

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 6 Feb. 2008, rec. 741/2007

Ponente: Rico Rajo, Paulino.
Nº de Sentencia: 91/2008
Nº de Recurso: 741/2007
Jurisdicción: CIVIL

DIVORCIO. ALIMENTOS. El hijo, pese a ser mayor de edad, vive con su madre y no obstante haber desarrollado determinado trabajo en verano, ello no le ha permitido alcanzar la independencia económica, estando en la actualidad aún estudiando, por lo que debe mantenerse su pensión de alimentos. VIVIENDA. El uso de la vivienda familiar le fue atribuido a la esposa en función de haberle sido otorgada la guarda y custodia del hijo, entonces menor de edad. Modificación. Finalizada la guarda del menor al haber alcanzado éste la mayoría de edad, la esposa no ha probado ser el cónyuge más necesitado en la atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que, el derecho de propiedad del esposo no debe ser gravado con el de un uso que no aparece justificado, debiendo la esposa dejar la vivida libre y expedita en el plazo de tres meses. Las cuotas ordinarias correspondientes al uso del bien inmueble, como son los gastos derivados de suministros, de conservación, mantenimiento y reparaciones ordinarias, corresponderá hacer frente al pago de la misma al que lo tiene atribuido, en tanto las cuotas correspondientes a derramas extraordinarias, por reparaciones extraordinarias, así como las que gravan directamente a la propiedad como el IBI o el seguro de la vivienda, corresponderá su pago a los copropietarios en proporción a la participación.

Normativa aplicada

TEXTO

En la ciudad de Barcelona, a seis de febrero de dos mil ocho

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓN DUODÉCIMA

ROLLO Nº 741/2007-B

DIVORCIO CONTENCIOSO (ART. 770-773 LEC NÚM. 239/2006)

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 1 EL PRAT DE LLOBREGAT

[SENTENCIA Nº 91/2008](#)

Ilmos. Sres.

D. JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA Y GASTÓN

D. PAULINO RICO RAJO

Dª. Mª JOSÉ PÉREZ TORMO

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso (art.770-773 Lec, número 239/2006) seguidos por el Juzgado Primera Instancia 1 El Prat de Llobregat, a instancia de D. Miguel representado por el Procurador Sr. Bertran Santamaria y dirigido por el Letrado D. Carlos Allepuz Saiz, contra D^a. Rosario representada por el Procurador Sr. Pedro Vidal Bosch y dirigida por el Letrado D. Joaquin Bosch Zalve; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 22 de marzo de 2007, por el Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda de divorcio formulada por la representación procesal de Don Miguel contra Doña Rosario , debo declarar y DECLARO: HABER LUGAR AL DIVORCIO instado de los cónyuges y en su consecuencia decretar la disolución del matrimonio hasta ahora formado por los citados cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración.

En cuanto a la modificación de la MEDIDAS interesadas:

Se mantiene la pensión de alimentos a favor del hijo, Marcelino , en los términos establecidos en la Sentencia de separación.

Se mantiene la atribución del uso de la que fue vivienda conyugal sita en el Prat de Llobregat, carretera DIRECCION000 , n. NUM000 , NUM001 NUM002 , en los términos establecidos en la Sentencia de separación.

Se suprime la obligación de pago a cargo de Don Miguel del 50% de los gastos extraescolares y sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social de su hijo Marcelino .

Se mantiene la obligación de pago a cargo de Don Miguel del 50% de los gastos inherentes a la titularidad de la vivienda.

Se declaran las costas de oficio."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 20 de diciembre de 2007.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PAULINO RICO RAJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la Sentencia apelada en todo aquello que no vengán modificados por los d esta resolución y,

PRIMERO.- Contra la Sentencia dictada en fecha 22 de marzo de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de El Prat de Llobregat en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el nº 239/2006 seguido a instancia de Don Miguel contra Doña Rosario , cuyo fallo ha quedado transcrito en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interpone recurso de apelación el Sr. Miguel en solicitud de que "se dicte sentencia mediante la que se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, estimando íntegramente los pedimentos aducidos por esta representación en su escrito de demanda, y ahora de apelación, con los pronunciamientos inherentes, todo ello con imposición de costas a la adversa", a cuyo recurso de apelación se opone la Sra. Rosario .

SEGUNDO.- No obstante la solicitud dirigida a la Sala, que ha quedado transcrita en el precedente Fundamento de Derecho, que se acomoda a la previsión legal contenida en el artículo 458.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que no exige expresar con claridad y precisión lo que se pide, del contenido del escrito formalizando el recurso de apelación, en relación con el de

preparación del mismo, se deriva que los pronunciamientos de la Sentencia de instancia con los que el apelante muestra su disconformidad son los relativos a la pensión alimenticia establecida a favor del hijo común Marcelino , nacido en fecha 26 de febrero de 1.987, que, frente al mantenimiento en los términos establecidos en la Sentencia de separación acordado, postula que se deje sin efecto, al uso de la vivienda familiar, que frente al mantenimiento, también, en los términos establecidos en la Sentencia de separación, pretende que se deje sin efecto, y a la obligación del ahora apelante de pagar el 50% de los gastos inherentes a la titularidad de la vivienda, que solicita que "se deje sin efecto el apartado sexto del convenio, en que el actor asumía el 50% de las cuotas ordinarias y extraordinarias de la Comunidad de Propietarios de la vivienda conyugal, el IBI, el seguro de la vivienda, así como los gastos extraescolares del hijo Marcelino y los sanitarios que no cubra la seguridad social".

