

EDJ 2010/324740

AP Sevilla, sec. 2ª, S 17-9-2010, nº 366/2010, rec. 7987/2009

Pte: Palacios Martínez, Andrés

Resumen

Estima la AP parcialmente tanto el recurso de apelación interpuesto por la actora, como la impugnación formulada por el demandado contra la sentencia dictada en proceso de divorcio. Revoca la Sala el pronunciamiento, al atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar a los dos hijos habidos durante el matrimonio junto a su madre, por corresponder el uso básicamente a los hijos al tener un carácter protector de los mismos. Añade el Tribunal que ambos litigantes deben satisfacer por mitad los gastos derivados de la propiedad del inmueble y a cargo de la esposa los que responden a su uso. Asimismo fija la contribución de ambas partes al levantamiento de las cargas del matrimonio, cuota del crédito hipotecario que grava dicha vivienda. Mantiene la cuantía fijada de forma proporcional en concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos y la denegación de pensión compensatoria a favor de la esposa.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.90 , art.93.2 , art.96 , art.97

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DERECHO DE PROPIEDAD

COPROPIEDAD

Conservación, cargas y gastos

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge con la custodia de los hijos

Pensión compensatoria

Concepto

Denegación

Pensiones alimenticias a los hijos

Proporcional a ingresos y necesidades

Otros supuestos

TERCERÍA DE MEJOR DERECHO

PREFERENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS

Crédito hipotecario

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.90, art.93.2, art.96, art.97 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

Cita art.451, art.452 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 5 de abril de 2009, que expresa literalmente en su parte dispositiva: " Que, estimando en parte la demanda dedivorcio formulada por el Procurador D. IGNACIO PEREZ DE LOS SANTOS en nombre y representación de Dª Enma contra D. Gabriel representado por el Procurador D. ISMAEL BELHADJ-BEN GOMEZ debo declarar y declaro la disolución, a efectos civiles, por divorcio, del matrimonio que ambos contrajeron, declarando asimismo como medida inherente al divorcio la disolución del régimen económico del matrimonio y la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges se hubiesen otorgado, acordando las siguientes medidas reguladoras de los efectos de la crisis matrimonial:

PRIMERA.- El hijo común menor de edad, Carlos, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, siendo compartido por ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad.

SEGUNDA.- En favor del Sr. Gabriel se establece un régimen de visitas amplio, libre y flexible y que sólo para el caso de disidencia se fija: en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 21 horas del domingo. Los períodos de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, Feria y verano se repartirán por mitad entre los progenitores, alternando en la elección de los períodos vacacionales que les sean más convenientes, correspondiendo en caso de desacuerdo la primera mitad en los años pares al padre y en los impares a la madre.

TERCERA.- Se asigna el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en c/ DIRECCION000 núm. NUM000 NUM001 NUM002 de Sevilla a la menor y por ende a quien sobre ella ostenta la guarda y custodia de la Sra. Enma así como el ajuar doméstico, pudiendo el esposo, si no lo hubiere hecho ya, retirar de una sola vez sus ropas y enseres de uso personal.

CUARTA.- Se fija en 650 euros mensuales por doce mensualidades la cantidad a satisfacer por el Sr. Gabriel en concepto de alimentos para el hijo menor y la mayor carente de independencia económica. Dicha suma deberá hacerla efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes mediante ingreso en la cuenta de la entidad bancaria que al efecto se designe debiendo actualizarla anualmente el 1º de enero de cada año conforme al IPC. Los gastos extraordinarios, médicos-farmacéuticos, no cubiertos por la Seguridad Social o seguros privado y los de educación, también extraordinarios serán abonados por mitad entre los progenitores previa acreditación de su necesidad y justificación de su abono, quedando excluidos colegio, transporte y comedor y gastos de uniforme, libros y material escolar y actividades extraescolares.

QUINTA.- Se asigna el uso y disfrute del vehículo matrícula KU-....-KC marca Seat Cordoba a la Sra. Enma, siendo de su exclusivo cargo los gastos que el mismo genere.

