

Audiencia Provincial de Guadalajara, Sentencia de 2 Abr. 2009, rec. 310/2008

Ponente: Sanchez Aristi, Rafael.
Nº de Sentencia: 69/2009
Nº de Recurso: 310/2008
Jurisdicción: CIVIL

DIVORCIO. ALIMENTOS. De hija mayor de edad. Legitimación activa de la madre, para solicitar pensión de alimentos de la hija que con ella convive en el seno de un procedimiento de divorcio. Concurrencia de la situación de necesidad exigible para imponer al padre la obligación alimenticia, con determinación de su importe atendiendo a los gastos de la hija, y los posibles recursos económicos del progenitor con el que no convive. Atribución a la esposa, en atención al desequilibrio económico derivado del cese de la convivencia, de la administración y gestión del local comercial que los esposos venían teniendo arrendado a un tercero para negocio de bar, al ser su titularidad formal de los padres de la demandada, no siendo procedente atribuir una gestión conjunta del mencionado local a favor de ambos cónyuges, sin perjuicio de que si en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, o en el declarativo que corresponda, se determinase que el marido ha ostentado algún derecho sobre ese local, dicho derecho deba hacerse efectivo, y sin perjuicio de que la esposa deba entonces rendir cuentas de la administración y gestión del mencionado local.

Normativa aplicada

TEXTO

En Guadalajara, a dos de abril de dos mil nueve

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1

GUADALAJARA

[SENTENCIA: 00069/2009](#)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

GUADALAJARA

Sección 001

Domicilio: PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Telf: 949-23.52.30 y 31

Fax: 949-23.52.24

Modelo: SEN00

N.I.G.: 19130 37 1 2008 0100390

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000310 /2008

Juzgado procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCIÓN de SIGUENZA

Procedimiento de origen: DIVORCIO CONTENCIOSO 0000148 /2008

RECURRENTE: Leoncio

Procurador/a: ANDRES TABERNE JUNQUITO

Letrado/a: DANIEL LOPEZ PEREZ

RECURRIDO/A: Amparo

Procurador/a: PILAR ORTIZ LARRIBA

Letrado/a: BELEN ABAD GARRIDO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D^a ISABEL SERRANO FRIAS

D^a M^a ANGELES MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ

D. RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI

S E N T E N C I A N^o 76/09

VISTO en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de DIVORCIO CONTENCIOSO 148/2008, procedentes del JUZGADO DE 1^a INSTANCIA E INSTRUCCIÓN de SIGÜENZA, a los que ha correspondido el Rollo 310/2008, en los que aparece como parte apelante D. Leoncio representado por el Procurador D. ANDRES TABERNE JUNQUITO, y asistido por el Letrado D. DANIEL LOPEZ PEREZ, y como parte apelada D. Amparo representada por la Procuradora D^a PILAR ORTIZ LARRIBA, y asistida por la Letrada D^a BELEN ABAD GARRIDO, sobre divorcio contencioso, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- En fecha 28 de octubre de 2008 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo la demanda instada por la procuradora D^a Sonia Lázaro Herranz, en nombre y representación de D^a Amparo y declaro disuelto por divorcio, el matrimonio celebrado entre D^a Amparo y D. Leoncio el día 24 de junio de 1989 en Sigüenza (Guadalajara).= Acuerdo las siguientes medidas de la situación que se constituye: 1.- La disolución del matrimonio de ambos cónyuges, cesando la presunción de convivencia conyugal.= 2.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.= 3.- El uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en la calle DIRECCION000 n^o NUM000 de Sigüenza (Guadalajara), así como los muebles y enseres en ella existentes, debe ser atribuido a D^a Amparo con quien convive la hija del matrimonio.= 4.- Procede atribuir a D^a Amparo la gestión y administración del local comercial, sito en los bajos de la mencionada vivienda así como el uso y disfrute de la plaza de garaje n^o NUM001 , sita en la calle DIRECCION000 n^o NUM002 de Sigüenza.= 5.- Por lo que respecta a la contribución a las cargas del matrimonio que, en este supuesto concreto, se limitan a los alimentos a favor de la hija común, D. Leoncio aportará la cantidad mensual de 350 euros, pagaderos por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que D^a Amparo designe. La cantidad consignada deberá ser actualizada, sin necesidad de requerimiento previo, por el obligado al pago en la misma proporción que experimente la variación del IPC que publica el INE u organismo oficial que pudiera sustituirle, tomando como referencia el mes de presentación del escrito que ha dado origen al procedimiento.= Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas".

