

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, Sentencia de 17 Mar. 2005, rec. 552/2004

Ponente: Bachs Estany, José María.
Nº de Sentencia: 150/2005
Nº de Recurso: 552/2004
Jurisdicción: CIVIL

MATRIMONIO. Disposiciones comunes a la nulidad, la separación y el divorcio. Efectos de la nulidad, la separación y el divorcio. Uso de vivienda y ajuar.

Normativa aplicada

TEXTO

En la ciudad de Barcelona, a diecisiete de marzo de dos mil cinco

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DIECIOCHO

ROLLO Nº 552/2004

MODIFICACIÓN MEDIDAS DEFINITIVAS NÚM. 946/2003

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 19 DE BARCELONA

[SENTENCIA N.º 150/05](#)

Ilmos. Sres.

D. ENRIQUE ANGLADA FORS

D. JOSEP MARIA BACHS ESTANY

Dª. ANA MARÍA HORTENSIA GARCÍA ESQUIUS

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Décimo-octava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de modificación de medidas definitivas nº 946/2003, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona, a instancia de D/Dª. Felix , contra D/Dª. Gema; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 30 de marzo de 2004, por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Sra. Araceli García Gómez, en representación de Felix contra Gema , representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Laura De Manuel Tomás, debo modificar los efectos establecidos e n a sentencia de divorcio de 30 de Enero de 1996 (autos 622/94) en el sentido de dejar sin efecto la pensión alimenticia establecida

en favor del hijo mayor de edad y asimismo dejar sin efecto la atribución del uso de la vivienda sita en Barcelona, DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 . No procede realizar especial imposición de las costas."

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

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo de 2005.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSEP MARIA BACHS ESTANY.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Preparado el recurso por la parte demandada (f. 21) contra el pronunciamiento extintivo del uso de la vivienda conyugal a favor de demandada e hijo Germán como interés más necesitado de protección, lo interpone (f. 126 y ss.) por los siguientes motivos: 1º) la sentencia dice que el hijo no se halla en situación de dependencia económica basándose en que en el pasado trabajó y no está estudiando; tampoco considera que padezca ninguna enfermedad invalidante; también se apoya en que la madre ha vendido una mitad indivisa de un inmueble recibido en herencia; pero lo cierto es que el hijo no trabaja y la sentencia carga a la madre con toda su alimentación; 2º) con las mismas razones ha denegado la sentencia el uso de la vivienda; se pide la revocación y que se mantenga la pensión en 138'23 euros -para lo que no se preparó el recurso- y la atribución del uso de la vivienda.

Se opone la parte actora (f. 137 y ss.) por los siguientes motivos: 1º) la sentencia es ajustada a Derecho; se atribuyó el uso y la pensión al hijo en 1996 por cuanto entonces aun siendo mayor de edad no había alcanzado la independencia económica; hoy la independencia del hijo resulta de la certificación de la TGSS que demuestra que el hijo de 27 años ha venido trabajando en periodos de uno o dos meses desde 1997 en muy diversos empleos y cobrando entre 550 y 600 euros al mes; con lo que ha adquirido y mantiene un coche que recientemente ha vendido; está en disposición de tener terminados sus estudios y ponerse a trabajar; las circunstancias han cambiado sustancialmente; el peso o carga de la alimentación no recae sobre la madre sino sobre el hijo; 2º) la extinción del uso de la vivienda deviene de la simple independencia del hijo; la madre además ha pasado a mejor fortuna al vender una mitad indivisa de un inmueble heredado por 57.100 euros; abusando de su situación de privilegio y de la posesión gratuita de la finca conyugal desde 1984, por lo que ha dejado de recaer en ella el concepto y cualidad de interés más necesitado de protección; es el actor quien con unos ingresos de 1200 euros debe hacer frente a un alquiler de 446 el más necesitado; no incurre en error ninguno el Juzgado al no recoger ni siquiera la petición subsidiaria de limitación temporal a seis meses ya que se ha estimado plenamente la primera petición.

SEGUNDO.- El examen de todo lo actuado revela acreditados los siguientes antecedentes y hechos:

a) la sentencia de divorcio de 31-1-96 (f. 13 y ss.) atribuyó el uso de la vivienda conyugal a la esposa; fijando en 23.000 pts. al mes la contribución a las cargas familiares y alimentos del hijo; dicha sentencia (f. 15) reconocía que el hijo no había obtenido aún la independencia -y en el hecho de que el padre le abonaba directamente esas 23.000 pts. concluye en el reconocimiento de tal necesidad por éste- y que la esposa vivía allí desde 1984 en que se produjo la separación de hecho presentando todavía el perfil de interés más necesitado de protección;

b) el hijo cuenta ahora mismo 29 años; se acredita por certificación de La Caixa que el padre le paga directamente en su cuenta 7.000 pts. semanales desde 1-6-00 a 30-6-01 (f. 23); consta inscrito en el INEM desde 23-12-03 (f. 59); consta que fue contratado en 23-6-97, 16-7-98, 15-1-00 y 24-2-03; según certificación de la TGSS (f. 93 y ss.) de 24-2-04 ha estado de alta en el régimen general por periodos muy cortos de 1997 a 2000 destacando 92 días entre noviembre de 2000 y febrero de 2002 y 43 días entre febrero y marzo de 2003, siendo el resto ocupaciones muy ocasionales en verano (1997 y 1998) o claramente

temporales por campaña de navidad (en 2001 y 2002);

c) según la TGSS (f. 97) a fecha 24-2-04 la demandada está sin trabajo (última cotización por subsidio de desempleo de mayores de 52 años entre mayo de 2001 y diciembre de 2002; último empleo en 1999; último empleo duradero entre 1971 y 1991;