Todo ello sin expresa condena de las costas causadas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. Se celebró la vista oral del presente recurso de apelación, con la asistencia de los Letrados por ambas partes y del Ministerio Fiscal, quienes han informado en apoyo de sus respectivas pretensiones.

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

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANDRES PALACIOS MARTINEZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por la Juez de instancia en el presente procedimiento de divorcio, se alza, por un lado, la representación procesal de la actora Sra. Enma con alegación tanto de incongruencia en lo que respecta a los pronunciamientos referidos a la atribución del uso y disfrute de la vivienda que fue familiar sita en la DIRECCION000 núm. NUM000, NUM001, NUM002 y contribución de los litigantes al levantamiento de las cargas del matrimonio, como una errónea valoración y apreciación de la prueba practicada en relación a los pronunciamientos referidos a la pensión de alimentos fijada a favor de los dos hijos habidos durante el matrimonio (ascendente a 650 euros mensuales actualizables conforme al IPC), no concesión de pensión compensatoria a favor de la actora, proporción en que los progenitores han de contribuir a los gastos extraordinarios de los precitados hijos y omisión sobre la petición de atribución de la segunda vivienda ganancial propiedad de los litigantes sita en la CALLE000 núm. NUM003 de esta ciudad; interesando su revocación, con atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de los dos hijos habidos durante el matrimonio Otilia y José Antonio y la contribución de ambas partes al mantenimiento de las cargas del matrimonio en la forma interesada, con la concesión a favor de la Sra. Enma de una pensión compensatoria de 18.000 euros a abonar en un pago único y subsidiariamente la suma mensual de 300 euros con una limitación temporal de cinco años, así como el aumento de la pensión alimenticia a 900 euros mensuales y en última instancia, se acuerden medidas de administración mancomunada respecto a la precitada vivienda ganancial sita en la CALLE000 núm. NUM003 y la proporción de los gastos extraordinarios en la forma pretendida. Por otro lado y vía impugnación a la resolución recurrida, se alza contra la misma la representación procesal del Sr. Gabriel en lo que respecta a los pronunciamientos relativos a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, contribución a las cargas del matrimonio y vivienda de la CALLE000; interesando su revocación con atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y contribución a las cargas en la forma pretendida y atribución expresa al impugnante del uso y disfrute de la precitada segunda vivienda.

SEGUNDO.- En lo que respecta a las alegaciones de incongruencia reiteradas por ambas representaciones procesales y referidas a los pronunciamientos sobre el uso y disfrute de la vivienda que fue familiar y contribución de los litigantes a las cargas del matrimonio; lo cierto es, no solo que la atribución del uso y disfrute de tal vivienda corresponde básicamente a los hijos y tiene un carácter protector de

los mismos en base a lo establecido en el art. 96 en relación con el art. 90 ambos del C. Civil, debiendo tutelarse los intereses de aquellos sin que puedan ser mermados por la crisis patrimonial, sino que el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la DIRECCION000 núm. NUM000, NUM001, NUM002 A se atribuyó al hijo menor José Antonio, a su madre la Sra. Enma a quien se le asignó la guarda y custodia, así como a la hija mayor de edad Otilia (no olvidemos, que ambas partes estaban de acuerdo en esta última atribución). Por otro lado y en lo que respecta a la contribución de los ahora litigantes a las cargas del matrimonio; lo cierto es, que estarán obligados a abonar por mitad las cuotas de amortización del crédito hipotecario que grava la vivienda familiar como expresamente se solicitó por aquellos en fase de alegaciones, procediendo la revocación de la sentencia en tales sentidos.

