

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 29 Sep. 2009, rec. 1040/2008

Ponente: Vigo Morancho, Agustín.
Nº de Sentencia: 615/2009
Nº de RECURSO: 1040/2008
Jurisdicción: CIVIL

PROCESO MATRIMONIAL. Solicitud de separación matrimonial, pese a concurrir los requisitos del divorcio. Únicamente procede acordar el divorcio si las partes lo instan, no pudiendo entenderse dicha solicitud de la expresión empleada por el esposo referida a la "contestación a la demanda de divorcio". ALIMENTOS. Criterio de la proporcionalidad, en el que deben tenerse en cuenta las necesidades del alimentista y los medios o recursos del alimentante, concediéndose incluso la posibilidad que los Jueces puedan aplicar la equidad moderando el importe de las pensiones alimenticias. Situación de inestabilidad laboral del obligado al pago y atención a los gastos que éste debe afrontar como consecuencia de la separación, que determinan la reducción de la pensión acordada en la instancia, ante la imposibilidad material de que el padre pague una pensión superior. PENSIÓN COMPENSATORIA. Naturaleza y finalidad. Requisitos. Inexistencia de desproporción económica entre los cónyuges, pues cuando se interpuso la demanda el esposo estaba en situación de desempleo y la esposa venía trabajando y percibía ingresos en cuantía similar a la de su cónyuge. DIVISIÓN DE COSA COMÚN. Aplicación del Derecho de Familia catalán. Materia en la que rige el principio dispositivo, por lo que las partes deben instar la "actio communi dividundo" dentro del proceso matrimonial.

Disposiciones aplicadas

TEXTO

En la ciudad de Barcelona, a veintinueve de septiembre de dos mil nueve

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSEGUNDA

ROLLO Nº 1040/2008-R

SEPARACIÓN CONTENCIOSA Nº 642/2005

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE CERDANYOLA DEL VALLÉS

[SENTENCIA Nº 615/09](#)

Ilmos. Sres.

D. JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN

D. PAULINO RICO RAJO

D. AGUSTÍN VIGO MORANCHO

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosegunda de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Separación Contenciosa nº 642/2005, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cerdanyola del Vallés, a instancia de D. Carlos

Jesús representado por la Procuradora D^a. M^a. Dolors Ribas Mercader y dirigido por la Letrada D^a. Silvia Cuatrecases contra D^a. Elisabeth representada por la Procuradora D^a. Francesca Bordell Sarro y dirigida por la Letrada D^a. Alicia Barreira López; 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 3 de Diciembre de 2007, por la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda de divorcio y declaro disuelto el matrimonio formado por Carlos Jesús y Elisabeth , acordándose las siguientes medidas: a) Atribuir la guarda y custodia de los menores, Agustín Y Josefa , a su madre, Elisabeth , quedando la patria potestad compartida entre ambos progenitores.- b) Atribuir el uso del domicilio familiar y del ajuar doméstico, a Elisabeth , y los hijos menores.- c) Fijar una pensión por alimentos a favor de Agustín Y Josefa , y cargo de Carlos Jesús en la cantidad de 400 euros en concepto de pensión de alimentos, 200 euros por cada uno de los menores, cantidad que se actualizará anualmente cada año, en la cuantía equivalente que experimente el IPC de Catalunya publicados por el INE u organimos que los sustituya, y que deben abonadas entre los días 1 a 5 de cada mes.- Asimismo Don. Carlos Jesús deberá abonar la mitad de los gastos médicos de los menores que no cubra la Seguridad Social o Mutua Sanitaria que pudiera tener concertada, así como la mitad de las actividades extraescolares que sen decididas de común acuerdo entre ambos progenitores.- Fijar a favor de Carlos Jesús un régimen de estancia y comunicación con sus hijos Josefa y Agustín consistente en: Los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o actividad extraescolar que realicen los menroes, hasta el domingo a las 20 horas, debiendo retornarlos al domicilio materno.- Las vacaciones de navidad se dividirán en dos períodos: desde el día siguiente del inicio de las vacaciones escolares a las 10 horas, hasta el 31 de diciembre a las 17 horas, y un segundo período que comprenderá desde el 31 de diciembre a las 17 horas hasta el día anterior al inicio de las clases escolares. Corresponderá la elección del primer o segundo período a la madre en los años pares, y al padre los años impares. Los menores deberán ser recogidos y entregados en el domicilio materno.- Las vacaciones de semana santa se dividirán en dos períodos: desde el día siguiente del inicio de las vacaciones escolares a las 10 horas, hasta el miercoles santo a las 17 horas, y un segundo período que comprenderá desde las 17 horas del miércoles santo hasta las 17 horas del lunes de pascua. Corresponderá la elección del primer o segundo período a la madre en los años pares y al padre los años impares. Los menores deberán ser recogidos y entregados en el domicilio materno.- Las vacaciones de verano se dividirán en dos períodos: el primero desde las 10 horas del 1 de julio hasta el 31 de julio a las 17 horas, y el segundo desde las 10 horas del 1 de agosto hasta las 17 horas del 31 de agosto. Corresponderá la elección del primer o segundo período a la madre en Iso años pares, y al padre los años impares. Los menores deberán ser recogidos y entregados en el domicilio materno.- e) En relación a la contribución a las cargas del matrimonio, el Sr. Carlos Jesús deberá abonar mensualmente la mitad de la cuota hipotecaria que grave el domicilio familiar, así como la mitad de los gastos derivados de la propiedad tales como la IBI, las cuotas de comunidad o cualesquiera otros derivados de la titularidad de la misma.- f) No procede fijar pensión compensatoria a favor de Doña Elisabeth , ni cantidad alguna en concepto de litis expensas.- No hago especial imposición de costas, desestimándose cualesquiera otros pedimentos de las partes".

