

# EDJ 2014/271582

AP Madrid, sec. 22ª, S 22-12-2014, nº 1119/2014, rec. 371/2014  
Pte: Gonzalvez Vicente, Mª del Pilar

## Resumen

*Divorcio. Custodia. Pensión alimentos. Pensión compensatoria. La AP atribuye la custodia del hijo a la madre con régimen de visitas a favor del padre quien asimismo deberá abonar pensión de alimentos. La Sala toma en cuenta lo manifestado por el hijo, dada su edad y madurez, respecto de su voluntad de convivir con la madre y no con el padre como venía haciendo, no apreciándose peligro emocional en ello, ni ser contrario a la protección de sus intereses. La pensión se fija a cargo del padre en función de sus ingresos y necesidad del menor. Se confirma la procedencia de la pensión compensatoria de la esposa por tiempo limitado, dado que se considera acreditada la existencia de desequilibrio económico ocasionado por la ruptura, siendo el plazo fijado para entender cumplida su función reequilibradora (FJ 4,6 y 7).*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.  
art.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.90 , art.91 , art.92 , art.94 , art.96 , art.97 , art.142 , art.144 , art.146 , art.147 , art.158 , art.159 , art.1347 , art.1362

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	7
AUTO ACLARATORIO .....	8
ANTECEDENTES DE HECHO .....	9
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	9
FALLO .....	9

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ALIMENTOS

##### PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

- A favor de los hijos
  - En general
  - Determinación de la cuantía
  - Obligación de ambos cónyuges
  - Proporcional a ingresos y necesidades

#### MATRIMONIO

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

- Custodia de los hijos
  - En general
  - Audiencia de los hijos
  - Custodia compartida
- Atribución de la vivienda familiar
  - Cónyuge con la custodia de los hijos
- Pensión compensatoria
  - Concepto
  - Concesión
  - Límite temporal
  - Cuantía
- Régimen de visitas
  - En general

## FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.2 de LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Aplica art.90, art.91, art.92, art.94, art.96, art.97, art.142, art.144, art.146, art.147, art.158, art.159, art.1347, art.1362 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita RDLeg. 2/2004 de 5 marzo 2004. TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales

Cita art.398.2, art.469, art.477 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Cita art.9 de Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.

Cita dad.15 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Aclarada por AAP Madrid de 27 enero 2015 (J2015/101781)

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0008867

Recurso de Apelación 371/2014

Órgano Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia num. 01 de Alcobendas

Autos de Divorcio Contencioso 779/2012

APELANTE: D. Gaspar

PROCURADOR: D. FEDERICO BRIONES MENDÉZ

APELANTE: Dª Matilde

PROCURADORA: Dª TERESA DE JESÚS CASTRO RODRÍGUEZ

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente

**S E N T E N C I A N º**

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente

En Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil catorce.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de Divorcio Contencioso, bajo el num. 779/12, ante el Juzgado de 1ª Instancia num. 1 de Alcobendas, entre partes:

De una, como apelante, don Gaspar, representado por el Procurador don Federico Briones Méndez.

De otra, también como apelante, Dª Matilde, representada por la Procuradora Dª Teresa de Jesús Castro Rodríguez.

Ha sido parte igualmente el Ministerio Fiscal.

Visto, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha 22 de abril de 2013, por el Juzgado de 1ª Instancia num. 1 de Alcobendas, se dictó Sentencia con num. 132/13, cuya parte dispositiva es del tenor literal: "Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Federico Briones Méndez, en nombre y representación de D. Gaspar, defendido por la Letrado Dª Ángela Cerrillos Valledor, frente a su esposa Dª Matilde, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Yolanda López Muñoz y defendida por la Letrado Dª Olatz Alberdi Rey, así como la reconvenición interpuesta por la demandada frente al actor, y con intervención del Ministerio Fiscal, debo:

1.- Decretar el divorcio del matrimonio formado por D<sup>a</sup> Matilde y D. Gaspar, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.

