

# EDJ 2010/151362

AP Barcelona, sec. 18ª, S 11-5-2010, nº 302/2010, rec. 497/2009

Pte: Pérez Tormo, Mª José

## Resumen

*Frente a la resolución de instancia que estimó la demanda en parte, la AP estima en parte los recursos de apelación interpuestos por los litigantes, revoca en parte la misma y estima parcialmente la demanda. Este Tribunal considera que teniendo en cuenta las necesidades de los dos hijos que conviven con la madre y atendiendo a la auténtica y efectiva capacidad económica del recurrente, conforme a los ingresos que percibe por razón de su trabajo, valorando en su justa medida las cargas que debe afrontar el deudor corresponde aumentar la cuantía que por alimentos debe fijarse a cargo del padre, y se deja sin efecto la aportación paterna a los alimentos de la hija mayor común pues considera que se halla integrada al mercado laboral.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 5/2006 de 10 mayo 2006. Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales art.552.11

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.218

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña art.43 , art.83 , art.143 , art.259 , art.262 , art.271

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.93.2

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	6

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### ALIMENTOS

#### PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

##### A favor de los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

Hijos mayores de edad

Cuestiones generales

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

##### Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge con la custodia de los hijos

##### Pensión compensatoria

Concepto

Concesión

Cuantía

## FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.552.11 de Ley 5/2006 de 10 mayo 2006. Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales

Aplica art.218 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.43, art.83, art.143, art.259, art.262, art.271 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Aplica art.93.2 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

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

## Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Hijos mayores de edad - Cuestiones generales SAP Barcelona de 9 junio 2009 (J2009/220139)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Hijos mayores de edad - Cuestiones generales STSJ Cataluña de 7 mayo 2007 (J2007/374352)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Hijos mayores de edad - Cuestiones generales SAP Barcelona de 22 septiembre 2006 (J2006/413946)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Hijos mayores de edad - Cuestiones generales SAP Barcelona de 28 febrero 2006 (J2006/257998)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Obligación de ambos cónyuges, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STSJ Cataluña de 6 noviembre 2003 (J2003/157523)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos STS Sala 1ª de 24 abril 2000 (J2000/5839)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 1 marzo 1993 (J1993/1998)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 14 septiembre 1992 (J1992/8752)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO:

Se ESTIMA PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dª Carmen contra D. Norberto, declarando el divorcio y, por lo tanto, la disolución del matrimonio celebrado entre ambos litigantes el día 10 de diciembre de 1983. Se revocan todos los poderes y consentimientos que se hayan otorgado los cónyuges entre sí. De conformidad con lo expuesto debo acordar además las siguientes medidas:

1. Respecto del Domicilio Familiar, se atribuye su uso a Dª Carmen por un plazo de ocho meses desde la notificación de la sentencia o hasta la fecha de la venta/división de los bienes comunes en caso de ser anterior, ordenándose que el ajuar doméstico sea puesto a disposición de la demandante. En el caso de encontrarse objetos personales del demandado, el mismo podrá retirarlos en un plazo máximo de 8 días previa realización de inventario. Para la disposición de la vivienda y los bienes del ajuar cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o la autorización judicial.

El padre, en concepto de Pensión Alimenticia deberá sufragar una cantidad total de 620 euros al mes (300 euros/mes a favor del hijo mayor, 120 euros/mes a la mediana y a la pequeña 200 euros/mes), cantidades actualizables conforme al IPC, por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días del mes y en doce mensualidades al año. Este ingreso deberá realizarse en la cuenta corriente o de ahorro que señalen los alimentados a partir del mes siguiente al de la notificación de la sentencia. En estas cantidades se entienden comprendidos todos los gastos educativos, aunque no los extraordinarios relativos a la salud no comprendidos en la seguridad social o seguro privado (operaciones y enfermedades de larga duración).

