

# EDJ 2009/189642

Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 14-7-2009, nº 63/2009, rec. 76/2009  
Pte: Santos Peñalver, Mariano

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

##### Pensión compensatoria

Concepto

Concesión

Cuantía

Otros supuestos

## FICHA TÉCNICA

### Legislación

Cita art.398, art.477.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.97, art.155, art.1205 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

SECCIÓN SÉPTIMA

EN MELILLA

ROLLO CIVIL núm. 76/09

Autos de Divorcio Contencioso núm. 256/07

Procedente del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Melilla

SENTENCIA núm. 63

ILMOS. SRES:

PRESIDENTE:

D. MARIANO SANTOS PEÑALVER

MAGISTRADOS:

D. LORENZO PEREZ CONEJO

D. DIEGO GINER GUTIÉRREZ

En Melilla a 14 de julio de 2009.

Vistos por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga los autos de juicio de divorcio contencioso núm. 256/07 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de esta ciudad, en virtud de demanda formulada por D<sup>a</sup> Elena, representada por la Procuradora Sra. Suárez Morán y asistida del Letrado Sr. Moreno, contra D. Gregorio representado por la procuradora Sra. Herrera Gómez y asistida del Letrado Sr. Perez Perez, cuyos autos han venido a este Tribunal en virtud de recurso interpuesto por la parte demandada D. Gregorio contra la sentencia dictada en autos; siendo Magistrado-Ponente para la redacción de esta sentencia el Ilmo. Sr. D. MARIANO SANTOS PEÑALVER.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En el proceso de referencia el día 15 de enero de 2009 se dictó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " Que estimando parcialmente la demanda inicial interpuesta por la procuradora D<sup>a</sup> Concepción Suárez Morán, procuradora de los Tribunales,

de D<sup>a</sup> Elena, asistida por la defensa letrada del Sr. Moreno Sánchez, contra D. Gregorio, representado por la procuradora de los Tribunales, Sra. Herrera Gómez, y asistido por la defensa letrada del Sr. Pérez Pérez, debo declarar y declaro la disolución judicial por divorcio del matrimonio formado por D<sup>a</sup> Elena, y D. Gregorio acordando como definitivas las siguientes medidas:

1º.- Guarda y custodia del hijo menor a la madre, con patria potestad compartida para ambos progenitores, adoptando de mutuo acuerdo las decisiones de importancia respecto del hijo menor.

2º.- Régimen de visitas a favor del padre, según demanda, siendo las entregas y recogidas del menor en el punto de encuentro familiar mas cercano al domicilio de la madre, quedando suprimido el siguiente párrafo: " El hijo podrá ser visitado por los padres según convenio, y en cualquier caso y con carácter mínimo entre las 18:00 y 20:00 horas de los sábados y domingos". Con respecto a las vacaciones de verano habrá de derecho de elección en cuanto al mes de disfrute por los progenitores, eligiendo el padre los años pares, y la madre los impares, siendo notificada dicha elección por un progenitor al otro, por escrito y con dos meses de antelación a su disfrute.

3º.- Atribución del uso de la vivienda familiar sita en C/ DIRECCION000 NUM000 NUM001, de esta localidad, al hijo menor y a la madre, pudiendo sacar el esposo sus enseres personales.

4º.- Pensión de alimentos, el demandado asumirá la obligación de pagar en concepto de alimentos a favor de su hijo, la cantidad de 300 euros mensuales, en la cuenta corriente que la madre designe, en los cinco primeros días del mes, practicando anualmente la correspondiente actualización conforme a IPC. Gastos extraordinarios del menor según demanda.

5º.- Cargas del matrimonio. El padre asumirá en su integridad el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, y los restantes gastos de la vivienda, luz, agua, basura, IBI, comunidad, etc..., sean asumidas por ambas partes al 50%.

6º.- Pensión compensatoria. El demandado abonará a favor de la actora en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 150 euros mensuales por un período de dos años, que deberá abonar en la cuenta corriente que la madre designe, en los cinco primeros días del mes, practicando anualmente la correspondiente actualización conforme a IPC.

TERCERO.- Contra dicha resolución la Procuradora Sra. Herrera Gómez en nombre y representación de D. Gregorio interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, y previo traslado al Ministerio Fiscal y a la parte contraria que presentó escrito de oposición fueron remitidos los autos a esta audiencia a los efectos oportunos, con emplazamiento de las partes.