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

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día SIETE DE JULIO DE DOS MIL NUEVE.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. AGUSTÍN VIGO MORANCHO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente procesos se interpuso recurso de apelación por el actor D. Carlos Jesús y se formuló impugnación de la Sentencia por la demandada Doña Elisabeth . El recurso de apelación del actor se funda en los siguientes motivos: 1) Pide la reducción de la pensión de alimentos, a favor de los hijos, debido a que desde el año 2005 se encuentra en una situación de endeudamiento que le hace imposible cumplir la pensión de alimentos de 400 (200 Euros para cada hijo), solicitando su reducción a la cantidad de 300 Euros; y 2) Solicita que se proceda a la división de la vivienda familiar, ya que no tiene interés en que se mantenga la situación de condominio. Por su parte, la demandada basa su recurso en tres motivos: 1) La improcedencia de que se acordara el divorcio, ya que el actor en su demanda y la demandada en la contestación y en la demanda acumulada únicamente pidieron la separación matrimonial. 2) Solicita el aumento de la pensión de alimentos a la cantidad de 350 Euros para cada hijo; y 3) Se conceda una pensión compensatoria, a favor de la demandada, por importe de 500 Euros.

En primer lugar, examinaremos el primer motivo de la impugnación, ya que se refiere al estado civil de las personas y concretamente a la petición de que se deje sin efecto el pronunciamiento de divorcio y se acuerde la separación matrimonial. Al respecto debe indicarse que certeramente ni el actor en su demanda, ni la demandada en la contestación y la demanda acumulada pidieron el divorcio, sino que ambos solicitaron la separación matrimonial.

Es cierto que concurren los requisitos del divorcio, pero únicamente procede éste si las partes lo instan, lo que no ha ocurrido en el presente caso, ya que ambos litigantes únicamente solicitaron la separación, pues si bien el actor indica que al contestar a la demanda acumulada empleó la locución "contestación a la demanda de divorcio", lo cierto es que en el suplico sigue pidiendo "la separación judicial de ambos cónyuges". Atendiendo a esta circunstancia debe estimarse el primer motivo de la impugnación, formulada por la demandada, y dejar sin efecto el pronunciamiento de divorcio contenido en la Sentencia apelada, acordando la separación de los cónyuges, al concurrir los presupuestos del artículo 81-1 del Código Civil , ya que lo solicitaron ambos cónyuges y han transcurrido más de tres años de su celebración, pues se contrajo en fecha de 16 de junio de 1991.