El demandado deberá abonar una pensión compensatoria de 400 euros al mes a favor de la esposa, en el número de cuenta que determine la misma, la cual deberá comunicarlo igualmente al juzgado. Dicha cantidad se abonará por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días del mes y en doce mensualidades al año."

El Auto de Aclaración dispone de la siguiente parte dispositiva: "ACUERDO:

Aclarar la resolución de fecha 16 de febrero de 2.009 en el sólo sentido de entender por recogida en la parte dispositiva, punto 1.- el siguiente párrafo:

"Cada una de las partes abonará la mitad del IBI, hipoteca, seguro y gastos extraordinarios de comunidad, dado que la propiedad del inmueble es común al 50% y se trata de gastos que afectan a la propiedad. Los gastos de suministros como agua, gas, luz o los gastos ordinarios de comunidad se abonarán por la persona a la que se le ha atribuido el uso. Respecto del resto de obligaciones, deudas o hipotecas, cada uno deberá abonar las mismas de conformidad con el contenido del contrato que se hubiera celebrado con la tercera persona, dado que los mismos son negocios jurídicos independientes del matrimonio y no pueden ser modificados en un proceso de familia ni sin la audiencia de los terceros. En caso de que alguno de los cónyuges hubiera abonado una proporción superior a la que le corresponda podrá ejercitar las acciones que le competen en la jurisdicción ordinaria o resarcirse en el porcentaje que se le atribuya en el proceso de división de los bienes comunes".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes mediante sus escritos motivados, dándose traslado a la contraria que se opusieron respectivamente; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- En la presente alzada por Auto de 17 de julio de 2009 se acordó la admisión de prueba documental de la parte actora, y finalmente se señaló para votación y fallo el día 29 de abril de 2010.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> JOSÉ PÉREZ TORMO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a los de la presente.

PRIMERO.- Recurren ambas partes la sentencia que ha acordado atribuir el uso de la vivienda familiar a la Sra. Carmen por el plazo de ocho meses, ha fijado una pensión alimenticia para los tres hijos comunes de las partes, mayores de edad, de 300,120 y 200 euros respectivamente, cantidades que se ingresarán en las cuentas de los hijos directamente, ha cuantificado la pensión compensatoria de la actora en 400 euros mensuales, sin límite temporal alguno, y ha acordado la división de la cosa común, respecto del domicilio que fue familiar.

Solicita en su recurso la Sra. Carmen que se deje sin efecto la limitación temporal a la atribución del uso del domicilio, que a ella se atribuya el ajuar y mobiliario doméstico; asimismo se deje sin efecto el pronunciamiento que ha acordado la división de la vivienda que fue familiar; que se cuantifique la aportación del padre a los alimentos de los hijos en 1.716 euros mensuales, además de la mitad de los gastos extraordinarios; cantidad que se debe entregar a ella, como administradora de los alimentos, y no a los hijos directamente, como ha acordado la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia, y se fijen efectos retroactivos a tal devengo desde la fecha de presentación de la demanda. Como pensión compensatoria solicita la cifra de 800 euros al mes.

El Sr. Norberto solicita en su recurso que no se fije pensión alimenticia para la hija común Blanca, pues considera que se halla integrada al mercado laboral; que para Javier y Beatriz se mantenga la cifra fijada en sentencia, siempre que en ella se incluyan los gastos educacionales, en otro caso se cuantifique su aportación en 400 euros mensuales para ambos; no se establezca pensión compensatoria, o subsidiariamente, se fije el plazo de un año, y pone de relieve la omisión del fallo de la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia que omitió el pronunciamiento relativo a su petición de abono por parte de la Sra. Carmen con carácter retroactivo del 50% de las cuotas hipotecarias abonadas por él en solitario, al menos desde que salió del domicilio familiar, fecha coincidente con la presentación de la demanda, en julio de 2008, dejando a salvo la reclamación que pueda hacer por todo el crédito abonado durante "todos estos años".