TERCERO.- En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la pensión de alimentos fijada a favor de los hijos habidos durante el matrimonio (Otilia y José Antonio, mayor de edad pero dependiente económicamente la primera y menor de edad el segundo) y cuyo aumento expresamente se interesa; conviene precisar con carácter previo, que el mandato constitucional recogido en el art. 39.3 establece "que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante la minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda"; dicho precepto constitucional no deja resquicio a posibles abdicaciones del deber impuesto, pues en la propia disposición de la Carta Magna EDL 1978/3879 se observa su imperatividad. En aplicación de tales principios, nuestro Código Civil EDL 1889/1 contiene normas generales que señalan la obligación de alimentar a los hijos (arts. 142, 154 y ss) así como normas específicas sobre esa obligación en los supuestos de procedimientos matrimoniales (arts. 90 a 93 y 103 del mismo Texto Legal), siendo pues, una obligación básica para los progenitores y un derecho esencial de los hijos, y su concreción vendrá determinada por la proporcionalidad que debe existir entre la prestación a satisfacer y el caudal económico y circunstancias del obligado en cumplirla. Específicamente el apartado 2º del referenciado art. 93 del Código Civil EDL 1889/1 prevé el establecimiento de pensiones alimenticias a favor de los hijos mayores de edad, que conviviendo con alguno de los progenitores carezcan de plena independencia económica. Centrándonos en el caso de autos y tras el análisis de la prueba practicada y documental aportada se deduce, que con independencia de la dificultad para concretar los ingresos que realmente percibe el Sr. Gabriel, lo cierto es, que el mismo obtiene una retribución mensual próxima a los 2.500 euros como empleado de la Diputación Provincial, por lo que en atención a las circunstancias concurrentes de ambos progenitores (la Sra. Enma percibe una remuneración mensual como administrativa en la Central Sindical CC.OO. ascendente a 1.300 euros) y la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades de los alimentistas (con referencia a su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción) y el caudal económico y demás cargas del obligado a satisfacerlas (renta de 500 euros por alquiler de vivienda, 416 euros de cuota hipotecaria, la propia pensión alimenticia y demás gastos concurrentes), esta Sala estima adecuada, ajustada y ponderada la suma de 650 euros mensuales que estará obligado a abonar el Sr. Gabriel en concepto de pensión alimenticia a favor de sus hijos Otilia y José Antonio, asumiendo la apreciación valorativa llevada a cabo por la Juez "a quo" en la resolución recurrida, procediendo, por otro lado, mantener el abono de los gastos extraordinarios al 50% por cada uno de los progenitores (no incluyendo en estos los gastos educativos y de matrícula) toda vez que los ingresos y cargas que pesan sobre los mismos no propicia establecer otra proporción.

CUARTO.- En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la pensión compensatoria no otorgada en la resolución recurrida y cuya concesión expresa se interesa en la forma y cuantía principal o subsidiariamente pretendida; conviene precisar con carácter previo, que el presupuesto fáctico para su nacimiento tal como se recoge en el art. 97 de nuestro C. Civil, es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede significar la separación o divorcio en relación a la posición de otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en cuanto que su fundamento descansa en el equilibrio que debe subsistir entre los cónyuges en los casos de ruptura matrimonial, de forma que ninguno de ellos se vea afectado, desde el punto de vista material, en el estatus que mantenía al tiempo de la convivencia; es decir, que dentro de lo posible cada uno de los cónyuges pueda seguir viviendo en un nivel equivalente al que tenía antes de la separación o divorcio, lo que conlleva la necesidad de compensar patrimonialmente la posición de los cónyuges a fin de evitar desequilibrios económicos. Para valorar ese posible desequilibrio habrá de sopesarse la posición del otro cónyuge, no sólo en la faceta económica, sino teniendo en cuenta la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otra circunstancia de forma que la consecuencia sea el empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, lo que viene a corroborar que la enumeración que efectúa el art. 97 del C. Civil no es exhaustiva pero sí de indudable importancia. Por tanto, la pensión compensatoria se determina sobre un doble elemento corporativo, por un lado de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al otro cónyuge), exigiéndose la combinación de estas condiciones comparativas para que pueda surgir o mantenerse con el consiguiente reconocimiento judicial. En cuanto al alcance o contenido del derecho a la misma, se configura como un derecho relativo, condicional y sobre todo, limitado en el tiempo. Relativo y circunstancial por cuanto depende de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; condicional, ya que una modificación de las concretas circunstancias concurrentes al momento de su concesión o mantenimiento puede determinar su modificación o suspensión (art. 100 y 101 C. Civil); y además limitada en cuanto al tiempo de duración por cuanto su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la ruptura matrimonial, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, en virtud de la cual el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro. Centrándonos en el caso de autos y reiterándonos en el análisis de la prueba practicada y documental aportada se deduce, que la Sra. Enma de 43 años de edad y con cualificación profesional, ha estado compaginando durante los 20 años de matrimonio el cuidado del marido, hijos y hogar con determinados trabajos, desempeñando en la actualidad su actividad laboral como administrativa en la Central Sindical CC.OO con una remuneración mensual ascendente a 1.300 euros (no olvidemos, por otro lado que se le ha atribuido junto a los hijos comunes la vivienda que fue familiar y no consta que las enfermedades alegada afecten o condicionen su actividad profesional). Así las cosas, con independencia de que la pensión compensatoria no tiene como finalidad equilibrar patrimonios y analizada y valorada la situación económica y patrimonial del Sr. Gabriel tanto a nivel o igual de remuneración mensual como de las cargas que pesen sobre el mismo y las circunstancias concurrentes en la precitada Sra. Enma (ambos compartieron en su momento las obligaciones familiares), no se aprecia por esta Sala un desequilibrio