CUARTO.- Personadas ambas partes y tras los trámites legales se señaló día y hora para la deliberación, votación y fallo del presente recurso, que tuvo lugar el día 7 de julio de 2009.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que declara la separación matrimonial de los litigantes y regula los efectos de la misma, se alza en apelación la representación del demandado impugnando los pronunciamientos económicos relativos a la pensión compensatoria establecida a favor de la actora y la contribución del demandado a las cargas matrimoniales.

Con relación a la pensión compensatoria, que es fijada en la sentencia en la cantidad de 150 euros por un periodo de tiempo de dos años transcurrido el cual se extinguirá, el recurrente impugna su constitución, por entender que no concurren los presupuestos para su reconocimiento en beneficio de la actora, y, subsidiariamente, propugna la reducción de su extensión temporal a un año.

La cuestión controvertida es abordada por 97 del Código Civil EDL 1889/1 , que expresamente dispone que, "el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2ª La edad y el estado de salud. 3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9ª Cualquier otra circunstancia relevante."

A la vista del citado artículo, para que la pensión compensatoria pueda concederse, es preciso que se produzca un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, de modo que va dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal. Presupuesto que debe armonizarse con las demás circunstancias enumeradas en el propio artículo 97, de forma que éstas no sólo han de ser tenidas en consideración para graduar la pensión sino que incluso pueden eliminarla, si se observa que no obstante el desequilibrio económico, el cónyuge en esta situación no ha sufrido ningún perjuicio con la separación que deba ser resarcido en aras de la justicia y equidad.

Así pues, el desequilibrio económico como presupuesto de la pensión compensatoria, se determina sobre un doble elemento comparativo: a) el temporal, o instante en el que debe ser apreciada la existencia del desequilibrio económico y que viene representado por el inmediatamente anterior a la ruptura matrimonial, en otras palabras, el momento en el que debe ser apreciada la existencia del desequilibrio económico es el momento en el que se produce efectivamente o de hecho la ruptura de la vida matrimonial, comparando la situación económica disfrutada por los esposos constante matrimonio y atendidas las condiciones materiales y económicas bajo las

que se ha desarrollado; b) el subjetivo, o estatus económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión, el cual deberá encontrarse en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio. Exigiéndose, además, para su concesión la combinación de ambas condiciones comparativas, y la prueba adecuada del soporte fáctico en que se funda.

En cuanto a la extensión temporal de la pensión compensatoria, nuestra doctrina jurisprudencial, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 28 de abril del 2005, ha señalado que la limitación temporal de la misma no es contraria a su función de mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio,- (que constituyó la «condicio iuris» determinante del nacimiento del derecho a la pensión)-. Sin perjuicio de que, cuando por las circunstancias concretas del caso la temporalidad imposibilite la función reequilibradora, haya supuestos en que la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges sea la pensión vitalicia.

En el caso que nos ocupa, es indiscutido que durante el matrimonio la esposa no ha prestado servicios económicos retribuidos, habiéndose dedicado exclusivamente al hogar familiar y al cuidado del hijo nacido en agosto de 2005, y que carece de toda cualificación profesional. De otro lado, debe tenerse en cuenta que la actora nació en 1974, contrayendo matrimonio con el demandado en el año 2000. Habiendo empezado a trabajar después de la ruptura matrimonial realizando funciones de limpieza, percibiendo un salario mensual de 540 euros. Por su parte, el recurrente, es militar de profesión siendo sus retribuciones mensuales de 2.200 euros.

Lo expuesto permite concluir, en primer término, la procedencia del reconocimiento a favor de la esposa de una pensión compensatoria dado que su estatus es notablemente inferior al cónyuge contra el que se dirige la pretensión, encontrándose, a consecuencia de la ruptura matrimonial, en una situación económica desfavorable en relación con la del otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio. Y, en segundo lugar, la posibilidad de que el desequilibrio económico que la separación matrimonial ha provocado en la esposa se compense con su incorporación al mercado laboral, lo que de hecho ya ha acontecido.

