



Roj: **SAP T 737/2017 - ECLI: ES:APT:2017:737**

Id Cendoj: **43148370012017100185**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2017**

Nº de Recurso: **732/2016**

Nº de Resolución: **262/2017**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **INMACULADA PERDIGONES SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

TARRAGONA

SECCION PRIMERA

ROLLO NUM. 732/2016

DIVORCIO NUM. 1319/2015

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 5 DIRECCION000

S E N T E N C I A NUM. 262/17

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D. Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

D^a M^a Pilar Aguilar Vallino

D^a Inmaculada Perdignes Sánchez

En Tarragona a 11 de julio de 2017.

Visto ante la Sección 1^a de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Angel representado por el Procurador D. Ricard Simó y defendido por el Letrado D. Alberto Venegas frente a la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia nº 5 de DIRECCION000 en fecha 26/05/2016 en el procedimiento de divorcio 1319/2015 constando como parte actora Dña. Zulima , representada por la Procuradora Dña. Gemma Buñuel Gual y defendida por el Letrado D. Antonio Mora Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia recurrida contiene el siguiente fallo: "Que estimo parcialmente la demanda presentada a instancia de doña Zulima contra don Luis Angel , declarando la disolución por divorcio del matrimonio formado por ambos con todos los efectos que legalmente se derivan de tal declaración, atribuyéndose el uso y disfrute de la vivienda familiar y ajuar doméstico a doña Zulima , estableciéndose como pensión de alimentos que deberá de abonar don Luis Angel a favor de su hijo Benito , la cantidad de doscientos euros mensuales que deberán abonarse dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre y se actualizará anualmente conforme al IPC, y estableciéndose una pensión compensatoria que deberá de abonar don Luis Angel a favor de a favor de doña Zulima , la cantidad de ciento cincuenta euros mensuales, en doce mensualidades anuales, siendo revisada esta cantidad, según el Índice de Precios al consumo, anualmente.



No se hace especial condena en costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación se dio traslado a la parte apelada para alegaciones, en cuyo trámite solicitó la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia.

TERCERO .- Remitidas las actuaciones a esta Audiencia, se incoó el Rollo arriba reseñado, habiéndose procedido a deliberación y votación por este Tribunal el día señalado, con el resultado que se expresa.

VISTO, siendo Ponente a Ilma. Sra. Dña. Inmaculada Perdignes Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Objeto del recurso* .- La sentencia dictada en primera instancia atribuye el uso de la vivienda a Dña. Zulima por entender que es la más necesitada de protección, establece una pensión de alimentos frente a D. Luis Angel a favor del hijo mayor de edad Benito y fija una pensión compensatoria sin límite temporal a favor de Dña. Zulima por importe de 150 euros mensuales.

El apelante interesa que le sea atribuida la vivienda que fuera familiar por ser él la parte más necesitada de protección, que dado que el hijo vive con él se fije a la madre una pensión de alimentos de 180 euros debiendo los gastos extraordinarios ser sufragados por mitad y por último la improcedencia de la pensión compensatoria fijada indicando de forma subsidiaria que se tuvieran en cuenta las nuevas circunstancias concurrentes y que se fijara a la misma un límite temporal

SEGUNDO.- *Atribución de la vivienda familiar* .- Téngase presente que para la atribución del uso del domicilio familiar, la normativa del CCCat, ha flexibilizado su régimen legal y han de considerarse las necesidades, en cada supuesto concreto, señalando que si bien se ha de partir -dice la Exposición de Motivos- de su atribución a quien corresponda la custodia de los hijos menores de edad (cuando los haya), se han de valorar las circunstancias litigiosas, pudiéndose incluso realizar dicha atribución a quien no tenga la custodia de los hijos si es que resulta ser el más necesitado y el otro tiene medios suficientes. Ya el artículo 233-20-3º regula la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección en los siguientes casos: a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores. b) Si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad. c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

En el presente caso Dña. Zulima no trabaja ni lo hizo durante el matrimonio (hecho no controvertido), y tiene reconocida una discapacidad de un 42% (documento nº 5 de la demanda), al estar afecta de problemas de epilepsia de trastornos de ansiedad. Por su parte, D. Luis Angel trabaja habitualmente obteniendo ingresos y no existe condición que limite su capacidad para desarrollar plenamente su profesión. Por otro lado desde que Dña. Zulima abandonó el domicilio familiar D. Luis Angel se ha encargado de atender todas las necesidades de los hijos ya que ambos continuaron viviendo con él en el que fuera el domicilio familiar, lo que supone necesariamente la obtención de ingresos, añadiendo como un indicio más el hecho que el mismo, según expuso tenía tres vehículos en propiedad y sin que se hayan podido acreditar ingresos reales, extremo que le competía a D. Luis Angel ex art. 217 de la LEC, por lo que es evidente que percibía ingresos suficiente para el sustento propio y de sus dos hijos. En atención a las circunstancias expuestas y aunque ninguno de los hijos convivan con la Sra. Zulima, dado el diferente estatus existente entre ambas partes, se considera adecuado que la vivienda familiar sea a tribuida a Dña. Zulima quien además es la legítima propietaria de la misma.

