adjudicándose por mitad el precio.

Pero es más, la modificación no será en ningún caso estable o duradera, por cuanto está pactado y convenido y aprobado judicialmente que la vivienda sita en Golmayo haya de venderse distribuyendo entre ambos el precio de la venta. Por tanto, la ocupación de dicha vivienda y la modificación que se insta será de todo punto transitoria y contraria, incluso, a los intereses del hijo común.

Por lo que, en buena lógica, ha de aplicarse la doctrina establecida en casos iguales por nuestros órganos judiciales, en el sentido que "no procede dejar sin efecto o modificar, cualitativa o cuantitativamente, las medidas complementarias establecidas en una sentencia firme de divorcio, subsistiendo los mismos factores que las condicionaron, dado que tal vía modificativa sólo viene habilitada en aquellas hipótesis en que las circunstancias determinantes de su adopción hayan experimentado un cambio sustancial". Lo que no es el caso.

Por lo que este primer motivo de apelación ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- En relación con el segundo punto del recurso de Apelación descansa en la disconformidad con la concesión de visitas semanales intercaladas.

Y en concreto al apartado b de la parte dispositiva de la sentencia, donde se determina que se ha de ampliar el régimen de visitas establecido en convenio regulador, estableciendo que el padre estará en compañía de su hijo todos los lunes y miércoles desde la salida del Colegio hasta las 20 horas debiendo devolverlo a dicha hora al domicilio de la madre".

Todo el motivo de oposición a dicho pronunciamiento estriba en que el padre no ha cumplido el régimen de visitas. Este argumento no parece tener razón de ser, porque de ser cierto que no cumple con el régimen de visitas no tendría razón el que solicitara su ampliación. Pero es más, tal como se determina de interrogatorio de la propia parte actora en el acto de la vista, D^a Mercedes indicó que "no se opone a nada del contacto con su padre", añadiendo que "está dispuesta a que vea al niño todos los días, siempre que cumpla con el régimen de visitas". Estaría dispuesta a que "viera a su hijo los lunes y miércoles, si cumple con el régimen de visitas". Por lo tanto, si está dispuesta a que vea a su hijo en los citados días, lunes y miércoles, no existe motivo alguno para el recurso de Apelación que se concreta en este punto. Más cuando entre sus afirmaciones vertidas en el acto de juicio, y en el recurso de Apelación, no se advierte que dichas visitas ampliadas del padre puedan ser contraproducentes en la evolución del menor.

En cualquier caso, si el padre efectivamente incumpliera el régimen de visitas podría dar lugar a una modificación del contenido de las mismas, lo que no ha tenido lugar hasta la fecha, de lo que se infiere que no ha existido, al menos acreditados, los incumplimientos denunciados por la actora.

En definitiva, el motivo segundo y último del recurso de Apelación ha de ser desestimado.

TERCERO.- En lo que respecta a la impugnación de esa misma resolución efectuado por la parte demandada, el punto de controversia es el referido a la desestimación por el Juez a quo de la demanda reconvenional formulada respecto a los gastos extraordinarios.

Entendiendo que el punto referido a los gastos extraordinarios habrá de quedar redactado del modo que sigue: "que el padre satisfará al 50 % por los gastos extraordinarios necesarios del menor, considerando como tales, exclusivamente, los médicos y farmacéuticos no cubiertos por el Sistema de Seguridad Social. Que los gastos extraordinarios no necesarios, (viajes, excursiones, clases particulares), se satisfarán por el padre en su mitad siempre que su realización sea convenido por ambos progenitores".

Del mismo modo, y por el mismo razonamiento expresado en el fundamento primero de la sentencia, hemos de acudir a lo convenido de mutua voluntad por ambas partes en convenio regulador. Que después fue ratificado judicialmente por sentencia.

En el segundo párrafo de la cláusula segunda, se convino que "los gastos extraordinarios de carácter necesario del hijo tales como libros escolares, enfermedades no cubiertas por la Seguridad Social, viajes, excursiones, comedor, y clases particulares, serán abonados por ambos progenitores por mitades iguales, en cuanto a los que sean de carácter extraordinario y no necesario, serán satisfechos por ambos padres, por mitad en todo caso, previo acuerdo de ambos progenitores para su realización".