Y en orden a la resolución respecto al primero de los pronunciamientos impugnados, el atinente a la pensión alimenticia, ha de tenerse en cuenta que tanto el padre como la madre, en virtud de la potestad, que es una función inexcusable (artículo 133.1 del Código de Familia), deben cuidar de los hijos, y tienen respecto a los mismos, entre otros deberes que prevé el artículo 143.1 del Código de Familia , el de alimentos en el sentido más amplio, lo que se traduce en la necesidad de los hijos de recibir no sólo el apoyo afectivo de sus progenitores, sino el material o económico al no poder procurarse por sí solos los medios necesarios para su subsistencia, sin que siempre sean cumplidos dichos deberes de forma voluntaria por los progenitores, razón por la que la Ley, empezando por la Constitución (art. 39.1), se encarga no sólo de recordar, sino de imponer, la obligación de cumplirlos, que no desaparece por el sólo hecho de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad si, no obstante dicho hecho biológico, no cuenta aún con capacidad económica suficiente para atender por sí sólo a sus necesidades, razón por la que el legislador prevé en el artículo 76.2 del Código de Familia , titulado aspectos objeto de regulación, que en los supuestos de nulidad, divorcio o separación judicial "si hay hijos mayores de edad o emancipados que convivan con uno de los progenitores y que no tengan ingresos propios, deben fijarse los alimentos que correspondan en los términos establecidos en el artículo 259 ".

Que es lo que ocurre en el caso de autos, en que el referenciado hijo, aún ser en la actualidad mayor de edad, sin embargo, vive con su madre y no obstante haber desarrollado determinado trabajo en verano, en el Club de Polo, según dijo, sin duda, a lo único que le ha podido ayudar ha sido a atender algunos de sus gastos, pero que no le ha permitido alcanzar la independencia económica, como se deriva de que en el momento de la vista celebrada en la instancia manifestó en la prueba testifical practicada que no trabaja, que continúa estudiando, con lo que, con independencia de que esté repitiendo dos créditos que no aprobó, resulta evidente, dada su edad, la falta de independencia económica, que junto a la continuación en su formación hace que, como el referido precepto legal dispone, deba fijarse los alimentos que le correspondan.

Y para ello, para la fijación de la pensión alimenticia, deberá tenerse en cuenta tanto el principio de proporcionalidad entre los obligados a prestarla, padre y madre, entre los que, al no tratarse de una obligación solidaria sino mancomunada, debe distribuirse la obligación "en proporción a sus recursos económicos y posibilidades" en virtud de lo dispuesto en el artículo 264.1 del mismo Código de Familia , como el principio de proporcionalidad entre las posibilidades del alimentante o de los alimentantes y las necesidades del alimentista o de los alimentistas conforme a lo dispuesto en el artículo 267.1 del mismo texto legal en virtud del cual "la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentista y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a su prestación".

Y es que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001\ 2562), "la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución Española (RCL 1978\ 2836 y ApNDL 2875) que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Ahora bien la obligación alimentaria, supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda."

Y al deber venir fijada ponderadamente la pensión de alimentos atendiendo a las necesidades del alimentista y posibilidades del

alimentante, siendo el alimentante no sólo el progenitor con quien no conviva el hijo, sino también el conviviente no obstante tenerse en cuenta y valorarse dicho hecho que conlleva, como es lógico, determinados gastos para el conviviente que por su escasa cuantía y generalidad con que se presentan no suele dársele importancia o trascendencia aunque la tenga, atendido que los propios padres tuvieron en su día en cuenta sus propias posibilidades y las necesidades del hijo para convenir la pensión alimenticia, no habiendo habido otro cambio de circunstancia acreditado que haber alcanzado el hijo alimentista la mayoría de edad, lo que, como queda dicho, no es suficiente para la extinción de la pensión, procede la desestimación del recurso de apelación en cuanto a dicha pretensión.