Para el estudio de los diferentes y múltiples motivos de los dos recursos planteados vamos a seguir el orden establecido en el art. 76 del Código de Familia de Cataluña.

SEGUNDO.- Las diferentes cuantías fijadas en la sentencia recurrida, como pensión alimenticia a cargo del padre para cada uno de los tres hijos comunes, todos ellos mayores de edad y que conviven con la madre, son recurridas por ambas partes, pues mientras que la Sra. Carmen solicita que se fije la cifra de 1.716 euros para los tres hijos, el Sr. Norberto pide que se extinga la pensión de la hija Blanca y se mantengan las cuantías establecidas en 1<sup>a</sup> Instancia para Javier (300 euros al mes) y para Beatriz (200 euros al mes), siempre que en estos importes se incluyan los gastos educacionales, en otro caso el demandado pide que se cuantifique su aportación en 400 euros al mes para los dos hijos.

Tal como alega el Sr. Norberto y ha dicho esta Sala en sentencias de 28 de febrero EDJ 2006/257998, 22 de septiembre de 2006 EDJ 2006/413946 y 9 de junio de 2009 EDJ 2009/220139, entre otras, el art. 76 del Código de Familia de Cataluña diferencia claramente el contenido de los alimentos según se trate de hijos menores (apartado 1 c) que se remite al art. 143 CF) o de hijos mayores de edad (apartado 2º que se remite al art. 259 CF). Este último precepto contiene una definición muy concreta de los alimentos, entendiendo por tales aquello que es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica y gastos de formación en determinados supuestos, configurando así un concepto de alimentos en sentido estricto o limitado a lo indispensable, a diferencia de los alimentos para los hijos menores que se entiende en sentido amplio y no solo para cubrir las necesidades alimenticias en lo que resulte indispensable. El carácter o naturaleza limitada de los alimentos de los hijos mayores de edad, condiciona lo que debe entenderse por necesidad o no necesidad de la prestación alimenticia a que se refiere el art. 271 del Código de Familia, cuando recoge como causa de extinción la mejoría de las condiciones de vida del alimentado, de manera que haga innecesaria la prestación. El concepto de necesidad queda así perfectamente definido en cuanto se refiere a lo indispensable y por tanto a las necesidades alimenticias básicas.

Se trata por tanto, de un crédito alimenticio derivado de la filiación, y enmarcado sistemáticamente en el Código de Familia entre los efectos de la nulidad, separación y divorcio, que alcanza a ambos progenitores, de forma mancomunada, y se requiere la acreditación como elementos generadores del deber alimenticio: la convivencia con el progenitor que reclama los alimentos de los hijos, que estos hayan alcanzado la mayoría de edad y la carencia de ingresos propios.

Debe pues analizarse la situación económica de las partes, pues ambos progenitores están obligados a suministrar alimentos a los hijos, y las necesidades alimenticias de éstos, tal como se hace a continuación

De la prueba practicada se ha acreditado que el Sr. Norberto, trabaja como subdirector de una oficina de La Caixa, con un sueldo en 2008 de 54.285,74 euros netos, según certificado de aquella entidad, lo que representa dividido en doce meses, la cifra de 4.523,81 euros netos. Alega el demandado que su sueldo se reducirá en un 6% porque los hijos han alcanzado la mayoría de edad, por lo que cobrará 3.978 euros al mes. Tiene dos planes de pensiones cuyas aportaciones las hace La Caixa, con un importe final de 125.577,67 euros, y acciones por valor de 8.898,15 euros. Paga por el alquiler de su vivienda 700 euros al mes, y tiene los gastos necesarios para su propia manutención y la pensión alimenticia que debe pasar para sus hijos.

La Sra. Carmen Es también, subdirectora de una oficina de Banesto, con unos ingresos inferiores a los del demandado. En su declaración de IRPF de 2007 declaró un rendimiento neto reducido de 31.721,17 euros que dividido entre doce mensualidades da un resultado de 2.643,43 euros al mes. Es titular de un Plan de pensiones y de jubilación a los que aporta 107 euros al mes.

