

EDJ 2010/67876

AP Madrid, sec. 24ª, S 3-3-2010, nº 268/2010, rec. 1159/2009

Pte: Hernández Hernández, Rosario

Resumen

Acoge la AP parcialmente el recurso de apelación del demandado contra la sentencia de primera instancia que había estimado parcialmente la demanda de divorcio. Determina la Sala que pro aplicación del principio de protección del interés de los hijos comunes menores de edad, estimado prioritario, ha de concedérseles a éstos el uso de la vivienda familiar, debiendo salir de éste los progenitores en los tiempos en los que no les corresponda la custodia, que, fijada de modo compartido y alternativa entre ambos progenitores, con igualitaria división de tiempos de permanencia, y siendo los dos capaces económicamente de afrontar en semejantes condiciones las necesidades de los hijos, excluye la obligación del pago de pensión alimenticia por el demandado, pudiendo también afrontar ambos en igual porcentaje los gastos extraordinarios que se generen en la vida de sus hijos menores.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

art.218.1

RD de 24 julio 1889. Código Civil

art.96

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Custodia compartida

Atribución de la vivienda familiar

Necesidades de la familia

Pensiones alimenticias a los hijos

En general

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.218.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.96 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.218, art.398.2, art.774.5 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Necesidades de la familia SAP Madrid de 24 marzo 2006 (J2006/57121)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha de 31 de diciembre de 2008, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 25 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda promovida por la Sra. Procuradora de los Tribunales Dª Ana María Espinosa Troyano en nombre y representación de Dª Lina contra D. Efrain, bajo la representación del

Sr. Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Calvo Ruiz, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, declaro la disolución del matrimonio por divorcio de ambos cónyuges, con los efectos inherentes a dicha declaración, sin hacer especial condena en costas, estableciendo los siguientes efectos:

1º.- La patria potestad (responsabilidad parental) será ejercida de forma conjunta por ambos padres, por lo que todas las decisiones relevantes que afecten a los hijos deberán ser tomadas de mutuo acuerdo y en su defecto por decisión judicial.

2º.- Se establece un régimen de custodia compartida (alternativa) que comenzará a partir del 25 de enero del año 2009, sin que la interposición de cualquier recurso o solicitud de aclaración pueda suspender la eficacia de este pronunciamiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . El período de cada estancia será de una semana, comenzando su ejercicio Dª Lina, debiendo hacerse las entregas de los menores los domingos a las 20 horas en el domicilio del progenitor que vaya a tenerlos en su compañía la semana siguiente. Para evitar discrepancias de cada a la alteración que pueda suponer el régimen de vacaciones, se establece que de las cincuenta y dos semanas que tiene el año Dª Lina tendrá a sus hijos en su compañía las semanas impares y D. Efrain las pares. Así, la semana del 26 de enero al 1 de febrero es la quinta del año, por ejemplo.

A partir de 1 de septiembre del año 2009 cualquiera de las partes podrá solicitar del Juzgado la elaboración de un nuevo informe Psicosocial para estudiar si procede continuar con este régimen de custodia compartida o no, o si procede fijar un período de alternancia distinto al de una

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D. Efrain, mediante escrito de fecha 14 de julio de 2009, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, que en aras a la brevedad damos aquí por reproducido.

CUARTO.- Frente a estas pretensiones, la parte apelada, Dª Lina, mostró su oposición por las razones expresadas en su escrito de fecha 17 de septiembre de 2009 al que nos remitimos.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandado en proceso de divorcio, interpone recurso de apelación frente a la sentencia de fecha 31 de diciembre de 2.008, en cuya virtud se establece un sistema de guarda y custodia compartida alternativa por ambos progenitores, respecto de los 3 hijos menores de edad de estos litigantes, atribuyendo no obstante a la femenina el uso de la vivienda familiar, de carácter ganancial, fijando una cuantía de prestación alimenticia a cargo del padre de 600 # mensuales, a razón de 200 # al mes por hijo, y acordando finalmente el abono de los gastos extraordinarios que se generen en la vida de los niños, en porcentajes de un 60 % el padre y el 40 % restante la madre, sufragándose al 50 % las cuotas mensuales de amortización de la hipoteca que grava la vivienda familiar.

Postula el apelante se revoque la atribución de uso de la vivienda familiar a favor de la esposa, de manera que no se asigne a ninguno de los progenitores; se deje sin efecto la pensión de alimentos a su cargo, debiendo cada progenitor hacer frente a los de los hijos cuando se encuentren en su compañía, y, finalmente, se sufraguen al 50 % los gastos extraordinarios de los niños, todo ello con condena a la adversa al pago de las costas que se puedan generar en esta alzada.

La contraparte se opone al recuso, interesa su desestimación, con confirmación de la disidencia e imposición de las costas de esta segunda instancia al recurrente.

SEGUNDO.- Como se ha visto, el primero de los motivos de recurso va referido al uso del domicilio familiar y enseres de empleo corriente en el existentes.

La cuestión ahora planteada se ha de resolver en consonancia con las previsiones del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 , a cuyo tenor:

"En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

A la luz de dicho precepto, entiende esta Sala procedente la revocación del pronunciamiento relativo al uso del domicilio familiar a favor de la esposa, y ello en interés de los hijos comunes menores de edad, que se estima prioritario respecto del de cualquiera de los consortes.

En el supuesto de autos, las previsiones de intereses necesitados de mayor protección en que se ha de sustentar la atribución del uso del domicilio familiar, a tenor del artículo transcrito, no han decaído en favor y beneficio de la progenitora femenina, y ha de ser el de aquellos el que se haga primar, y no tanto el de uno u otro progenitor, aunque indirectamente se vea favorecido aquel al que se le confíe la guarda y custodia.

