

## EDJ 2010/73952

AP Cáceres, sec. 1ª, S 6-4-2010, nº 136/2010, rec. 125/2010

Pte: Vázquez Pizarro, Mª Teresa

### Resumen

*Frente a la resolución de instancia que estimó en parte la demanda, la AP estima parcialmente el rec de apelación formulado por el actor, revoca parcialmente dicha resolución y estima en parte la demanda. La Sala otorga el uso de la vivienda familiar a la madre que ostenta la guarda y custodia de los hijos menores de edad y por lo tanto ostenta el interés más necesitado de protección, pero se suprime la limitación temporal establecido pues no existe fundamento jurídico alguno para que el uso de la vivienda se vincule a la edad del hijo menor, sin perjuicio, de que cuando varíen estas circunstancias pueda instarse lo procedente.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.86 , art.93 , art.96 , art.142 , art.152

### 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

Favor "filii"

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge con la custodia de los hijos

Pensión compensatoria

Límite temporal

Cuantía

Pensiones alimenticias a los hijos

Obligación de ambos cónyuges

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.86, art.93, art.96, art.142, art.152 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.457, art.461, art.465.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Versión de texto vigente null

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Cáceres en los autos de Juicio de Divorcio núm. 519/08 con fecha 4 de septiembre de 2009 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO:

Que según lo legalmente previsto en el art. 86 del Código Civil EDL 1889/1 declaro la disolución civil por divorcio del matrimonio celebrado entre 0 Camino y EJ. Sixto acordando las siguientes medidas:

Se atribuye a D Camino la guarda y custodia del hijo menor de edad, Javier, pudiendo EJ. Sixto disfrutar de la compañía de su hijo Javier fines de semana alternos, desde la tarde del viernes hasta la del domingo, que se ampliarán cuando coincidan con un "puente", la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa y un mes en verano. Igualmente pasarán juntos la mitad del tiempo no lectivo del cumpleaños de Javier y del de su padre o de su madre, si cuando se celebre este último se encuentra en compañía de su padre. El padre elegirá periodos vacacionales los años pares y la madre los impares. Ambos progenitores se informarán recíprocamente acerca de las cuestiones de estudios, salud y cualquier otra de importancia que afecten a Javier y tomarán conjuntamente las decisiones de cierta trascendencia que le afecten.

Se atribuye el uso de la vivienda familiar a D<sup>a</sup> Camino y a los hijos comunes hasta que el hijo menor de edad cumpla los 28 años, siempre que hasta esa fecha continuara viviendo en la misma alguno de los hijos comunes. Hasta ese momento el actor abonará el 70 % de la hipoteca y del préstamo contraído para construir la piscina, debiendo tenerse en cuenta en el momento de liquidar la sociedad de gananciales sus aportaciones.

Se establece una pensión de 600 euros mensuales para cada uno de los hijos comunes, así como la obligación de Sixto de hacerse cargo del 70 % de los gastos extraordinarios de los hijos, que deberán hacerse siempre previo acuerdo entre ambos progenitores salvo caso de urgencia. Esta cantidad se modificará anualmente conforme a las variaciones del IPC y se ingresará por D. Sixto en la cuenta designada por D Camino .

Se establece una pensión compensatoria a favor de D Camino durante cinco años con un importe mensual de 650 euros, que se irá actualizando anualmente conforme a las variaciones del IPO.

Se adjudican provisionalmente los vehículos, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales a sus usuarios habituales, debiendo hacerse cada parte del préstamo suscrito para la adquisición del vehículo que utiliza.

Cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con la mitad de las comunes, sin que haya lugar a la fijación de litis expensas a favor de D Camino .

Notifíquese a las partes la presente resolución.

Así por esta mi sentencia..."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por la parte demandante se solicitó la preparación del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

TERCERO.- Admitido que fue la preparación del recurso por el Juzgado, se emplazó a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 457,3 de la L.E.C EDL 2000/77463 ., por término veinte días para la formalización del recurso de apelación conforme a las normas prevenidas en los arts. 458 y ss. de la misma Ley procesal.

CUARTO.- Formalizado, en tiempo y forma, el recurso de apelación por la representación de la parte demandante, se tuvo por interpuesto y de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C EDL 2000/77463 . se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

QUINTO.- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación de la apelada, el Juzgado de instancia remitió los autos originales a esta Audiencia Provincial. Y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de las partes, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para DELIBERACIÓN Y FALLO el día 5 de abril de 2010 quedando los autos para dictar sentencia en el plazo marcado en el art. 465.1 de la L.E.C. EDL 2000/77463

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D<sup>a</sup> MARÍA TERESA VÁZQUEZ PIZARRO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia en la que se declaraba disuelto el matrimonio formado por las partes por divorcio acordándose entre otras medidas: otorgar el uso de la vivienda familiar a la madre hasta que el hijo menor de edad tenga veintiocho años siempre que hasta esa fecha continuara viviendo en la misma alguno de los hijos comunes, y establecer que el padre contribuiría al pago de los gastos extraordinarios en un 70% de su valor y la madre en el 30% restante, se alza la parte demandada pretendiendo que se establezca el uso de la vivienda familiar hasta que el hijo menor cumpla veintidós años y que el padre abonará el 60% de los gastos extraordinarios.