El hijo común Javier, de 24 años de edad en este momento tiene los gastos de alimentación, vestido, libros, sanidad, farmacia, matrícula de universidad anual de 1.149 euros, clases de apoyo, deporte, teléfono y otros gastos de difícil cuantificación referidos a ocio, además de los derivados de la contribución a los gastos de la vivienda que ocupa con su madre, entre otros.

La hija Beatriz, de 19 años en este momento, tiene asimismo los gastos referidos para Javier, y la matrícula de universidad de Magisterio asciende a 5.520 euros anuales, superior a la de Turismo, carrera que dejó a pesar de haber pagado la matrícula.

Ante la situación económica descrita esta Sala considera adecuado aumentar la cifra fijada en la sentencia recurrida a 500 euros al mes, para cada uno de estos dos hijos con estimación parcial del recurso planteado por la actora contra este extremo de la sentencia.

Asimismo, se acuerda el pago por mitad entre ambos progenitores de los gastos extraordinarios de los dos hijos Javier y Beatriz, entendiéndose por tales, tal como ha dicho esta Sala en reiteradas resoluciones "todos aquellos que salen de lo natural o de lo común" y "que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad", precisando esta propia Sección, en Sentencias de 19 de julio y 20 de noviembre de 1999 y en el Auto de 30 de abril de 2003 que:

"El concepto de gasto extraordinario es indeterminado, inespecífico, y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, que necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso", "y que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida del menor, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otra manera".

Siguiendo pues el anterior criterio no debe considerarse extraordinario el concepto de matrícula universitaria de Javier, pues se encuentra entre los parámetros normales de una matrícula universitaria, pero si lo será el importe de matrícula universitaria de Beatriz, en una universidad privada, pues asciende a 5.520 euros anuales.

TERCERO.- En cuanto a la petición de la Sra. Carmen de que la cantidad que se fija como pensión alimenticia para los dos hijos comunes se le entregue a ella en la cuenta bancaria que designe al efecto, en lugar de a los hijos directamente, tal como ha acordado la sentencia de 1ª Instancia, debe estimarse.

Las prestaciones alimenticias que se fijan en los procedimientos matrimoniales en favor de los hijos comunes que son mayores de edad y continúan conviviendo con uno de los progenitores, se establecen en beneficio de éstos, pero deben entregarse al progenitor con el que conviven, quien administrará tales efectivos, atendiendo a los gastos de los referidos hijos, entre otros manutención, vivienda, sanidad, vestido y educación.

Debemos recordar asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2000 EDJ 2000/5839 que en recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal dijo refiriéndose al art. 93.2 del Código Civil EDL 1889/1 "emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 21 del Código Civil EDL 1889/1 de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigidos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.

De lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil EDL 1889/1, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales entre los progenitores, única parte por el hecho de serlo en este proceso matrimonial, que estaría legitimada para reclamar ante un eventual impago por parte del deudor de las pensiones alimenticias, por lo que a la actora debe entregar el Sr. Norberto la pensión alimenticia para los hijos comunes, a fin de que ésta la administre.

CUARTO.- Solicita la Sra. Carmen que se fijen efectos retroactivos al devengo de la pensión alimenticia de los hijos Javier y Beatriz, desde la fecha de presentación de la demanda, petición que la sentencia recurrida, a pesar de reconocer tal derecho no lo acuerda por considerar que el demandado ya había asumido el pago de gastos como son los correspondientes al seguro médico, internet, canal satélite, hipoteca y 400 euros al mes en agosto, septiembre y octubre de 2008.

A este respecto debe recordarse que de conformidad al criterio del TSJC, sentencia de 6 de noviembre de 2003 EDJ 2003/157523, el art. 262 del CF otorga el derecho de alimentos desde la fecha de la reclamación judicial, o extrajudicial debidamente probada, precepto de general aplicación del que no están excluidos los procesos matrimoniales.