La postura del legislador de dar preeminencia a los hijos a la hora de decidir sobre el uso de la vivienda familiar, es desde luego acertada, ya que sus intereses son los más necesitados de protección, y asimismo, es acertado que atraigan hacia sí al cónyuge que

convive y cuida de ellos, pues de ese modo se consigue una cierta continuidad en la cohesión familiar, remediando, en la medida de lo posible, el quebranto de la convivencia familiar.

Quedará el uso de la vivienda familiar para los hijos y se aprovechará de ello el progenitor al que se le confíe su cuidado, evitándose así que la prole inicie tras la separación de sus padres, una peregrinación domiciliaria (en este sentido, sentencia de esta misma Audiencia, entre otras muchas, de 24 de marzo de 2.006 EDJ 2006/57121).

Consecuentemente con ello, reiteramos, al no desvirtuarse en el supuesto de autos las presunciones de interés más necesitado de protección en que se sustentan los presupuestos del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 , ha de ser revocada la resolución disentida en este aspecto, garantizando para los menores continuidad de la cohesión familiar a la que se hizo antes referencia, con mantenimiento del actual entorno en todos los aspectos, evitando un continuo cambio domiciliario de estos, debiendo ser los progenitores los que lo lleven a cabo, con la salida del domicilio familiar en los tiempos en los que no les corresponda la custodia, sin que con esta medida se desampare a la madre, quien goza de recursos económicos suficientes para afrontar el pago de un alquiler en condiciones semejantes a las del padre, máxime cuando al 50 % han de costear las cuotas mensuales de amortización de la hipoteca que grava el inmueble.

Ha de ser estimado este motivo de recurso, si bien no en los términos propios en que se solicita por el recurrente, por cuanto, lo que procede, es dejar sin efecto la atribución de uso a favor de la esposa, para asignárselo a los hijos comunes de este matrimonio, menores de edad, lo que se verificará en la parte dispositiva de la presente resolución, sin que con ello incurramos en incongruencia alguna, ni ultra ni extrapetita, por cuanto nos encontramos ante materia de orden público, ius cogens o derecho necesario, al venir afectados derechos de menores, de donde no quedamos vinculados por las peticiones de las partes.

A mayor abundamiento, ello es factible al amparo del artículo 218 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 , en su número 1, final párrafo, que consagra el principio "iura novit curia" al expresar:

"El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes."

TERCERO.- El segundo de los motivos de recurso ha de obtener también favorable acogida, en cuanto, establecido un sistema de guarda y custodia compartida alternativa entre ambos progenitores, con igualitaria división de tiempos de permanencia, y siendo los dos capaces económicamente de afrontar en semejantes condiciones las necesidades de los hijos, no se advierte razón alguna que justifique se imponga al progenitor masculino la obligación de abonar pensiones alimenticias a favor de los hijos, cuando lo va a hacer de manera material, efectiva y directa tal y como lo va a realizar la madre, y ha de ser también igual la económica, sin que a nada determine, en las economías en las que nos estamos moviendo, el simple hecho de que el salario del progenitor masculino sea sensiblemente superior al de la madre, cuando esta puede sufragarlos por igual, ya lo hemos dicho, como a partes iguales se ingresa a uno y otro progenitor la ayuda que reciben por hijos a cargo.

Ha de dejarse sin efecto la obligación impuesta al padre de abonar pensiones de alimentos en beneficio de los hijos, con estimación anunciada de este motivo de recurso y consiguiente revocación en este aspecto de la sentencia apelada.

CUARTO.- El tercero de los motivos de recurso ha de correr igual suerte estimatoria que los precedentes, toda vez que ambos progenitores gozan de solvencia y recursos suficientes para hacer frente por igual a los gastos extraordinarios que se generen en la vida de sus hijos menores, sin que debamos ser sensibles a una no significativa a estos efectos diferencia salarial, reiterando la percepción en igualdad de condiciones por uno y otro, de la ayuda correspondiente por hijos a cargo, de donde no se considera modulado vincular a cada parte a porcentajes no igualitarios de pago, por cierto, prácticamente insignificantes, y máxime cuando respecto de estos gastos, dada su naturaleza, y la excepcionalidad con la que se producen, así como la desahogada posición económica de la madre, no viene justificada otra proporción que no sea al 50 % por cada litigante.

QUINTO.- Al estimarse parcialmente el recurso deducido por la representación procesal de D^o. Efrain, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 .

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Efrain, representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER CALVO RUIZ, contra la sentencia de fecha 31 de diciembre de 2008, del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid, en autos de Divorcio número 222/08; seguidos con D^a Lina, representada por la Procuradora D^a ANA ESPINOSA TROYANO debemos REVOCAR y REVOCAMOS en parte la expresada resolución ACORDANDO:

1º.- Se deja sin efecto la atribución de uso del domicilio familiar y enseres de empleo ordinario en el mismo efectuado en la instancia a favor de la esposa, y se asigna este uso a los hijos comunes de los litigantes.

2º.- Se deja sin efecto la obligación impuesta en la sentencia apelada al progenitor masculino, de abonar pensiones de alimentos a favor de los menores, debiendo cada progenitor sufragar los de estos en el tiempo en que les corresponda, por razón de la guarda y custodia compartida alternativa, la permanencia con ellos.

3º.- Ambos litigantes abonarán al 50 % los gastos extraordinarios que se generen en la vida de los hijos comunes menores de edad.

Se confirma en lo restante la sentencia de instancia, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. EDL 1985/8754 con expresión de sus derechos a las partes. Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.
Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370242010100075