SEGUNDO. - En segundo lugar examinaremos el primer motivo del recurso de apelación del actor y el segundo motivo de la impugnación de la demandada, ya que ambos se refieren a la pensión de alimentos a favor de los hijos Agustín , nacido el 16 de junio de 1994 y Josefa , nacida el 20 de diciembre de 1999.

En materia de pensiones alimenticias rige el principio de proporcionalidad en la fijación de las pensiones alimenticias establecido por el vigente artículo 267 del Código de Familia - aplicable en este proceso -, que en esta materia está acorde con lo establecido en el Código Civil, donde se distinguen los alimentos debidos como deber de quienes ostentan la patria potestad (art. 154-1º del Código Civil), de la deuda alimenticia o alimentos entre parientes (arts. 142 a 153 del Código Civil), si bien tanto en un como en otro caso se aplicaba el principio de proporcionalidad establecido en los artículos 146 y 147 del Código Civil , pues "con carácter general la jurisprudencia viene declarando aplicable por analogía la regla de la equidad establecida en el artículo 146 del Código Civil para la cuantía de las cargas matrimoniales, y más concretamente de la pensión alimenticia, al señalar que se atenderá tanto al caudal del obligado como las necesidades del favorecido; apreciación que el órgano jurisdiccional habrá de efectuar atendiendo a las alegaciones de las partes y las pruebas aportadas, cuidando de no dejar desatendidas las exigencias impuestas por la solidaridad familiar que el legislador tutela, pero al propio tiempo evitando una protección desmedida con olvido de las propias necesidades del alimentante, determinadas por su propia situación (Sentencias del T.S. de 19 de Octubre y 12 de Diciembre de 1.981); correspondiendo la determinación de la cuantía de los alimentos al prudente arbitrio del Juez o Tribunal sentenciador (Sentencias del T.S. de 24 de Febrero de 1976 y 16 de Noviembre de 1978)".

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2003 , fundamento jurídico segundo, declaró: "En la determinación de este importe económico a cargo de los Tribunales rige el prudente arbitrio de éstos y su revisión casacional sólo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal (Sentencias de 16-11-1978, 30-10-1986, 5-10-1993 y 3-12-1996), o si se trata de resolución ilógica o aparezca evidente desproporción entre la suma establecida respecto a los

medios económicos del alimentante y necesidades reales del alimentista, tratándose de situación que no alcanza estado definitivo, ya que puede ser objeto de variación, conforme las previsiones del artículo 147 del Código Civil ". Esta doctrina dictada para los supuestos regulados por el Código Civil, es plenamente aplicable a los casos que caen bajo la órbita del Código de Familia, ya que su artículo 267 claramente recoge dicho principio de proporcionalidad, en el que deben tenerse en cuenta las necesidades del alimentista y los medios o recursos del alimentante, concediéndose incluso la posibilidad que los Jueces puedan aplicar la equidad moderando el importe de las pensiones alimenticias (artículo 267-2 del C.F .), lo cual está de acuerdo con el arbitrio judicial que en esta materia siempre se ha conferido a los Jueces y Tribunales a fin de que tengan en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. En el caso enjuiciado, el actor pide la reducción de la pensión de alimentos a la cuantía de 300 Euros (150 Euros para cada uno de los hijos), alegando que su situación económica es muy precaria y no puede hacer frente al pago de la suma de 400 Euros. Por su parte, la demandada impugnante pide que se aumente la pensión de alimentos a la cantidad de 350 Euros para cada uno de los hijos, ya que, aunque actualmente el actor ejerce otra profesión por la que obtiene menos ingresos, era Maitre de profesión y podía trabajar en el sector de la Hostelería, donde se precisan profesionales de su experiencia y categoría. Alega asimismo la demandada que ella se dedicó exclusivamente a la familia desde el matrimonio, renunciado a su carrera profesional, y que los menores precisan sustento, educación, gastos de carácter extraordinario, gastos farmacéuticos, asistencia médica, etc., lo que no se puede cubrir con la pensión de 400 Euros a favor de los dos hijos.