La Sra. Carmen hizo tal petición en su demanda, petición necesaria para poder así acordarlo, sin que el hecho de que el demandado haya realizado determinados pagos, (hipoteca, canal digital...) le exima de su obligación alimenticia para con sus hijos. Debe tenerse en

cuenta que los beneficiarios de los alimentos son los hijos, por lo que no puede compensarse el pago realizado por concepto por ejemplo, de hipoteca, cuya mitad del pago correspondía a la Sra. Carmen y no a Javier y Beatriz.

QUINTO.- La situación de la hija común Blanca debe ser analizada de forma separada a la de sus hermanos, pues difiere de aquellos en que desde junio 2007 dejó de estudiar y ha estado realizando diversos trabajos, al principio de forma temporal, pues trabajó en el Corte Inglés durante dos veranos, después a través de una ETT como dependiente de la tienda Fosco, trabajo que compaginaba como monitora de comedor en un colegio, con unos ingresos de 250 euros al mes. En la actualidad, tal como reconoce en su interrogatorio en el acto de la Vista, trabaja en una tienda de bisutería como dependiente, con contrato fijo y unos ingresos de 690 euros al mes, y aporta de 150 a 200 euros al mes para las cargas familiares.

Tales ingresos económicos, unidos al hecho de que su contrato laboral es fijo, con unos ingresos superiores al salario mínimo interprofesional, y su colaboración a los gastos familiares, en una cuantía similar a los gastos por ella ocasionados, determina que deba considerarse a Blanca ya inmersa en el mercado laboral y capaz de asumir su propia manutención alimenticia, por lo que procede dejar sin efecto la aportación paterna a sus alimentos, con estimación de este motivo del recurso del demandado.

SEXTO.- La Sra. Carmen se alza contra el pronunciamiento de 1ª Instancia que ha fijado el límite temporal de ocho meses en la atribución del uso de la vivienda familiar, y pide que se deje sin efecto.

El art. 83 del Código de Familia ahora aplicable, establece que si hay pacto entre las partes sobre la atribución del uso de la vivienda familiar se aplicará aquello que libremente han pactado, salvo que resulte perjudicial para los hijos. En caso de ausencia de pacto o que éste no haya sido aprobado debe distinguirse: a) si hay hijos se atribuirá preferentemente al cónyuge que ostente su guarda y custodia, mientras dure esta, por tanto se refiere este precepto legal a la existencia de hijos menores de edad; y b) si no hay hijos, se atribuirá al cónyuge que tenga mayor necesidad, mientras dure tal necesidad, y sin perjuicio de su prórroga.

La existencia de hijos mayores de edad se asimila a la inexistencia de hijos, de manera que no procede la aplicación del apartado a) del referido art. 83 CF.

Pero tal como dice la sentencia del TSJC 13/2007 de 7 de mayo de 2007 EDJ 2007/374352, la existencia de hijos mayores de edad, dependientes económicamente de la familia, y que conviven con uno de los progenitores, debe tenerse en cuenta como circunstancia, entre otras, a los efectos de valorar la necesidad de uno y otro cónyuge a que hace referencia el apartado b) del referido.

En el caso de autos debe valorarse que la Sra. Carmen con ingresos inferiores a los del demandado, tal como se ha referido ut supra, y con quien conviven los tres hijos comunes, mayores de edad, dos de ellos dependientes económicamente de la familia, Javier y Beatriz, tiene una mayor necesidad de la vivienda, por lo que a ella debe atribuirse su uso, por razón precisamente de la convivencia con ella de dos hijos dependientes económicamente de la familia. Asimismo debe atribuírsele el ajuar familiar y mobiliario de dicha vivienda, tal como solicita en su recurso, por lo que se revoca la sentencia en cuanto a este pronunciamiento.