Por todo lo cual, y, teniendo en consideración, como se ha dicho, el ingreso de la actora en el mercado laboral, la cuantía de su remuneración salarial en comparación con el esposo, la duración del matrimonio, la edad de la beneficiaria de la pensión, su dedicación al matrimonio y carencia por ésta de titulación alguna en relación con su ingreso al mercado laboral, la capacidad económica del obligado al pago de la pensión y la finalidad de ésta de colocar a la esposa perjudicada por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, se considera correcto el criterio de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- El segundo motivo de impugnación del recurso de apelación se centra en el pronunciamiento de la resolución recurrida que impone al demandado la obligación de satisfacer en su integridad los gastos de mantenimiento y uso de la vivienda adquirida en común por ambos litigantes durante el matrimonio y cuyo disfrute se atribuye a la actora, y los derivados de la adquisición de la vivienda y los que gravan la propiedad de la misma. Esta sistematización de gastos debe prevalecer sobre la realizada por la sentencia de instancia que mezcla unos y otros, pese a su diversa naturaleza y distinto régimen jurídico, incardinando todos ellos, de manera no acertada como a continuación se expondrá, en el concepto de cargas del matrimonio.

Por cargas matrimoniales, una vez dictada Sentencia de separación o divorcio, ha de entenderse aquellas obligaciones que, contraídas por el matrimonio durante la unión conyugal, frente a terceros, han de seguir afrontándose, hasta su total extinción, no obstante la ruptura de la vida conyugal, tal y como indica la sentencia de esta Audiencia Provincial de Málaga, sección 3ª, de 27 de febrero de 2009 . De aquí que, como se ha apuntado, a los efectos de contribución al sostenimiento de las cargas familiares deben distinguirse, los gastos afectantes o inherentes a la propiedad de la vivienda de los relativos al uso de la misma, de modo que los gastos de mantenimiento y uso de la vivienda, como abono de suministros y reparaciones ordinarias, son prestaciones propias de la necesidad habitacional, y extraños al concepto de cargas del matrimonio que se limita a los ocasionados por la compra de la vivienda por ambos consortes, como es la amortización del préstamo hipotecario constituido a tal fin y los derivados del mismo, los que gravan la titularidad de la misma, como el IBI, o los derivados de la propiedad, como las contribuciones a la comunidad de propietarios.

No es unánime el criterio de las Audiencias Provinciales sobre si las sentencias de separación o divorcio, deben recoger o no, un pronunciamiento sobre el pago de la hipoteca y demás gastos inherentes a la propiedad de la misma. Así, en sentencias de 10 de mayo de 2007, 20 de octubre de 2004, y 20 de mayo de 2003, todas de la sección 12ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona, se dice que en cuanto a las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal, de propiedad compartida entre los esposos, deberá estarse a las obligaciones contenidas en el título constitutivo, frente a la entidad bancaria, siendo quien o quienes asuman la condición de prestatario o prestatarios quien o quienes deban satisfacer sus cuotas, sin que proceda efectuar en sede de los procesos matrimoniales especial pronunciamiento al respecto, ni mucho menos novar la obligación así constituida, sin intervención ni el consentimiento del acreedor, lo que está proscrito por el artículo 1205 del Código Civil EDL 1889/1 . Y, ello, sobre la consideración de que el régimen jurídico de la responsabilidad de los gastos derivados de los bienes comunes de los esposos, al igual que el de la ordenación de sus beneficios o la distribución de las cuotas de participación es, mientras subsista la convivencia matrimonial, el que resulte del régimen económico matrimonial aplicable, puesto que cada tipología legal contiene reglas destinadas a tal fin. Una vez disuelto el régimen, cual acontece por virtud de la ley al decretarse la separación matrimonial o el divorcio, son de aplicación las reglas que rigen la comunidad ordinaria en cuanto a las reclamaciones internas entre los copropietarios y, en cualquier caso, frente a terceros acreedores, a tenor del título del que dimana la obligación de que se trate, sin que sea necesario que se haya producido la liquidación efectiva del patrimonio, toda vez que las reglas especiales previstas para ordenar la economía de los cónyuges tienen su fundamento en los vínculos de solidaridad derivados de la convivencia y cesan en todo caso con la sentencia judicial con la que se ponga fin legalmente a la misma. Por el contrario la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 28 de junio de 2004, señala que cuando uno de los esposos puede

soportar con sus rentas de trabajo las cargas matrimoniales y el otro carece de ingresos, aquél deberá satisfacer las cargas, sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación del régimen económico matrimonial y del derecho a crédito a su favor.

