

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 7 Abr. 2004, rec. 834/2003

Ponente: Jiménez de Parga Gastón, Juan Miguel.

Nº de Sentencia: 224/2004

Nº de Recurso: 834/2003

Jurisdicción: CIVIL

MATRIMONIO. Disposiciones comunes a la nulidad, la separación y el divorcio. Efectos de la nulidad, la separación y el divorcio. Convenio regulador.

Normativa aplicada

TEXTO

En la ciudad de Barcelona, a siete de abril de dos mil cuatro

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCION Duodécima

ROLLO Nº 834/2003 - B

DIVORCIO CONTENCIOSO (ART. 770-773 LEC NÚM. 29/2001

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 6 CERDANYOLA DEL VALLÉS

SENTENCIA N.º 224/04

Ilmos. Sres.

D. JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON

D. ANTONIO LOPEZ CARRASCO MORALES

D. JOSE LUIS VALDIVIESO POLAINO

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso (art. 770-773 Lec, número 29/2001 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 6 Cerdanyola del Vallés, a instancia de D/Dª. Juan Pedro , contra D/Dª. Flora; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 27 de enero de 2003, por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que ESTIMANDO la demanda presentada por DON Juan Pedro , representado por la Procuradora DOÑA ANA ISABEL BAREA

CANCHO, contra DOÑA Flora , representado por la Procuradora DOÑA ANA ALBALATE DALMASES, debo declarar y declaro la disolución de su matrimonio por causa de divorcio sin hacer expresa condena en costas de ninguno de ellos, con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento así como: - Atribuir la guarda y custodia del hijo menor Rodolfo , al padre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. - Atribuir en el uso y disfrute del domicilio conyugal al padre Don Juan Pedro , y a su hijo Rodolfo y Augusto en el domicilio conyugal sito en la CALLE000 , número NUM000 , NUM001 - NUM002 de Cerdanyola del Vallés, pudiendo retirar los enseres personales la Sra. Flora . - Respecto al hijo mayor de edad Augusto nada que establecer en cuanto a la guarda y custodia y alimentos ni régimen de visitas, pudiendo comunicarse con sus progenitores cuando estimen necesario. Sin embargo para el hijo Rodolfo se establece el siguiente régimen de visitas: fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta las 21.00 horas del domingo. Mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano por años alternos, estableciéndose que la Sra. Flora elegirá el periodo de disfrute en los años pares y el Sr. Juan Pedro en los impares. En cuanto a las vacaciones de Navidad se entienden divididas en dos periodos, el primero comprende desde el 29 de Diciembre y el segundo desde el 30 de Diciembre hasta el día de Reyes.- Y la obligación de la Sra. Flora de satisfacer una pensión alimenticia para su hijo menor Rodolfo por importe de 20.000 pesetas (120,20 euros) mensuales, pagaderas por mensualidades avanzadas en la cuenta bancaria que designe el Sr. Juan Pedro al efecto y siendo la actualización anual de dicha pensión con adecuación de las variaciones que pueda experimentar el IPC, fijado por el INE y organismo que lo sustituya. No ha lugar a la solicitud de pensión compensatoria .".

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

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 17 de marzo de 2004.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/Dª. JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, en cuanto no sean modificados por los contenidos en la presente resolución, y;

PRIMERO.- La atribución de la guarda y custodia de hijo del matrimonio, Rodolfo , de casi catorce años de edad, en favor de su progenitor, con ejercicio compartido de la patria potestad entre ambos padres, está plenamente justificada en las actuaciones. Así se desprende de su exploración judicial que, no desea convivir con el compañero de su madre, que tiene aspecto de drogadicto y que de seguir tal relación prefiere estar con su padre, si bien comunicarse con su madre.

Además de tal circunstancia se ha tenido en cuenta por la Juzgadora "a quo" que, desde diciembre de 2001, el menor, después de pasar un fin de semana con su padre, no volvió al domicilio familiar, deseando quedarse con un hermano Augusto , ya mayor de edad, en la vivienda de la abuela paterna, sin que la madre lo haya tenido desde entonces bajo la custodia que le había sido concedida en el proceso de separación matrimonial.

Procede en consecuencia, por el deseo del menor y por tutelar sus propios intereses, la confirmación del pronunciamiento de la atribución de la guarda y custodia al padre, tal como ha determinado la sentencia en este aspecto apelada por la progenitora. Ratificándose, asimismo, el régimen de visitas, comunicación y compañía establecido en tal sentencia, para regular las relaciones del menor con su madre.