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D. Leoncio , se interpuso recurso de apelación

contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo el pasado día 17 de marzo.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Dos son los pronunciamientos de la Sentencia de instancia frente a los que se alza el presente recurso, a saber, el que ha decretado que el recurrente contribuya a los alimentos de la hija común mediante el abono de una pensión de 350 euros mensuales, y el que ha adjudicado la gestión y administración del local comercial sito en C/ DIRECCION000 n° NUM000 de Sigüenza a Dª Amparo . En términos generales el recurso se dirige a expresar la disconformidad del recurrente con lo decidido por el Juez a quo, mas no señala con nitidez en qué punto la ponderación de la prueba se aparta de las reglas de la sana crítica, o qué preceptos concretos habrían sido infringidos por el Juzgador a quo. A lo más, se habla de que la Sentencia incurre en una confusión de conceptos (al referirse a la pensión de alimentos de la hija como carga del matrimonio), o a que incurre en contradicción con la lógica (por haber aceptado elevar de 250 a 350 euros al mes la pensión de alimentos a favor de la hija, siendo así que en las medidas provisionales no se había adoptado ninguna medida relativa propiamente a dicha pensión).

El recurrente, que ha sentido la necesidad de aclarar a esta Sala, en la tercera alegación de su recurso, una serie de conceptos - alguno de los cuales, como la pensión compensatoria, no viene al caso en modo alguno, por no haberse solicitado ni establecido tal clase de pensión en el presente procedimiento-, evidencia en cambio una notable confusión en cuanto a la relación en la que, en un proceso de divorcio, se hallan las medidas definitivas con respecto a las medidas provisionales, por cuanto parece sostener que a la hora de fijar unas medidas definitivas, las partes no pueden apartarse de lo que hubiera sido acordado en sede de medidas provisionales. Nada más lejos de la realidad, ya que por definición las provisionales son medidas que tratan de cubrir una fase de interinidad, hasta tanto llegue el momento de pronunciarse judicialmente sobre las medidas definitivas (vid. art. 106 CC), las cuales pueden referirse a los aspectos que señalan los arts. 91 y ss. CC , sin que el Juez deba sentirse en modo alguno vinculado por el contenido de las medidas provisionalmente adoptadas, siendo significativo que en materia de medidas provisionales esté previsto que el Juez pueda pronunciarse sobre extremos que ni siquiera se contemplan en sede de medidas definitivas (vid., por ejemplo, las medidas 4ª y 5ª del art. 103 CC), así como el hecho de que incluso las medidas definitivas sean esencialmente modificables, según se desprende de lo dispuesto en el art. 91 in fine CC .

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al empleo por parte de la Juez a quo de la expresión "contribución a las cargas del matrimonio" en relación con la medida consistente en la pensión de alimentos de la hija común del matrimonio, no puede compartirse que ello determine una confusión relevante, ni mucho menos que la Juzgadora a quo haya incurrido en una incongruencia extra petitum, como en cambio sostiene el recurso. Respecto de lo primero, debe apuntarse que el uso genérico de la expresión "contribución a las cargas del matrimonio" para referirse a la fijación de una pensión de alimentos a favor del hijo o hijos que pasan a convivir con el ex cónyuge custodio en un proceso de divorcio, está muy extendido y, además de no inducir a confusión de ningún tipo respecto de la medida adoptada (que es realmente lo que importa), es perfectamente explicable no ya por lo que puede considerarse una inercia con relación a la 3ª de las medidas provisionales enumeradas en el art. 103 CC -en donde, subsistente aún el vínculo matrimonial, es lógico que se emplee ese concepto-, sino porque dicha expresión también se emplea en el art. 91 CC en sede de medidas definitivas, sin duda a causa del tratamiento conjunto que el Código dispensa a las tres crisis matrimoniales en el Capítulo IX, Título IV, de su Libro I , siendo así que no todas ellas determinan la disolución del vínculo conyugal. En cuanto a lo segundo, no hay más que ver la segunda petición del suplico de la demanda de divorcio presentada por Dª Amparo , para que se desvanezca la alegación de incongruencia extra petitum que formula D. Leoncio . En ella, efectivamente, se solicita del Juez que apruebe el abono por D. Leoncio de la suma de 400 euros mensuales "en concepto de pensión de alimentos para la hija del matrimonio".