SÉPTIMO.- Como presupuesto necesario para que surja el derecho a la pensión compensatoria regulada en el art. 84 del Código de Familia es que la ruptura del matrimonio produzca un desequilibrio económico en la posición de uno de los cónyuges en relación a la del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior. Para determinar si ha habido ese cambio de situación económica debe equipararse la posición en que queda el cónyuge para el que se pide la pensión compensatoria con el nivel de vida que tenía constante matrimonio, para determinar si ha experimentado un descenso a causa de la separación o divorcio, y solo en el caso de producirse, y así probarse, se podrá fijar a su favor la pensión compensatoria solicitada.

En el presente caso, este Tribunal no considera que deba fijarse pensión compensatoria a favor de la Sra. Carmen, pues la situación económica de ambas partes, tras el divorcio, no difieren de forma importante, pues el demandado que debe entregar mensualmente la cifra de 1.000 euros al mes como alimentos para dos de sus hijos, y 700 euros al mes como renta por el alquiler de la vivienda que habita, equipara con ello los ingresos que percibe la actora, a quien se ha atribuido el uso de la vivienda familiar, con lo que desaparece el desequilibrio que existía inicialmente por razón de la diferencia de ingresos.

Se estima por tanto, el recurso planteado por el demandado contra el pronunciamiento de la sentencia de 1ª Instancia referido a la pensión compensatoria, y se desestima el planteado por la actora.

OCTAVO.- Recurre la Sra. Carmen la sentencia de 1ª Instancia que ha acordado la división de la cosa común, respecto de la que fue vivienda familiar. Alega que la sentencia es incongruente y que la petición se planteó de forma defectuosa por el Sr. Norberto, ya que no alegó si tenía interés en alguno de los bienes comunes, tal como establece el art. 552 del Código Civil de Cataluña, Libro 5º), y solicita subasta de los mismos, cuando el precepto legal de Cataluña no lo establece, por lo que debe dejarse sin efecto este pronunciamiento.

El Sr. Norberto en demanda reconventional acumuló la acción de división de la cosa común, entre otras, al divorcio instado de contrario, conforme permite el art. 43 del Código de Familia, y así se acordó respecto del domicilio que fue familiar, en la sentencia recurrida, pues tal petición se ajustaba a lo dispuesto no solo en el referido art. 43 CF sino también al artículo 76.3, c) del Código de Familia de Catalunya, aprobado por Llei 9/1998, de 15 de julio, que contempla como uno de los aspectos objeto de regulación en los casos de nulidad, separación o divorcio, la liquidación "si es el cas" (o sea, si es procedente) del régimen matrimonial, -y será el caso en el supuesto de que se trate de régimen de gananciales, participación o cualquiera otro pactado en capitulaciones que contenga una masa común de bienes-, y la división de los bienes comunes de acuerdo a lo establecido en el art. 43 en los restantes casos. El art. 43 dispone que en los procesos de separación, de matrimonios "sujetos al régimen de separación de bienes", cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común respecto a los que tengan en proindiviso e incluso añade que si la sentencia da lugar a la división, está procederá en el trámite de ejecución de sentencia. La finalidad de este precepto no es otra que la de facilitar que a través del mismo y único proceso puedan los cónyuges resolver otras cuestiones colaterales y subsiguientes a la ruptura del vínculo matrimonial, posibilitando asimismo la "separación" efectiva de patrimonios, en el sentido de acordar la división de aquellos bienes que pudieran tener en régimen de proindiviso. Así lo aclara de forma expresa la Exposición de Motivos de la propia Llei 9/1998

"Constitueix un altra innovació interessant la possibilitat de demanar, per raons de economia processal, en aquells procediments o en els tràmits indicats, la divisió dels béns tinguts pels cònjuges en indivisió".