2.-Aprobar y mantener como medidas reguladoras de la nueva situación las siguientes:

a.-) La atribución de la guarda y custodia del hijo común menor de edad al padre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. Además la familia deberá acudir al programa de apoyo a la familia de los Servicios Sociales más cercanos a su residencia para iniciar apoyo a la situación familiar tras la decisión judicial y para proteger al menor y apoyarle psicológicamente en este proceso de cambio

b.-) La atribución del uso y disfrute del domicilio familiar al menor y al padre quien ostenta su guarda y custodia.

c.-) Se establece a favor de la madre de un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos en los que el menor será recogido por su madre el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana en que lo reintegrará al centro escolar; en cuanto a los puentes escolares, su disfrute se unirá al fin de semana que venga asociado. Y dos tardes por semana, martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas en que la madre retornará al menor al domicilio familiar. Las vacaciones de Semana Santa, Verano y Navidades se disfrutarán por mitad correspondiendo la elección en caso de desacuerdo a la madre los años impares y al padre los años pares. A efectos de su cumplimiento se determina que los periodos vacacionales comienzan el día siguiente al último día lectivo conforme al calendario y normativa de la Comunidad de Madrid, y terminan el día anterior al primer día de colegio.

d.-) Se establece una pensión de alimentos a favor del menor y a cargo de la madre de cien (100) euros mensuales; suma que deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el padre al efecto. Dicha suma será se actualizará anualmente conforme a las variaciones que publica el INE, con efectos desde el 1 de enero de cada año, debiendo abonar igualmente la mitad de los gastos extraordinarios que se devenguen previa justificación documental de los mismos.

e.-) Se establece una pensión compensatoria a favor de la demandada reconviniente de novecientos euros (900Eur.) al mes, por un plazo máximo de cinco años, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.

f.-) El demandante asumirá el levantamiento de las cargas familiares: hipoteca e impuestos de la vivienda familiar y demás a cuyo pago vengan obligados como propietarios, sin perjuicio de la ulterior liquidación de gananciales.

No procede hacer expresa imposición de costas.

Firme que sea la presente resolución comuníquese al Registro Civil en donde consta inscrito el matrimonio a los efectos registrales oportunos.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días a partir del siguiente al de su notificación, para su posterior decisión por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Se apercibe a las partes que es requisito imprescindible para la interposición del recurso de apelación la consignación como depósito de la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, salvo que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita. Para efectuarlo deben indicar en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "recurso", seguido del "Código 02 Civil- Apelación".

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación a los autos de que dimana, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo. "

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpusieron recursos de apelación tanto por la representación legal de don Gaspar como la representación de D<sup>a</sup> Matilde, exponiéndose en los escritos presentados las alegaciones en las que basaban su impugnación.

De dichos escritos se dio traslado a las partes personadas, presentándose por ambas representaciones, escritos de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para vista el día 4 de diciembre del presente año. En dicho acto se practicaron las pruebas admitidas, y los Letrados de las partes hicieron cuantos alegatos estimaron pertinentes en apoyo de sus respectivas pretensiones.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso de apelación de don Gaspar.

Por la representación procesal de don Gaspar, demandante-apelante, se presenta recurso de apelación contra la sentencia de divorcio de 22 de abril de 2013, que estimando parcialmente la demanda declara la disolución del matrimonio y las medidas en relación con el hijo menor Benito, nacido el NUM000 de 2000, de 14 años de edad en la actualidad; acordando la custodia al padre, la patria potestad compartida, el régimen de estancias con la madre de los periodos vacacionales con cada uno de los progenitores; el uso del domicilio familiar al menor y al padre, la pensión de alimentos del menor con cargo a la madre de 100 Eur. mensuales, cantidad actualizable anualmente al 1 de enero de cada año conforme al IPC oficial, se fija una pensión compensatoria a la esposa de 900 Eur. mensuales

por un plazo máximo de cinco años, la obligación del padre de asumir el levantamiento de las cargas familiares hipoteca e impuestos de la vivienda familiar sin perjuicio de lo que resulte de la ulterior liquidación de gananciales, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Se impugnan los siguientes como motivos en el recurso: primero, la concesión de la pensión compensatoria a la esposa, por infracción del art. 97 del Código Civil y discrepando de la valoración de la prueba; segundo, la obligación del levantamiento de las cargas familiares impuesta por vulneración de la doctrina jurisprudencial del TS. Solicita que revocando la resolución apelada, dicte otra que acuerde:

1º Establecer la obligación de abonar el 50% entre las partes de la cuota de la hipoteca y de los impuestos derivados de la vivienda familiar y demás a cuyo pago vengan obligados como propietarios.