Respecto a estas alegaciones, debe indicarse que actualmente el actor, después de varios períodos de inestabilidad laboral, ya que estuvo en situación de desempleo en varias ocasiones trabaja para una empresa, percibiendo un sueldo de aproximadamente 1.000 a 1.200 Euros, aportando nóminas de la empresa MEDITTEMPUS ETT, SA correspondientes a los meses de septiembre de 2007 (1.137 Euros), octubre de 2007 (982 Euros), noviembre de 2007 (921 Euros) y diciembre de 2007 (1.420 Euros), si bien en fecha de 8 de febrero de 2008 suscribió un nuevo contrato de trabajo (pp. 467 - 471) con la empresa ALLBECON SPAIN ETT, SLU. En su declaración del IRPF del año 2003 tenía unos ingresos de 31.806,09 Euros y en el IRPF del 2004 unos rendimientos netos de 20.019,61 Euros. Por otro lado, paga la mitad de la hipoteca, que asciende a unos 125 Euros mensuales, el seguro de la vivienda, que asciende a 115 Euros, más el 50% del IBI y los gastos de la Comunidad de Propietarios, que ascienden a 95 Euros. Asimismo paga los suministros de agua (72 Euros bimensuales), Teléfono (unos 57 Euros), electricidad (67 Euros) y Gas (55 Euros).

En cuanto a los gastos de los menores, éstos oscilan entre 270 a 300 Euros. Por su parte, la demandada Doña Elisabeth reconoció en el acto de la vista en primera instancia que trabaja y percibe unos 600 Euros mensuales. Atendiendo, por lo tanto, a los datos económicos expuestos se considera que es adecuado reducir la pensión de alimentos de los hijos a la cantidad de 300 Euros para los dos (150 Euros para cada uno), dada la imposibilidad material de que el padre pague una pensión superior. En consecuencia, debe estimarse el primer motivo del recuso de apelación del actor y desestimar el segundo motivo de la impugnación de la demandada.

TERCERO.- En cuanto a la pensión compensatoria, en primer término debe indicarse que la legislación aplicable es la contenida en el Código de Familia, que entró en vigor el día 23 de octubre de 1998 . En dicho cuerpo legal la pensión compensatoria se regula en el art. 84 , que esencialmente, aunque no literalmente, coincide con la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, y se caracteriza por dos presupuestos fácticos, a saber: a) que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro; y b) que ello implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio y así la fijación de tal pensión, se ha de realizar en resolución judicial, teniendo en cuenta que no exceda el nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio, ni el que pueda mantener el cónyuge obligado al pago.

Asimismo, según el número 2 del citado artículo, deben considerarse: a) la situación económica resultante para cada uno de los cónyuges como consecuencia de la crisis matrimonial; b) la duración de la convivencia conyugal; c) la edad y salud de ambos

cónyuges; d) la compensación económica del artículo 41 , en su caso; y e) cualesquiera otras circunstancias, supuesto este último en el que se pueden incluir todas las circunstancias personales, familiares, económicas y sociales, que los Jueces o Tribunales estimen relevantes. En todo caso, debe adoptarse un criterio restrictivo en la concesión de dicha pensión compensatoria, ya que no es admisible el otorgamiento de la pensión compensatoria atendiendo a similitudes con otros preceptos, cuya interpretación desgajada del sistema en que se integran daría lugar a resultados contraproducentes, pues no se trata de una pensión alimenticia en favor de uno de los cónyuges, sino que constituye un caso de resarcimiento de un daño objetivo, basado en el desequilibrio económico como consecuencia y no causa de la separación o divorcio. Se trata de una pensión de carácter indemnizatorio, pero tasado; es renunciable; no es de carácter necesario, sino facultativo, y su concesión sólo tiene lugar a instancia del cónyuge que la pretende; tiene una finalidad compensatoria, de ahí el nombre por la que es conocida; es ajena a toda idea de culpabilidad y ofrece, más bien, los caracteres de una responsabilidad objetiva o por riesgo, estando, por último, atribuida la cuantía de la pensión a la discrecionalidad judicial sin tablas determinadas, dada la mutabilidad de circunstancias de cada matrimonio. En definitiva la llamada pensión compensatoria no constituye un efecto primigenio de la separación, nulidad o divorcio, a diferencia de las medidas adoptadas respecto a los hijos menores, guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos, sino un efecto secundario, eventual, en cuanto a su apreciación se da en unos casos y no en otros, según concurran o no en la concreta situación de los esposos los presupuestos de hecho previstos en la norma, dada la naturaleza jurídica privada, motivo por el que las partes pueden renunciar a ella. En el caso enjuiciado, la parte impugnante pide que se le conceda una pensión compensatoria, dado que se ha venido dedicando al cuidado de los hijos y renunció a su carrera cuando se casó. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la situación económica de los dos litigantes no es desproporcionada, pues el actor cuando se interpuso la demanda estaba en situación de desempleo, percibiendo 1.000 Euros, cantidad similar a la que percibió después en los respectivos trabajos que obtuvo, debiendo hacer frente a una serie de gastos por mitad con la demandada, más el importe de la pensión de alimentos, por lo que al final lo que les queda de sus respectivos ingresos a ambos cónyuges es muy parecido, razón por la que no se aprecian que concurran los presupuestos de la pensión compensatoria. En consecuencia, debe desestimarse esta pretensión y, por ende, el tercer motivo de la impugnación de la demandada.