TERCERO.- Por lo que hace a la pretensión relativa al uso de la vivienda familiar ha de tenerse en cuenta que el artículo 83 del Código de Familia, sobre el uso de la misma, dispone que: "1. El uso de la vivienda familiar, con su ajuar, se atribuye en la forma convenida por los cónyuges, salvo que ésta resulte perjudicial para los hijos, a criterio de la autoridad judicial, que resuelve la cuestión. 2. En defecto de acuerdo o si éste es rechazado, a criterio del juez o jueza, dadas las circunstancias del caso, decide, en lo que se refiere a la vivienda familiar, en los siguientes términos: a) Si hay hijos, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta. Si la guarda de los hijos se distribuye entre los cónyuges, resuelve la autoridad judicial. b) Si no hay hijos, se atribuye su uso al cónyuge que tenga más necesidad de la misma. La atribución tiene lugar con carácter temporal, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga, en su caso", de lo que se deriva, sin duda alguna, que en principio, prima el acuerdo que sobre el uso hubieran alcanzado los cónyuges, salvo que se entienda perjudicial para los hijos menores de edad si los hubiere, y en los supuestos en que no exista acuerdo entre los cónyuges lo que la Ley prevé es la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, bien, preferentemente, si hay hijos, a favor de aquel que tenga atribuida su guarda, bien, si no hay hijos o éstos son ya mayores de edad, a aquel que tenga más necesidad de la misma, siendo dable la equiparación a esta última previsión legal, la de ausencia de hijos, la de ser los hijos habidos mayores de edad o emancipados.

Y en el caso de autos, aplicando la previsión legal contenida en el antedicho precepto legal y la doctrina jurisprudencial que se deriva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de fecha 22 de septiembre de 2003 , se observa que, según se infiere del contenido del convenio regulador de los efectos de su separación, aprobado por Sentencia de fecha 30 de marzo de 2000 , el uso de la vivienda familiar le fue atribuido a la ahora apelante en función de haberle sido otorgada la guarda y custodia del hijo, entonces menor de edad, con lo que dada la dicción literal del precepto que lo que contempla es la atribución preferente, no obligatoria, mientras la guarda dure, una vez finalizada la misma por haber alcanzado el hijo la mayoría de edad corresponde al cónyuge que se cree acreedor al uso de la vivienda acreditar que se halla en el supuesto de tener más necesidad de la misma, como el precepto legal también señala, sin que la Sra. Rosario haya probado en el curso del presente procedimiento ser el cónyuge más necesitado en la atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que, no debiendo venir el derecho de propiedad gravado con el de un uso que no aparece justificado, procede la estimación del recurso de apelación en cuanto a dicha pretensión, debiendo la apelada dejar la vivida libre y expedita en el plazo de tres meses desde la fecha de esta nuestra Sentencia.

CUARTO.- Finalmente, en cuanto a la pretensión relativa a que "se deje sin efecto el apartado sexto del convenio, en que el actor asumía el 50% de las cuotas ordinarias y extraordinarias de la Comunidad de Propietarios de la vivienda conyugal, el IBI, el seguro de la vivienda, así como los gastos extraescolares del hijo Marcelino y los sanitarios que no cubra la seguridad social", al haber suprimido la Sentencia recurrida la obligación de pago por el ahora apelante del 50% de los gastos extraescolares y sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social de su hijo Marcelino , que ha sido consentido por la apelada, la petición relativa al 50% de tales gastos ya dejados sin efecto queda sin objeto en esta alzada y, consiguientemente, procede la desestimación del recurso de apelación en cuanto a dicha pretensión.

Y por lo que hace a los gastos correspondientes a la Comunidad de Propietarios de la vivienda conyugal, el IBI y el seguro de la vivienda, como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala con anterioridad, las cuotas ordinarias correspondientes al uso del

bien inmueble, como son los gastos derivados de suministros, de conservación, mantenimiento y reparaciones ordinarias, corresponderá hacer frente al pago de la misma al que lo tiene atribuido, en tanto las cuotas correspondientes a derramas extraordinarias, por reparaciones extraordinarias, así como las que gravan directamente a la propiedad como el IBI o el seguro de la vivienda, corresponderá su pago a los copropietarios en proporción a la participación que tengan en la cuota de propiedad, en aplicación analógica de lo que dispone la Ley 13/2000, de 20 de noviembre (Parlamento de Cataluña), de regulación de los derechos de Usufructo, Uso y Habitación, por lo que procede la estimación parcial del recurso de apelación en cuanto a dicha pretensión.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al estimarse parcialmente el recurso de apelación no ha lugar a hacer especial condena en cuanto a las costas causadas por el mismo.

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

FALLAMOS

Que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por Don Miguel contra la Sentencia dictada en fecha 22 de marzo de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de El Prat de Llobregat en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el nº 239/2006 seguido a instancia de Don Miguel contra Doña Rosario , debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha Sentencia en el sentido de dejar sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar, debiendo la Sra. Rosario dejarla libre, vacua y expedita en el plazo de tres meses desde la fecha de esta nuestra Sentencia, y en el sentido de que la obligación de pago del 50% de las cuotas de la comunidad por parte del Sr. Miguel lo es de las cuotas extraordinarias, así como del IBI y del seguro de la vivienda, confirmándola en lo demás. Y sin hacer especial condena en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse 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.-

Barcelona, en la misma fecha. 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.