2º No haber lugar a fijar pensión compensatoria a cargo del esposo y a favor de la esposa.

SEGUNDO.- Recurso de apelación de D<sup>a</sup> Matilde.

Por la representación procesal de D<sup>a</sup> Matilde demandada-apelante, se presenta recurso de apelación contra la sentencia de divorcio de 22 de abril de 2013, que estimando parcialmente la demanda declara la disolución del matrimonio y las medidas en relación con el hijo menor Benito, anteriormente expuestas.

Se impugnan los pronunciamientos relativos a: la guarda y custodia atribuida al padre, alegando que se le ha causado indefensión; la asignación al menor y al padre del domicilio familiar; la pensión de alimentos establecida; la pensión compensatoria acordada, por entender que debe de ser ilimitada. Solicita que se dicte sentencia revocando la resolución recurrida y acordando:

1º Que la guarda y custodia del menor debe de ser para la madre.

2º Que se fije como régimen de visitas y estancias del menor con el padre establecido en la sentencia para la madre.

3º Que se otorgue el uso de la vivienda familiar al menor y a la madre.

4º Que se fije una pensión de alimentos de 1.600 Eur. para el menor con cargo al padre. Que el padre contribuya a los gastos extraordinarios al 50%.

5º Que la pensión compensatoria sea de 1.200 Eur. mensuales y sin limitación temporal.

El Ministerio Fiscal interesa la confirmación de la sentencia recurrida, entendiendo que la misma es conforme a derecho, impugnando los dos recursos presentados.

Conferido traslado a la contraparte en cada recurso se opone al mismo, solicitando su desestimación íntegra, y la adopción de las medidas solicitadas en sus respectivas impugnaciones, y la condena en costas de parte contraria recurrente.

TERCERO.- Custodia del menor.

La madre solicitó en su demanda de divorcio la guarda del menor y la patria potestad compartida, y el padre una custodia compartida, aunque en el acto de la vista interesa que se le atribuya al padre, posición mantenida en la segunda instancia en el presente recurso, debiéndose dar respuesta con carácter previo a esta medida previamente a las restantes motivos del recurso.

Para resolver la cuestión que se debaten en este recurso, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el , en consonancia con el artículo 39.2 de la Constitución Española , el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 20 de noviembre de 1989, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en su resolución A3-0172792, el Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, CH-96, publicado en el BOE de 2-12-2011, y que entró en vigor el 28-12-2012, entre otros instrumentos internacionales; la Observación General num. 14 (2013), sobre el derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62ª periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), la Ley Orgánica 1/96 de Protección del Menor , y los artículos aplicables 92, 94, 96, 158, 159 y concordantes del Código Civil , y restantes normas aplicables.

En relación con la voluntad de los menores la , pone de manifiesto, que: "constituye un elemento relevante para la resolución judicial sobre el régimen de custodia la propia voluntad de los hijos, especialmente cuando en los mismos, por su edad, ha de presumirse madurez suficiente para la toma responsable de sus propias decisiones. Pero no puede olvidarse que la opción del menor no es el único factor que los tribunales deben tener en cuenta a tal fin, debiendo valorarse igualmente los demás medios probatorios, en orden a determinar cuál sea la opción que mejor proteja los intereses de la prole".

De la prueba practicada, documental, interrogatorios y pericial psicosocial obrante en los autos a los folios 427 a 446, e informe del los Servicios sociales del Ayuntamiento, resultaba adecuado a lo acordado en la sentencia, conceder la custodia del menor al padre, porque aunque es la madre quien se ha ocupado en mayor medida de la vida del hijo la situación personal de la madre supone un riesgo para la estabilidad emocional del menor, ofreciendo la figura paterna una mayor estabilidad y menores riesgos, al tiempo del informe el menor estaba decidido a mantener relación con ambos progenitores.