Siguiendo una postura ecléptica, esta Sección, en sentencias de 4 de mayo de 2006 y 2 de diciembre de 2005, entiende que el régimen jurídico de la responsabilidad de los gastos derivados de los bienes comunes de los esposos, al igual que el de la ordenación de sus beneficios o la distribución de las cuotas de participación es, mientras subsista la convivencia matrimonial, el que resulte del régimen económico matrimonial aplicable, puesto que cada tipología legal contiene reglas propias destinados a tal fin. Una vez disuelto el régimen como acontece por virtud de la Ley al decretarse la separación o el divorcio son de aplicación las reglas que rigen la comunidad ordinaria en cuanto a las relaciones internas entre los copropietarios y, en cualquier caso, frente a los terceros acreedores, a tenor del título del que dimana la obligación de que se trate, sin que sea necesario que se haya producido la liquidación efectiva del patrimonio toda vez que las reglas especiales previstas para ordenar la economía de los cónyuges tienen su fundamento en los vínculos de solidaridad derivados de la convivencia y cesan en todo caso con la sentencia judicial que ponga fin legalmente a la misma. En consecuencia es improcedente fijar un pronunciamiento imponiendo a uno de los cónyuges el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. No obstante, ante circunstancias de hecho bien definidas, el establecimiento de prestaciones económicas del tipo de la discutida, esto es pago de las cuotas del préstamo hipotecario de la vivienda familiar, puede incluirse bien como carga del matrimonio, bien como factor a tener en consideración para la fijación de las pensiones alimenticia o compensatoria. Todo ello, con independencia de la repercusión que tengan los pagos del demandado en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, y dejando siempre a salvo las obligaciones de ambos cónyuges en la forma en que fueron contraídas en el título constitutivo celebrado con tercero.

En el caso de autos, teniendo en consideración que los ingresos del recurrente, 2.200 euros mensuales, cuadruplican los de la recurrida, que ascienden a 540 euros; que el recurrente debe costearse los gastos de alquiler de una vivienda; que se ha impuesto al recurrente la obligación de satisfacer una pensión alimenticia para el hijo común de 300 euros, y una pensión compensatoria de 150 euros durante dos años; que conforme al artículo 155 del Código Civil EDL 1889/1 los hijos deben contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella; que la dedicación de la recurrida al cuidado y atención del hijo común, cuya custodia se ha otorgado, es conceptuable como contribución a la pensión alimenticia del hijo, con la consiguiente posibilidad de valorada económicamente, se considera equitativo distribuir las cargas del matrimonio representadas por los gastos de adquisición de la vivienda común, esto es, cuotas del préstamo hipotecario, en la proporción de un 70% para el recurrente correspondiendo el resto a la recurrida. Sin perjuicio de las consecuencias de tales pagos en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, y dejando siempre a salvo los derechos de los terceros frente a quienes los cónyuges son acreedores, en el sentido de permanecer inalterables los títulos constitutivos de los que se derivan las obligaciones de los litigantes cuya posición frente a ellos no es alterada por el pronunciamiento aquí contenido.

TERCERO.- Los gastos de mantenimiento y uso de la vivienda, como suministros de agua, luz, gas, seguros, y otros semejantes, son prestaciones propias de la necesidad habitacional, no formando parte del ámbito conceptual de las cargas del matrimonio, entre otras, sentencia de esta Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, del 25 de marzo de 2008 . Habiéndose dicho, reiteradamente, que los mismos deben ser asumidos por quien disfruta de la vivienda. Lo contrario supondría un enriquecimiento injusto a favor del ocupante, como ha indicado constantemente esta Audiencia, por todas, sentencia de la sección 6ª de 12 de marzo de 2008 .

CUARTO.- La estimación parcial del recurso determina la no imposición de las costas en esta alzada a ninguna de las partes, conforme al artículo 398 de la LECiv EDL 2000/77463 .

## FALLO

Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Herrera Gómez en nombre y representación de D. Gregorio contra la sentencia de fecha 15 de enero de 2009 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. Dos de Melilla en los Autos de Juicio de Divorcio Contencioso núm. 256/07, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de condenar a la parte recurrente a que abone a la actora en concepto de cargas de matrimonio el 70% de los gastos derivados de las cuotas del préstamo hipotecario destinado a la compra de la vivienda ganancial, más el 50% de los gastos de IBI y cuotas de la comunidad de propietarios, absolviendo al recurrente de la obligación de contribuir a los gastos de mantenimiento y uso de la vivienda, confirmando el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida. Todo ello sin expresa condena en cuanto a las costas de esta alzada.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que dejando a salvo el supuesto contemplado en el ordinal 3º del artículo 477 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 la presente resolución agota la vía jurisdiccional ordinaria.

Devuélvanse, en su momento, los autos originales al Juzgado de su procedencia junto con testimonio de la presente resolución para ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se unirá testimonio literal al rollo de saña correspondiente, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente, doy fe.