Es claro que ambos cónyuges pretendieron excluir conceptos tales como viajes, excursiones y clases particulares del contenido de "gastos extraordinarios", porque de haberlo hecho así, nada más fácil que o no decir nada, o bien por el contrario, incluir dentro de dicho concepto el de viajes, excursiones o clases particulares. Si se incluyeron fuera del concepto de gastos extraordinarios, es porque así lo pretendían en interés del menor, es decir, excluyendo la necesidad de pacto previo para su realización. Sin que se advierta que dicho pacto sea contrario al interés del menor o perjudique notoriamente a cualquiera de ambos cónyuges. Recuérdese que ambos contribuyen por mitad, lo que determina que no tiene razón de ser, desde un punto de vista lógico, que dichos gastos hayan de ser superfluos o

caprichosos. Porque de ser así, y si por la madre incluyese al menor en clases particulares, viajes o excursiones caprichosas, debería abonar por mitad dichos gastos. Por lo que se perjudicaría a sí misma. Por lo tanto, debemos de entender que el pacto fue de ambos progenitores estableciendo expresamente que los viajes, excursiones y clases particulares, por razón de urgencia y por la necesidad del menor de evitar disputas entre ambos cónyuges que puedan afectarle en su realización, habrían de ser abonadas por mitad entre ambos. Sin exigir, por tanto, un previo acuerdo entre ambos. A diferencia de los "gastos extraordinarios", donde sí se exigiría dicho previo acuerdo entre ambos.

El hecho que la jurisprudencia haya venido a considerar a los mismos como gastos extraordinarios en nada afecta a esta cuestión debatida. Porque si la voluntad de los cónyuges fue clara, en el sentido de excluir dichos gastos del concepto de "extraordinarios", dicha voluntad ha de ser respetada, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1255 del CC EDL 1889/1 , sin que se observe que dicho pacto sea contrario a la moral, al orden público, o evidentemente perjudique al menor.

De tal modo que si dichas circunstancias, la posibilidad de dichos gastos, existían ya al tiempo de formalizar y ratificar el convenio regulador, no podemos entender que nos encontremos ante un caso "imprevisto o imprevisible", que daría lugar a la procedencia de la modificación de medidas, como antes hemos apuntado.

En conclusión, la impugnación ha de ser desestimada, haciendo nuestros los atinados razonamientos del Juez a quo. Confirmando, por ello, la sentencia dictada en su día.

CUARTO.- Que dada la especial naturaleza de las cuestiones debatidas en este procedimiento, no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada, como tampoco -acertadamente- lo hizo el Juez a quo, con relación a las costas de la primera Instancia. Eso sí, habrá lugar a la pérdida del depósito constituido por la parte recurrente de conformidad con lo prevenido en los números 9 y 10 de la LO 1/09 de 3 de noviembre EDL 2009/238888 .

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador Sr. Pérez Marco en nombre y representación de Dª Mercedes, y la impugnación formulada por la Procuradora Sra. Yáñez Sánchez, en nombre y representación de D. Anibal, habiendo tenido intervención el Ministerio Fiscal, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Soria, de 4 de marzo de 2010, en autos de modificación de medidas número 566/09 seguidos en dicho Juzgado, y en su consecuencia, debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida.

No habiendo lugar a un especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal que proceda, de conformidad con lo prevenido en los números 9 y 10 de la disposición adicional decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre EDL 2009/238888 .

Así por esta nuestra Sentencia, que será notificada en forma legal a las partes, haciéndoles saber que, caso de interponer Recurso de Casación ó Extraordinario por Infracción Procesal, deberá acreditar al tiempo de su interposición la consignación de la suma de 50# en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales aperturada en el Banco Español de Crédito, cuenta expediente núm. 4162 0000 01 seguido del núm. de procedimiento (4 dígitos) y del año (dos dígitos) debiendo indicarse en el campo "concepto" del documento resguardo del ingreso, que se trata de un "Recurso", seguido del código 06 (casación) ó 04 (Infracción Procesal). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse a continuación de los 16 dígitos de la cuenta de expediente (Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre EDL 2009/238888), lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 42173370012010100222