de esta última relación a aquél, ni podemos considerarla desfavorecedora económicamente en relación al mismo. De ahí, la procedencia de la desestimación de tal pretensión.

QUINTO.- Por último y en lo que respecta a ambas pretensiones revocatorias articuladas tanto a través del recurso interpuesto como vía impugnación a la resolución recurrida referidas a la vivienda ganancial no familiar propiedad de los hoy litigantes sita en la CALLE000 núm. NUM003 de esta ciudad; lo cierto es, que con independencia de que no existe norma expresa que establezca criterios de asignación sobre dicha vivienda tras la crisis matrimonial, a la disolución del régimen económico matrimonial dicho bien junto a otros que integran el patrimonio común se constituyen en una sociedad postganancial, debiendo ser en este marco en el que habrán de acordar los ahora litigantes lo que estimen oportuno dentro del régimen de cualquier conjunto de bienes de cotitularidad ordinaria o comunidad de bienes distinto al de la sociedad de gananciales. De ahí, la no procedencia de pronunciamiento expreso sobre la segunda vivienda precitada en la forma respectivamente interesada y pretendida por ambas partes via recurso e impugnación a la sentencia recurrida.

SEXTO.- Que en atención a las circunstancias concurrentes y relaciones subyacentes en el presente procedimiento, no procede hacer pronunciamiento expreso sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

FALLO

Que estimando parcialmente tanto el recurso interpuesto por la representación procesal de D^a Enma, como la impugnación formulada por la representación de D. Gabriel contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 23 (Familia) de esta ciudad con fecha 5 de febrero de 2009, debemos de revocar la misma y en su virtud se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la DIRECCION000 núm. NUM000, NUM001, NUM002 a los dos hijos habidos durante el matrimonio Otilia y José Antonio junto a su madre Sra. Enma, debiendo satisfacer ambos litigantes por mitad los gastos derivados de la propiedad del inmueble y a cargo de esta última los que responden a su uso. Asimismo ambas partes y como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, deberán abonar el 50% de la cuota del crédito hipotecario que grava dicha vivienda, manteniendo en su integridad el resto de los pronunciamientos y ello sin declaración expresa sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación fundado exclusivamente en interés casacional, y/o extraordinario por infracción procesal, ajustándose a los criterios plasmados en los Acuerdos de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12. Diciembre.2000.

El recurso deberá interponerse por escrito ante este Tribunal en el plazo de CINCO DIAS hábiles contados desde el siguiente de la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente y al que se acompañará copia del resguardo del depósito de 50 euros efectuado en la cuenta de consignaciones de esta Sección 2^a (4046 de Banesto-Sucursal de Jardines de Murillo) en concepto de " Recurso", sin cuyos requisitos no se admitirá. (Artículos 451,452 de la LEC EDL 2000/77463 y D.A, 15^a de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre EDL 2009/238888).

Así por esta nuestra sentencia, debidamente juzgando la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANDRES PALACIOS MARTINEZ, ponente que ha sido en esta alzada, estando celebrando audiencia pública la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial y en mi presencia doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 41091370022010100317