SEGUNDO.- En cuanto a la utilización de la vivienda, otrora conyugal, de propiedad compartida entre las partes, se ha de tener en cuenta que el actor D. Juan Pedro , no habita en el domicilio conyugal, sino que lo hace en otra vivienda junto a su actual pareja y los dos hijos de esta.

Por su parte la demandada ha manifestado en la confesión judicial que se ha planteado la opción de vender el que fue domicilio familiar, de propiedad compartida.

Dada la concurrencia de tales antecedentes fácticos, la no necesidad del padre e hijos de ocupar la vivienda conyugal y la no concurrencia de interés más necesitado de protección en favor de la actora, procede, tras el examen del artículo 83 del Código de Familia de Catalunya, no efectuar especial declaración sobre la utilización de la vivienda familiar, en favor de una u otra de las partes, quedando pues expeditos sus derechos dominicales en relación a la misma, con la consecuencia de poder instar la división de la propiedad compartida.

TERCERO.- La cuantía de la prestación alimenticia, en favor del menor Rodolfo , y a cargo de la progenitora no custodia, debe aumentarse hasta la suma de 180 euros mensuales, tal como se solicita por la parte accionante en su recurso de apelación y el Ministerio fiscal en la impugnación de la sentencia, con ello se adecua la prestación alimenticia a las necesidades mínimas vitales del menor, y al caudal o medios económicos de la obligada, tal como refiere el artículo 267 del Código de Familia de Catalunya, teniendo en cuenta que la demandada tiene capacidad económica para afrontar tal prestación alimenticia de 180 euros mensuales, al constar ser perceptora de ingresos como trabajadora del Centro Residencial Augusta, con la categoría de gerocultora, por importe comprendido entre 137.443 y 160.714 pesetas, mensuales con su actual equivalencia en euros.

CUARTO.- La fecha de efectos de la pensión de alimentos en favor del hijo del matrimonio Rodolfo , a cargo de su madre, será la del dictado de la sentencia de primera instancia que ostenta carácter constitutivo, y que altera y deja sin efecto la regulación anterior de la crisis matrimonial, contenida en el Convenio Regulador de la separación matrimonial, que firmado por las partes y ratificado ante la presencia judicial, fue aprobado por la sentencia de separación, cuyos efectos regían en el tiempo hasta su sustitución por las medidas y efectos establecidos en la sentencia definitiva de divorcio.

QUINTO.- La solicitud, cursada por la parte accionante ex novo en la formulación escrita de su recurso de apelación, referida a que se determine expresamente la contribución de cada parte a la satisfacción del 50% de las cuotas periódicas de la comunidad de propietarios y el IBI, todo ello afectante a la vivienda familiar, en régimen de condominio, debe de ser desatendida, al no haberse deducido tal pretensión en la fase expositiva del proceso originario.

Además de tal esencial consideración, resulta innecesario que se declare tal pronunciamiento, dado que no establecida una especial atribución del uso de la vivienda, otrora conyugal, la satisfacción de todo dispendio derivado del condominio sobre tal bien inmueble, habrá de estar sometido a las reglas de la Comunidad de Bienes de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sin necesidad de expresa declaración judicial.

SEXTO.- Dada la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, en lo relativo al incremento de la pensión alimenticia del menor, y la obtención de amparo o tutela jurisdiccional del recurso de apelación deducido por la demandada, siquiera parcialmente, ante la dejación sin efecto del pronunciamiento de la sentencia referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, no es de hacer especial declaración de condena de las costas procesales causadas por cada uno de dichos medios impugnatorios, examinados y observados como han sido los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

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

FALLAMOS

Que, ESTIMANDO en parte el recurso de apelación formulado por la Procuradora D^a ANABEL BAREA CANCHO, en nombre y representación de D. Juan Pedro , y también en forma parcial el deducido por la Procuradora D^a ANNA ALBALATE DALMASES, en nombre y representación de D^a Flora , y de manera plena la impugnación interpuesta por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Cerdanyola del Vallés, en fecha 27 de enero de 2003, en autos de divorcio,

número 29/2001, debemos de REVOCAR Y REVOCAMOS en parte la sentencia apelada, en el sentido de no hacer especial declaración de utilización de la vivienda familiar, y de aumentar la cuantía de la prestación alimenticia en favor de Rodolfo , y a cargo de la madre, hasta la cuantía de 180 euros mensuales, pagaderos y actualizables en la forma determinada en la resolución recurrida, cuyos demás pronunciamientos confirmamos, sin hacer especial declaración de condena de las costas procesales de la presente alzada procedimental.

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.

PUBLICACION.-

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.