CUARTO.- El actor apelante pide en tercer lugar que se proceda a la división del condominio del domicilio familiar sito en la Avenida DIRECCION000 , NUM000 , NUM001 , NUM002 de Cerdanyola del Vallès, proponiendo tres opciones: a) la adquisición de la mitad pro indivisa por parte de uno de los litigantes; b) enajenar el bien inmueble a un tercero y posteriormente distribuir los beneficios obtenidos de la venta; y c) que se proceda a subasta pública. Al respecto debe indicarse que efectivamente el Codi de Família, en su artículo 43 , introdujo como novedad la posibilidad de que en los procesos de separación, nulidad, divorcio y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o las decisiones eclesiásticas sobre matrimonio rato y no consumado, se pidiera la división de la cosa común. Sin embargo, se trata de una materia en la que rige el principio dispositivo, por lo que es menester que las partes insten la actio communi dividundo, lo que no ha acaecido en el presente pleito, ya que ninguna de las parte ha solicitado mediante demanda o reconvencción la división de la cosa común, máxime cuando el propio actor, tanto en su demanda, como en la contestación a la demanda acumulada, indica que no hay nada que deba liquidarse. En conclusión, al no haberse ejercitado la actio communi dividundo, conforme lo previsto en el artículo 43 del Codi de Família, debe desestimarse dicha pretensión y, por ende, el tercer motivo del recurso de apelación. Como consecuencia, de todo lo expuesto, deben estimarse parcialmente la impugnación y el recurso de apelación, interpuestos contra la Sentencia de 3 de diciembre de 2007, dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cerdanyola del Vallès , revocándose parcialmente la misma en el sentido de decretar la separación matrimonial, en lugar del divorcio, y reducir la pensión de alimentos, a favor de los menores, a la cantidad de 300 Euros para los dos, que se devengará desde la fecha de la presente Sentencia.

QUINTO.- La estimación parcial del recurso de apelación y de la impugnación implica que no deba efectuarse especial pronunciamiento respecto las costas de esta alzada causadas respectivamente por la apelación y la impugnación (artículos 398-2 y 394 - 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VISTOS los artículos 117 de la Constitución Española, 1, 2 y 9 de la L.O.P.J ., los artículos 76, 84 y 132 a 143 del Codi de Família, los citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE la impugnación efectuada por la parte demandada contra la Sentencia de 3 de diciembre de 2007, dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cerdanyola del Vallés, DEJANDO SIN EFECTO el pronunciamiento relativo al divorcio y acordando en su lugar la separación del matrimonio contraído por D. Carlos Jesús y Doña Elisabeth en la localidad de Montcada i Reixac, el día 16 de junio de 1991.

DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la referida y Sentencia y, por ende, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la misma en el sentido de reducir la pensión de alimentos, a favor de los hijos, en la cuantía de TRESCIENTOS EUROS (300 Euros) para ambos (150 Euros para cada hijo), reducción que producirá su efecto desde la fecha de la presente sentencia y se incrementará anualmente, según la variación del IPC, que publique el INE.

SE CONFIRMAN los demás pronunciamientos de la Sentencia apelada.

No se efectúa especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en esta alzada.

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.