Posteriormente se aceptó inicialmente por el menor la decisión judicial, estando viviendo con su padre, sin embargo, los acontecimientos sobrevenidos ponen de manifiesto, que el Benito en este tiempo se marchó a vivir con su madre, reaccionando negativamente al intento paterno de que volviera con él después del verano, permaneciendo con ella conviviendo en casa de la abuela

materna en Madrid, aunque continuaba acudiendo al colegio en El Soto de la Moraleja, e interrumpiendo inexplicablemente las relaciones con el padre, en esta situación se ha realizado una audiencia del menor en segunda instancia.

Valorada toda la prueba obrante al momento de dictarse la presente resolución y teniendo en cuenta la decisión del menor que cumple los 15 años el próximo mes, que ha mantenido durante un año, que se encuentra centrado en el colegio, que no ha vuelto a ver a su padre, se ha de concluir que la situación no es la misma que existía al tiempo de la prueba pericial, encontrándose el menor resuelto a estar con su madre, sin duda por encontrarse inmerso en el conflicto de lealtades propios de la situación de enfrentamiento permanente de los padres, sintiendo a la madre más necesitada de su apoyo, por ello teniendo en cuenta que el menor, por su edad y madurez, tiene voluntad de continuar conviviendo con su madre, sin perjuicio de los inconvenientes que ello le ha supuesto hasta ahora, de distancia de la casa al colegio y tiempo de traslado, o por no estar en la vivienda familiar, donde tiene cerca de sus amigos, es por lo que procede en interés del menor modificar la custodia acordada, lo contrario radicalizaría aun más la postura del menor, y le alejaría más del padre, porque a su edad difícilmente se puede imponer una convivencia, debiendo de valorarse la voluntad del menor no apreciándose peligro emocional por ello, siempre que se reanuden las visitas y estancias con su padre, y sin perjuicio de la flexibilidad que debe acompañar las relaciones con los menores de esta edad.

En consecuencia el motivo del recurso debe de ser estimado.

CUARTO.- - Régimen de visitas y estancias del menor.

Para el supuesto de que se concediera la custodia del menor a la madre, esta misma insta que el régimen de estancias y visitas con su padre sea el mismo que se ha establecido en la sentencia impugnada para la madre, sin que conste una oposición del padre en su escrito.

Ponderado el régimen establecido en la sentencia, de fines de semana alternos de viernes a lunes, recogiendo y entregándolo en el colegio, uniéndose los festivos o puentes existentes a quien le corresponda, y dos tardes en semana, a falta de otro acuerdo los martes y los jueves, desde la salida del colegio hasta las 20,00h h.; y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, en caso de desacuerdo la madre elige los años impares y el padre los años pares, debe de mantenerse para el padre, sin perjuicio de que se ejerza con flexibilidad en atención a la edad del menor, que en enero próximo cumple los 15 años, y al tiempo que llevan sin relacionarse padre e hijo.

No se aprecia ningún hecho real, que permita entender más beneficioso para el menor que se reduzca ni que se supriman las visitas y estancias con su padre, excepto la influencia que la madre pueda desarrollar para alejar al menor del padre, actitud que solo perjudicaría al menor en su desarrollo personal y emocional, por lo que procede mantener el régimen acordado en sentencia, pero con el padre, estimando el motivo del recurso.

QUINTO.- Atribución del uso de la vivienda familiar.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del CC en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobados por el Juez el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge, en cuya compañía queden ( STS y ).

Por la Jurisprudencia del TS se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente. "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ".

Por ello en consecuencia con la atribución de la custodia del menor a la madre procede atribuirle al menor el uso de la vivienda familiar, y a la madre, solo por su condición de guardadora, y hasta la mayoría de edad del menor, porque el art. 96 CC no depara la misma protección a los hijos mayores de edad que a los menores, debiendo además desvincularse el derecho de uso de la vivienda familiar de la prestación de alimentos. Estimando el motivo del recurso.

SEXTO.- Pensión de alimentos.