Y pese a lo que dice la actora recurrente en su escrito de recurso, la sentencia no incurre en incongruencia al acordar la división de la vivienda familiar, pues la congruencia procesal de la sentencia, requerida por el art. 218 de la vigente LEC EDL 2000/77463 , exige la correlación o correspondencia de su parte dispositiva con la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso (SSTC 109/1992 EDJ 1992/8752 y 67/1993 EDJ 1993/1998 ) y entre las medidas reguladoras de la separación, en su escrito de demanda, el actor solicita expresamente que se proceda a "la división de los bienes comunes de la pareja con atribución por mitad del valor de cada inmueble para cada cónyuge obtenido en ejecución de sentencia". La remisión genérica a la "división de las cosas comunes" no supone mas que la de dividir aquellos sobre los que no existe contradicción en cuanto a la cotitularidad, de manera que no existiendo en este caso controversia sobre la cotitularidad del domicilio conyugal procedía, como ha hecho el Juzgador "a quo" acordar su división.

No impide que se acuerde la división de la referida vivienda, el hecho de que el Sr. Norberto no haya indicado si tiene interés en la adquisición de la vivienda, como pretende la recurrente, pues tal manifestación la podrán hacer ambos en trámite de ejecución de sentencia, conforme al art. 43 CF y 552-11 del Código Civil de Cataluña, Libro 5º. Debe pues, desestimarse este motivo del recurso.

NOVENO.- En cuanto a la omisión del fallo de la sentencia que ha manifestado el Sr. Norberto sobre el abono por parte de la Sra. Carmen, con carácter retroactivo, del 50% de las cuotas hipotecarias "abonadas por el demandado en solitario, al menos desde que salió del domicilio familiar" fecha que coincidió con la presentación de la demanda en julio de 2008, ya la sentencia de 1ª Instancia denegó, en su fundamento de derecho 2º tal petición, sin reiterar tal pronunciamiento en el fallo de la resolución, por lo que debe ahora, tal como solicita el Sr. Norberto reiterar aquella denegación de su petición, pues no cabe acordar el abono por parte de la Sra. Carmen, con carácter retroactivo, de las cuotas del préstamo hipotecario que manifiesta el demandado han sido pagadas por él en solitario durante la convivencia matrimonial, sin perjuicio de lo que se acuerde en su caso, en el eventual proceso declarativo.

DÉCIMO.- Conforme al art. 398,2 de la LEC EDL 2000/77463 no se hace expresa imposición de costas de esta alzada procedimental, dada la estimación parcial de los dos recursos planteados.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por Doña. Carmen y Norberto contra la sentencia de fecha dieciséis de febrero de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Mataró, debemos revocar y revocamos dicha resolución en lo que se refiere a la cuantía de las pensiones alimenticias de los hijos comunes Javier y Beatriz, que se cuantifican en quinientos euros mensuales (500 euros) para cada uno de ellos, lo que totalizan mil euros al mes (1000 euros).

Tales cantidades se entregarán a la Sra. Carmen para su administración, en los cinco primeros días de cada mes, y se actualizarán anualmente, conforme al IPC que fije el INE.

Se acuerdan efectos retroactivos a tal pensión alimenticia, desde la fecha de la presentación de la demanda.

Ambos progenitores asumirán además, la mitad de sus gastos extraordinarios, entre los que se incluye la matrícula anual de la universidad de Beatriz en universidad privada.

Se deja sin efecto la aportación paterna a los alimentos de la hija común Blanca.

Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la Sra. Carmen, así como el uso del ajuar doméstico y mobiliario que se halle en la vivienda.

Se deja sin efecto la pensión compensatoria de la Sra. Carmen.

Se suple la omisión del Fallo de la sentencia de 1ª Instancia en el sentido de añadir al mismo que no cabe acordar el abono por parte de la Sra. Carmen, con carácter retroactivo, de las cuotas del préstamo hipotecario que manifiesta el demandado han sido pagadas por él en solitario durante la convivencia matrimonial, sin perjuicio de lo que se acuerde en su caso, en el eventual proceso declarativo.

Se confirma en lo demás la sentencia recurrida, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada procedimental.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370182010100246