SEGUNDO.- No existe fundamento jurídico alguno para que el uso de la vivienda familiar se vincule a la edad del hijo. Como tiene declarado esta Sala en numerosas resoluciones, la extinción de este derecho únicamente puede producirse cuando cese la causa que motivó su atribución a uno de los cónyuges, y el motivo por el que se atribuye en el caso de autos el uso de la vivienda familiar a la madre es que ostenta la guarda y custodia de los hijos menores de edad y por lo tanto ostenta el interés más necesitado de protección.

Así es entendido habitualmente por los Tribunales que, al hacer efectivo el art. 96 del Código Civil EDL 1889/1 , atribuyen el uso de la vivienda familiar y de los objetos ordinarios en ella existentes a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, implicando con ello el establecimiento de una norma de marcado carácter asistencial como de contribución a las cargas familiares en relación con los hijos, que habrá de subsistir en cuanto sea necesario y en la medida que lo sea, pero no más allá, esto es, hasta que los hijos dejen de ser acreedores del derecho de alimentos por adquirir independencia económica, conforme al contenido de los arts. 142, 152 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1 , momento en el que deberá cesar el derecho de uso que se concede al cónyuge beneficiado con tal medida

en unión y por causa de sus hijos, pasando entonces en su integridad, por derecho de dominio, al cónyuge al que la citada vivienda le haya sido o sea atribuido.

Para determinar cuál de los cónyuges ha de permanecer en el uso de la vivienda familiar ha de acudirse a los criterios establecidos en el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 conforme al cual, cuando convivan hijos en el domicilio familiar ha de atribuirse a éstos y al cónyuge en su compañía queden, precepto que suscita dudas sobre si es aplicable sólo a los menores de edad o a los que ya hayan alcanzado la mayoría pero sigan residiendo en el mismo y dependiendo de la ayuda de la familia por carecer de otros medios de subsistencia. En este sentido el artículo 93 del Código Civil EDL 1889/1 favorece la última interpretación al establecer que el Juez fijará alimentos para los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar lo que viene a indicar que se pretende la protección de éstos evitando que les perjudique una concepción rígida de las medidas a adoptar en favor de los mismos; sin que deba olvidarse que, en todo caso, dentro de la obligación alimenticia se encuentra la de proporcionar vivienda adecuada como expresa el artículo 142 del Código Civil EDL 1889/1 . Es decir, el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 señala que el interés más necesitado de protección es el de los hijos, y ha de interpretarse en el sentido más favorable a éstos sin que pueda entenderse que dejan de convivir con sus padres al llegar a la mayoría de edad pues, por el contrario, pueden seguir dependiendo de éstos económicamente y mientras perviva esta situación y no se extinga la obligación legal de prestar alimentos perdura el derecho al uso de la vivienda. Por tanto no procede señalar límite temporal alguno a este derecho de uso sin perjuicio de que cuando varíen estas circunstancias pueda instarse lo procedente.

TERCERO.- En cuanto al motivo de recurso referido a la proporción en que el padre ha de contribuir al pago de los gastos extraordinarios de sus hijos, no existe fundamento alguno para modificar dicha proporción del 70% establecido por el juez a quo, al 60% solicitado por la parte recurrente.

El juzgador de instancia, al valorar la prueba practicada, llega a la conclusión de que la situación económica de cada uno de los progenitores es diferente y existe una desproporción importante entre ellos. Por dicha razón, considera adecuado y proporcionado que el padre abone el 70% del importe de los gastos extraordinarios, teniendo en cuenta las posibilidades económicas de ambos padres. Esta desproporción es admitida y reconocida por el recurrente, quien pretende modificar el porcentaje y que, sólo en el caso de que la madre se incorporara al mercado laboral, la contribución se hiciera por partes iguales. La petición de modificación de la proporción establecida en la sentencia no se fundamenta en dato alguno, por lo que el motivo de recurso es infundado, debiendo plantearse la correspondiente modificación de medidas en el caso de que cambiaran sustancialmente las circunstancias que se han tenido en cuenta para el establecimiento de las actuales.

CUARTO.- Dada la naturaleza de las cuestiones planteadas, no se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española EDL 1978/3879 , pronunciamos el siguiente:

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Sixto contra la sentencia número 152/09, de fecha cuatro de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Cáceres, en autos número 519/08, de los que este rollo dimana, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE DICHA RESOLUCIÓN, en el sentido de suprimir la limitación temporal establecida para el uso de la vivienda familiar, manteniendo el resto de pronunciamientos, sin hacer expresa condena al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes con expresión de la obligación de constitución de depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/ 2.009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente sentencia, para ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./

Publicación.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Certifico.

DILIGENCIA.- Seguidamente se dedujo testimonio para el rollo de Sala. Certifico.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 10037370012010100148