También es motivo de conflicto entre las partes en el presente recurso de apelación, la cuantía de la pensión alimenticia que el padre debe de abonar para su hijo; la sentencia establecía la cantidad de 100 Eur. mensuales cuando la obligada al pago era la madre; el padre en su demanda para el supuesto de que la custodia fuera para la madre ofrecía la cantidad de 1.200 Eur. mensuales, en doce mensualidades, y el 50% de los gastos extraordinarios; en la contestación a la demanda la madre reclamaba la cantidad 1.600 Eur. mensuales para el hijo menor, la misma cantidad que reclama en su recurso.

Como pone de manifiesto la , "... La obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 de la CE. Tal obligación por modo inmediato del hecho de la generación es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154.1 del CC. ....". La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, declara que el "favor filii" debe de prevalecer sobre otros intereses en relación a los alimentos que son de naturaleza básica y fundamental. Por tanto la obligación de prestar alimento se basa en el principio de la solidaridad familiar, tiene naturaleza de orden público, y al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales es uno de los deberes fundamentales de la patria potestad, constituyendo una obligación de carácter imperativo y personalísimo.

Para determinar la contribución a los alimentos del progenitor que no convive con el hijo menor se han de tomar como referencias en los supuestos de crisis familiares los ingresos de cada uno de los litigantes, y los gastos del menor, que permitirán fijar la proporcionalidad de la cuantía, y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 del Código Civil , porque la pensión alimenticia tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los ha de proporcionar por todos los conceptos, del otro progenitor, que como en este caso tiene la custodia por sentencia, y a las necesidades de quién los recibe, así como la acomodación de la prestación económica

a las necesidades efectivas del hijo ( art 93 CC ), según los usos y las circunstancias de la familia, los recursos y disponibilidades del guardador ( art. 93, 145.1,CC ), teniendo en cuenta que en la contribución de éste se ha de computar también la atención de los hijos confiados a su guarda ( art. 103 CC ), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentistas determinadas por su personal situación ( STS y ), como viene recogiendo la jurisprudencia de esta Sala en diversas Sentencias, entre otras 30 de junio de 2008.

De la abundante prueba practicada en especial documental e interrogatorios de las partes, se ha de poner de manifiesto los siguientes hechos:

1º El Sr. Gaspar, es ingeniero naval, prestó sus servicios en el periodo comprendido entre 1998 y 2008 en NAVANTIA, actualmente en Andritz Hydro, se aportan con la demanda nominas con un neto mensual de 4.600 Eur.; en la declaración del IRPF del año 2012, figuran un importe integro de rendimientos de 85.051,77Eur., habiéndose practicado unas retenciones de 28.063,39 Eur., restando ingresos de 56.998,38 Eur. con una retribución en especie de 1.587,71 Eur.

2º La Sra. Matilde, es arquitecto técnico, consta que ha trabajado en total 7 años, 9 meses 29 días, en total 2.828 días, alternando periodos laborales y de prestación por desempleo. Siendo su último periodo laboral en el año 2009, lleva solo cuatro años sin trabajar, no figurar que obtenga ingresos, se encuentra en situación de alta en la bolsa de empleo Municipal de Alcobendas, desde el 10-10-2011, habiendo sido enviada a dos ofertas y a sesiones de Programas de Orientación Laboral para el Empleo

3º El hijo menor Benito, nacido el NUM000 de 2000, cumple en el próximo mes de enero la edad de 15 años.

Estudia en el Colegio San patricio abonándose la cantidad de 850 Eur. incluido el comedor en diez mensualidades, en el curso 2012/2013.

4º El matrimonio tiene régimen económico matrimonial de sociedad legal de gananciales, la vivienda familiar sita en la DIRECCION000 num. NUM001 de La Moraleja, en Alcobendas, tiene pendiente un crédito hipotecario por el que se ha de abonar la cantidad mensual de 884,13 Eur.