TERCERO.- En otro orden de cosas, tampoco existe el menor problema de falta de legitimación activa de la madre, D^a Amparo , para solicitar la pensión de alimentos de la hija que con ella convive. El recurrente parece olvidar que, de acuerdo con el art. 93.II del Código Civil , es perfectamente posible fijar alimentos para los hijos mayores de edad que convivan con uno de los dos progenitores en el seno de un procedimiento de divorcio, sin que por tanto el hijo en cuestión deba ser parte procesal, y por supuesto siempre que se dé la situación de necesidad que justifique el abono de una pensión alimenticia. En otras palabras, ni la mayoría de edad del hijo es causa por sí misma de extinción de la prestación de alimentos a su favor, ni el único modo de encauzar la pretensión del hijo mayor de edad a percibir una pensión alimenticia del progenitor con el que no conviva es a través de un procedimiento ad hoc, ya que, desde que se reformó el art. 93 del Código Civil por la Ley 11/1990, como recordaba la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/1992, de 13 de febrero , es claro que en los procesos matrimoniales -en los que la legitimación corresponde obviamente a los cónyuges (o ex cónyuges)- podrá perfectamente fijarse una pensión alimenticia que beneficie a un hijo después de su mayoría de edad. A este respecto, conviene tener presente el nítido pronunciamiento de la STS de 24-04-2000, F. J. 2 , cuya doctrina sería más tarde retomada en la STS de 30-12-2000 y ha sido acogida por esta Audiencia en el Auto de 29-09-2006 , según el cual, "del art. 93.2 del Código Civil 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 2º del Código Civil 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 exigirlos 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". Todo lo cual lleva al Alto Tribunal a concluir, así como igualmente debe llevarnos ahora a nosotros a zanjar esta cuestión, 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 , se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores".

CUARTO.- Por lo que se refiere a la fijación de la pensión de alimentos de la hija en 350 euros mensuales, atendidos los gastos actuales de la menor alegados en el acto del juicio, con base en unos hechos (alojamiento en residencia para cursar estudios en Guadalajara) que no fueron contradichos por el recurrente, debe estarse de acuerdo con la ponderación efectuada por la Juzgadora a quo, máxime si se observa que lo que el recurrente pretende es no hacer frente al pago de ninguna pensión en absoluto, olvidándose de que su obligación de sostenimiento alimenticio para con su hija no cesa por el hecho de haber llegado ésta a la mayoría de edad, ni porque haya pasado a convivir con la madre en tanto progenitora custodia, y aferrándose a que su nivel de ingresos no supera los 500 euros brutos mensuales, lo que solamente se apoya en su mera declaración de parte, debiendo tenerse en cuenta en estos casos que, si bien la regla general de carga de la prueba (art. 217.2 LEC) conduce a la necesidad de que el demandante acredite la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a sus pretensiones, no es menos cierto que el art. 217.6 LEC ordena que en materia de carga de la prueba los jueces y tribunales tengan presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, siendo obvio que en el caso que nos ocupa es el propio recurrente quien se halla en mejor posición para traer a la causa elementos probatorios que sirvan para cifrar con exactitud los recursos económicos de que dispone, no pudiendo aceptarse como válida la vaquedad de los términos en que se expresa el recurrente, que dice percibir

algunos ingresos "de alguna actividad agraria y alguna intermediación", pero sin consignar en positivo cuál es su nivel de ingresos anual. A la vista de todo ello, y si se considera que el cónyuge custodio ya realiza una contribución en especie, cuidando y atendiendo a la hija en el desenvolvimiento cotidiano de la guarda y custodia, debe confirmarse el pronunciamiento de la Sentencia de instancia relativo a la pensión de alimentos de la hija común, desestimándose en consecuencia las cinco primeras alegaciones del recurso.

QUINTO.- En la sexta y última alegación del recurso solicita el recurrente que, debido al desequilibrio económico respecto de su ex esposa, la administración y gestión del local comercial que los esposos venían teniendo arrendado a un tercero para negocio de bar, sea atribuida conjuntamente a ambos contendientes, y no exclusivamente a D^a Amparo . Lo cierto es que el propio recurrente señala en su recurso cómo la titularidad formal tanto de la vivienda familiar como del local comercial sito en los bajos de la misma, corresponde a los padres de D^a Amparo , remitiéndose al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales precisamente para dirimir si, en virtud del expediente de la accesión, la titularidad de ambos inmuebles podría haber pasado a los ahora contendientes. Siendo ello así, parece claro que no es procedente atribuir una gestión conjunta del mencionado local a favor de D^a Amparo y D. Leoncio , sino asignársela en exclusiva a aquél de los dos ex cónyuges que tiene una relación de parentesco con quienes, a decir del propio recurso, son los titulares del inmueble, sin perjuicio naturalmente de que si en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, o en el declarativo que corresponda, se determinase que D. Leoncio ostenta o ha ostentado algún derecho sobre ese local, dicho derecho deba hacerse efectivo, y sin perjuicio igualmente de que D^a Amparo deba entonces rendir cuentas de la administración y gestión del mencionado local. Por todo lo cual procede también desestimar esta última alegación y con ella la totalidad del recurso entablado, con imposición al recurrente de las costas de esta alzada.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada, imponiendo al apelante las costas de esta alzada.

Así, por nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

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

DILIGENCIA:

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