TERCERO.- *Pensión de alimentos a favor del hijo mayor Benito* .- El art. 233-4, 1 CCC establece que la autoridad judicial a instancia del cónyuge con el que los hijos convivan puede acordar alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados teniendo en cuenta lo que establece el art. 237-1 y que estos alimentos se mantengan hasta que los hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos. Una de las condiciones necesarias para fijar alimentos en un proceso matrimonial o de pareja estable (art. 234-6,4 CCC) a favor de los hijos mayores de edad es que el hijo viva con el progenitor que reclama los alimentos. Es por ello que el cese de la convivencia del hijo/a en el domicilio del progenitor a cuyo favor se ha fijado la pensión en la sentencia de ruptura matrimonial o de pareja estable produce la extinción de la referida pensión al no concurrir una de las circunstancias que legitima al progenitor a reclamar alimentos a favor del hijo mayor de edad.

La parte actora solicitó una pensión a favor del hijo mayor de edad a pesar de que el mismo convivía con su padre y según lo expuesto supondría que la misma carecería de legitimación activa para formular dicha petición. Las partes están de acuerdo en que es necesario fijar una pensión alimenticia a favor de Benito, no obstante la sentencia de instancia partiendo de la premisa de que el joven pasaría a residir con su madre fijó una pensión de alimentos frente al progenitor. Según se expuso por el apelante y no fue desmentido por la parte contraria, Benito continúa viviendo con su padre en una vivienda de alquiler ya que después de la



sentencia Dña. Zulima cambió la cerradura y tuvieron que abandonar la vivienda. Así las cosas, es evidente que la progenitora no puede cobrar una pensión de alimentos cuando el hijo-beneficiario de la misma convive con su padre que es el que se encarga de cubrir sus gastos, sin incurrir en un claro enriquecimiento injusto.

Así pues, conviviendo Benito con su padre, la pensión debería ser abonada por la progenitora y dado que la misma carece de recursos y dadas las dificultades existentes según se expondrá después, para acceder al mundo laboral no se fija pensión alimenticia alguna a cargo de la progenitora salvo que cambien sus circunstancias económicas por cualquier motivo.

CUARTO .- *Pensión compensatoria* .- Conforme al art. 233-14 del Código Civil catalán se tiene derecho a tal prestación siempre que la situación económica de uno de los cónyuges, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada que la del otro; dicha prestación compensatoria no excederá el nivel de vida del que se disfrutaba durante el matrimonio, ni el que pueda mantener el cónyuge obligado al pago teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. Para fijar su cuantía y duración la autoridad judicial debe tener en cuenta especialmente (art.233-15), la posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial; la realización de las tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha menguando la capacidad de uno de los cónyuges de obtener ingresos; las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la manera como se atribuye la guarda de los hijos comunes; la duración de la convivencia y los nuevos gastos familiares del deudor, si procede. La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (por todas, sentencias 8/2006 , 17/2008 y 8/2010) nos decía que con la pensión compensatoria se prolonga la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, con la finalidad de reequilibrar en la forma más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la separación o el divorcio en relación con aquella que mantenía constante matrimonio, si bien con una vocación inequívoca de caducidad.

En el caso de autos, si bien es cierto que Dña. Zulima tiene en propiedad dos viviendas, no es controvertido que respecto a las mismas constas sendos procedimientos de ejecución hipotecaria por el impago de la cuotas, extremo que impide su cómputo como activo. También tenía en propiedad un local pero éste se enajenó percibiendo según consta en la sentencia unos ingresos de 17.000 euros que dada la situación de desempleo no puede considerarse de especial relevancia. El matrimonio tuvo una duración de 27 años y no es controvertido que durante ese tiempo los únicos ingresos provenían de D. Luis Angel al ocuparse Dña. Zulima de forma exclusiva al cuidado de la familia, dicha circunstancia y en atención a la situación económica que se encuentra después de la ruptura, con importantes dificultades para acceder al mundo laboral tratándose de una mujer de 50 años y con problemas de salud y sin una cualificación profesional acreditada se considera justificado fijar la pensión compensatoria sin limitación temporal alguna, es decir, con carácter indefinido, y en la cuantía fijada en la sentencia de instancia de 150 euros y en sus mismos términos.

QUINTO .- *Costas* .- El art. 398 de la LEC dispone que: "1. Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394. 2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes". No se hace expresa imposición de costas.

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

FALLO

El Tribunal decide:

ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Angel , representado por el Procurador D. Ricard Simó contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia nº 5 de DIRECCION000 en fecha 26/05/2016 que se confirma en todos sus extremos salvo en el siguiente: se deja sin efecto la pensión de alimentos a favor de Benito a cargo del progenitor por importe de 200 euros mensuales. No se hace expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.