Valorada toda la prueba obrante, esta Sala después de ponderadas todas las circunstancias, la abundante prueba documental, las declaraciones del IRPF aportadas y obtenidas del Punto Neutro, documentación bancaria de Bankinter y BBVA, teniendo en cuenta que el padre era el único miembro del matrimonio que mantenía la unidad familiar con todos sus gastos, en los que se pone de manifiesto como se recoge en la sentencia un elevado nivel de vida, por el colegio del hijo y el lugar de la residencia familiar, etc. se tras realizar un análisis de la prueba practicada, considera proporcionada la cantidad de 1.200 Eur. respetuosa con el principio de proporcionalidad, tal y como se recoge en la , "adecuada a las necesidades acreditadas del menor, y a los ingresos de cada unos de los progenitores", teniendo en cuenta, además de tener en cuenta que se atribuye al menor y a la madre el uso de la vivienda familiar, debiendo el padre de buscar otra vivienda para él y cuando el menor se encuentre a su cuidado; esta cantidad se ha de abonar desde la presente resolución, a tenor de lo dispuesto en la ., teniendo en cuenta que el padre ha estado abonando los gastos de colegio de su hijo mientras debía de haber estado con él a su cuidado.

Se discute por las partes la forma de pago de los gastos extraordinarios, la sentencia ha establecido que se abonen al 50%, la madre reclama que sea el padre quien los abone al 100%, pero no es motivo suficiente para ello, el hecho de que la madre no trabaje en la actualidad, debiéndose de confirmar la sentencia, y abonar los progenitores al 50% los gastos extraordinarios, siempre que previa notificación del gasto exista acuerdo documentado de ambas partes en el citado gasto, o resolución judicial.

El motivo del recurso debe de estimarse en parte.

SEPTIMO.- - Pensión compensatoria.

La pensión compensatoria fijada en la sentencia es de 900 Eur. por un plazo máximo de cinco años; es objeto de los recursos de las dos partes, por el esposo por considerar que no se debe de establecer pensión compensatoria y la esposa porque interesa que se fije en la cuantía de 1.200 Eur. mensuales y sin limitación temporal, encaso de serle atribuida la custodia y el uso del domicilio familiar, oponiéndose cada uno de ellos al recurso contrario.

La pensión compensatoria no es un derecho de alimentos ni un medio para restablecer desequilibrios que puedan existir (STS Pleno de 14-4- 2010). Que para determinar la existencia de desequilibrio generador de la pensión compensatoria es doctrina jurisprudencial que se tendrán en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia, la colaboración con las actividades del otro cónyuge, y el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio, . La pensión compensatoria está establecida por la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges sigue manteniéndose, por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualdad entre los cónyuges , entre otras). Debe comprobarse si este desequilibrio sigue manteniéndose, o bien, en los casos en que sea aplicable el art. 100 CC , si han desaparecido las circunstancias que lo motivaron y por tanto, desaparece la razón de ser de la pensión . La , pone de manifiesto que en principio la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a percibir una pensión, pues a pesar de obtener sus propios ingresos puede haber un desequilibrio económico. Que el desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión compensatoria debe fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir a este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial

La sentencia de instancia valora los hechos más relevantes, conforme a los requisitos y las circunstancias exigidas en el art 97 del CC , pone de manifiesto la duración del matrimonio que se contrajo el 2-1-1999, al tiempo de dictarse la sentencia de instancia han transcurrido 14 años, teniendo la esposa 41 años; el régimen económico matrimonial es el de la sociedad legal de gananciales; la esposa, según el certificado de vida laboral obrante a los folios 45-46 de las actuaciones, tiene trabajados 7 años, 9 meses y 29 días, en total 2.829 días, en el periodo comprendido entre 1990 y 2009, desde que contrajo matrimonio ha alternado periodos de de trabajo en diversas empresa y de prestación por desempleo, siendo la última en el año 2009, al tiempo de la sentencia llevaba cuatro años sin trabajo, no figura como demandante de empleo, aunque constan remisiones de su curriculum a diversas empresas, tampoco se acredita que dejara de trabajar por exigencia del esposo, resultando falta de credibilidad que renunciara al último empleo por no tener quien cuidara al menor durante el verano, porque siempre hay la posibilidad de tener una ayuda familiar puntual; ambos progenitores se han dedicado al cuidado de su hijo, sin perjuicio de que, por la organización familiar y las exigencias laborales del padre, de viajes y horarios haya sido la madre quien haya dedicado mayor tiempo a su hijo, en todos sus aspectos, personales, escolar de salud, y a la vida familiar. En el periodo de los cuatro años sin trabajo de la esposa ha sido el marido quien con sus ingresos ha hecho frente a todos los gastos familiares.