d) la vivienda conyugal es de dominio común e indiviso de los litigantes;

e) se acredita en autos que el hijo ha trabajado desde 1997;

f) el actor reconoce percibir al tiempo de la demanda (23-10-03) 1.200 euros (f. 17, nómina de 1207'19 euros de junio de 2003) y paga un alquiler (f. 19 y ss. contrato de 1992) de 446 euros al mes (f. 21 y ss.);

g) la vista se celebró el 12-2-04 (f. 49 y ss. y DVD); en la misma declaró la demandada (min. 22'49 y ss. DVD) que el hijo tiene 28 años, ha trabajado por periodos de un mes y semanas, la última vez en febrero-marzo del año pasado; para sus gastos, como el seguro del coche; dependieron de servicios sociales, cobró 36.000 pts. hasta que le concedieron el subsidio para mayores de 52 años que ahora se la han quitado; ha intentado cinco veces que el hijo acabase estudios, no ha terminado; los profesores le desaconsejaron porque no quiere estudiar; el Peugeot fue trocado; el coche original se lo regaló su madre; arrastra problemas de complejos y rabia contra su padre por los malos tratos que sufrió; problemas de tratamiento, no; no sabe si no mantiene relación con su padre; ha heredado la mitad de un piso, con su hermana; ella era la heredera; lo ha vendido en diciembre de 2002; por 21 millones menos 10.600 euros de inmobiliaria, a ella le correspondió 9'5 millones de pts.; después de pagar contribuciones atrasadas, gastos notariales, plusvalía, sucesiones, registro de la propiedad, y tuvo que devolver el subsidio de mayores de 52 años por adquisición patrimonial derivada de herencia; no trabaja; trabajó 4 meses en el 97 y 15 días en el 99; no cobra nada; ha tenido que devolver 29.000 euros de deudas; sin papeles; el actor declaró (min. 33'54 y ss. DVD) que se fue en 1978; la compra del piso fue de 1975; había hipoteca hasta 1986; se hizo cargo de la hipoteca junto con ella hasta que se canceló; él dio más dinero para la entrada; él ganaba mucho más que ella; no puede pagar más de lo que paga; paga alquiler desde hace 25 años; es injusto que se encuentre en esta situación; no sabe si ha trabajado el hijo; ha pagado cada mes religiosamente; ahora le ha dicho que ha tenido algún trabajo esporádico; no se le ha comunicado nada; llega un momento que no puede más; se ven esporádicamente; la última vez hace quince días; que no quería salir perjudicado del juicio; su propuesta es poner la vivienda un tercio a favor de él para que dé la entrada de un piso e independizarse; él también necesita lo que le toque del piso para dar una entrada de un piso; y se continuó la vista el 18-2-04 (f. 74 y ss. y DVD); en la misma el hijo declaró (min. 1 y ss. DVD) que tenía 28 años, que no trabajaba, que hace tiempo sí; muy poco; esporádicamente; le duraban uno o dos meses como mucho; ha hecho de carnicero, limpiando, y ya está; cuando trabajaba ganaba entre 80.000 y 100.000 pts. al mes; está buscando empleo; compró un Peugeot 205 Rallye en 1999 -en realidad le regaló su abuela un Fiesta y lo cambió por éste- y lo vendió hace poco por 100.000 pts.; le han pagado también el carnet de conducir; antes del verano trabajó un mes en una carnicería; no se encuentra bien de la cabeza, no está siendo tratado pero deberá ir al médico porque últimamente tiene muchos problemas; no quiere tomar nada; se pasa el día haciendo deporte, corre; peleaba antes en full-contact; no está federado; no se lleva bien con sus padres; no ha ido a ninguna ETT a buscar trabajo;

TERCERO.- La sentencia de instancia, de fecha 30-3-04 (f. 111 y ss.) estima íntegramente la demanda y deja sin efecto la atribución del uso de la vivienda conyugal a favor de madre e hijo y suprime la pensión del hijo mayor de edad.

Debe compartirse la argumentación de la sentencia de instancia en cuanto a que el hijo común de los litigantes no está en situación de dependencia económica real de sus progenitores, por cuanto consta que ingresó en el mercado laboral habiendo abandonado sus estudios, situación que a fecha de hoy, que cuenta ya 29 años, debe tenerse por consolidada, aunque no haya permanecido mucho tiempo en los varios empleos que ha tenido, en los que ganaba, según propia declaración entre 80.000 y 100.000 pts., y aunque en el presente se halle en paro.

Situación de paro más estructural que coyuntural en quien no adoleciendo de ninguna enfermedad ni incapacidad, y disfrutando

de vehículo propio, reconoce que no quiere estudiar y respecto del cual no hay prueba de que esté buscando mejorar su situación.

Situación que es común también a la demandada, cuyo último empleo duradero terminó en 1991, de forma que no le cabe duda al Juzgado de instancia ni a esta Sala que en la unidad familiar considerada no ha habido voluntad laboral ni de superar la dependencia económica respecto del hoy demandante después de 20 años de ruptura.

No existiendo dependencia económica real del hijo en cuya consideración se otorgó en su día el uso de la vivienda a éste y al entonces progenitor custodio, cesa la causa que lo motivó (art. 83, 2 a) del C. de F. y debe dejarse sin efecto el uso.

CUARTO.- La íntegra confirmación de la sentencia de instancia impone las costas de la alzada a la recurrente (arts. 398 y 394 de la L.E.C.)

FALLAMOS

Se desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada (representada por el Procurador Sr. de Manuel Tomàs) contra la sentencia dictada en autos de modificación de efectos de divorcio núm. 946/03 (Rollo núm. 552/04) por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona, que se confirma plenamente con imposición de costas de la alzada a la recurrente.

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.-

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.