Los hechos acreditados de toda la prueba practicada en especial los ingresos del esposo al tiempo de la ruptura, su experiencia laboral, los años que la esposa lleva sin trabajar, la dedicación al cuidado de la familia y del hijo, el nivel de vida mantenido por la familia, nos permiten llegar a la misma conclusión de la Juzgadora que se ha producido un desequilibrio económico, por lo que la esposa debe de tener pensión compensatoria, considerando acertada la cuantía y el plazo temporal (STS según la doctrina jurisprudencial del TS en sentencia del Pleno de 5-9-2011), siendo el límite establecido el resultado del juicio de prudencia y ponderación sobre la posibilidad real de la esposa de superar en ese tiempo la inicial situación desfavorable que le generó la ruptura concedido en la sentencia, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, para que cumpla su función reequilibradora, considerando que se ha valorado adecuadamente el conjunto de la prueba obrante. Sin que se den los requisitos exigidos en el art. 97 del CC para no establecer pensión compensatoria a la esposa, ni por las circunstancias acreditadas que la pensión establecida deba de ser sin límite temporal.

En consecuencia el motivo del recurso debe de ser desestimado en ambos recursos.

OCTAVO.- Levantamiento de las cargas familiares..

Conforme dispone la doctrina del , en la Sentencia núm. 1659/2011, de 28 de marzo de 2013, núm. de Recurso 2177/2007, que manifiestamente expresa: "De acuerdo con este planteamiento, que responde a las actuales tendencias en derecho de familia, se debe distinguir entre lo que se considera carga del matrimonio, según los Arts. 90, D) y 91 CC y la obligación de pago del préstamo hipotecario, que corresponde a la sociedad de gananciales y va ligado a la adquisición de la propiedad del bien.

El préstamo hipotecario no constituye una carga del matrimonio, , donde se dice que: "a) La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el art. 90D CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el art. 1362, 2ª CC. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante".

Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3 CC , que declara la ganancialidad de los "bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos", por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el art. 1362, 2 CC , "la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes". Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad".

Declarando el TS la siguiente doctrina: "el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC ".

Por tanto, al préstamo hipotecario que en su día les fue concedido sobre la vivienda de su propiedad, que no tiene naturaleza de carga del matrimonio, han de responder conjuntamente los cónyuges, máxime cuando el uso de la vivienda familiar se atribuye al menor y a la madre, necesitando el padre disponer de otra vivienda. Todo ello sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar las partes. Debiendo atender la esposa a los gastos derivados de los servicios y suministros de la vivienda que ocupa, relacionados con su conservación y mantenimiento, que se han de considerar gastos familiares.

Debiendo de hacer una matización, respecto de la tasa de basura del inmueble familiar, que la ha de abonar quien disfruta de la vivienda, como dispone expresamente el art. 23 del Real Decreto legislativo 272004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

NOVENO.- Costas.

Estimándose en parte los dos recursos interpuestos, no procede imponer las costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Visto los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

# FALLO

Que estimando en parte el recurso formulado por la representación procesal de don Gaspar, y estimando en parte el recurso D<sup>a</sup> Matilde, contra la Sentencia dictada en fecha 22 de abril de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia num. 1 de Alcobendas, en autos de Divorcio Contencioso, seguidos bajo el num. 779/12, entre dichos litigantes, debemos revocar y revocamos la sentencia impugnada y en su lugar se acuerda:

1º La atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad la madre. Se mantiene la obligación de que la familia acuda al programa de apoyo a la familia de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Alcobendas que le correspondan por su domicilio, para realizar un seguimiento familiar y apoyo del menor.

2º Se mantiene el mismo régimen de visitas y estancias fijado en la sentencia, pero ahora a favor del padre con el menor.

3º Se atribuye el uso del domicilio familiar al menor hasta su mayoría de edad, y a la madre como progenitora custodia.

4º Se establece una pensión de alimentos a favor del menor, con cargo al padre la cantidad de 1.200 Eur. en doce mensualidades, que se abonará desde la presente resolución, y que se ingresaran en la cuenta que la madre designe, pagaderas en los cinco primeros días de cada mes, que se actualizara al 1 de enero de cada año comenzando el 1 de enero de 2016.

Los gastos extraordinarios se abonaran al 50% por los dos progenitores, siempre previa notificación y acuerdo documentado de ambos progenitores o de resolución judicial, salvo los que tengan carácter urgente y necesario y no se encuentren cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado.

5º Los gastos relativos a la hipoteca y los impuestos de la vivienda, y demás gastos que afecten directamente a la propiedad, se abonaran al 50% por ambos progenitores, sin perjuicio de que si alguno abonara mayor cantidad se valore en la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad legal de gananciales.

Respecto de la tasa de basuras, y los gastos de la comunidad de Propietarios deberá de abonarlos quien disfrute del uso de la vivienda.

6º Se mantienen las restantes medidas acordadas en la sentencia.

No se condena en las costas procesales causadas en esta alzada en ninguno de los recursos de apelación presentados.

Una vez firme esta resolución, por el Órgano a quo, devuélvase tanto al Sr. Gaspar como a la Sra. Matilde los depósitos constituidos para recurrir en esta alzada.

**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina num. 3283 sita en la calle Capitán Haya num. 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844 0000 00 0371 14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

Publicación. Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

## AUTO DE ACLARACIÓN

AAP Madrid de 27 enero 2015

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0008867

Recurso de Apelación 371/2014

Órgano Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 01 de Alcobendas

Autos de Divorcio Contencioso 779/2012

Apelante: D. Gaspar

PROCURADOR: D. FEDERICO BRIONES MENDEZ

APELANTE: Dña. Matilde

PROCURADORA: Dña. TERESA DE JESUS CASTRO RODRIGUEZ

MINISTERIO FISCAL



Ponente: Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente

A U T O

Magistrados:

Ilmo. Sr. Don Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. Don Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente

---

En Madrid, a veintisiete de enero de dos mil quince.

Dada cuenta del escrito presentado por la Sra. Matilde del que se interesa la aclaración de la Sentencia, únase al rollo de apelación de su razón, y

## ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Por la Procuradora Doña Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de Doña Matilde, se solicita nueva aclaración de la sentencia dictada por esta Audiencia Provincial de fecha 22 de diciembre de 2014, dictado en el presente rollo 371/2014, en el sentido de que se aclare y complemente en relación con el uso de la vivienda familiar, atribuido al menor y a la madre como progenitora custodia, se diga cuál será el destino en este sentido del hijo de las partes cuando alcance la mayoría de edad.

Conferido traslado a la contraparte se opone a la aclaración y complemento interesado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Señala el artículo 214.3 de la Ley Procesal Civil, que "Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones de los Tribunales y los Secretarios Judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento".

Es evidente que la aclaración o complemento solicitado por la parte, no debe realizarse, porque sin perjuicio de las tensiones entre las partes, la sentencia dictada acuerda con claridad hasta qué momento se atribuye en el presente procedimiento el uso de la vivienda familiar, por lo que sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar las partes o lo que resulte de la liquidación del bien, hemos de estar a la medida acordada en esta sentencia, sin que este sea el momento procesal oportuno de resolver sobre cuestiones no debatidas en el procedimiento.

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

## FALLO

LA SALA ACUERDA: NO HABER LUGAR a la aclaración solicitada en parte por la Procuradora doña Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de doña Matilde, de la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2014, dictado en el presente rollo 371/2014.

Incorpórese esta resolución al libro de Sentencias a continuación de aquella de la que trae causa y llévase testimonio a los autos principales.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden, en su caso, contra la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados. Los plazos para estos recursos, si fueren procedentes, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación de esta resolución.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222014101103**