



Roj: **SAP AL 2/2007 - ECLI: ES:APAL:2007:2**

Id Cendoj: **04013370012007100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **1**

Fecha: **19/03/2007**

Nº de Recurso: **387/2005**

Nº de Resolución: **59/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GEMA MARIA SOLAR BELTRAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA nº 59/07**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. BENITO GALVEZ ACOSTA

MAGISTRADOS

D. RAFAEL GARCIA LARAÑA

D<sup>a</sup> GEMA MARIA SOLAR BELTRAN

En la ciudad de Almería, a 19 de marzo de 2007.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, Rollo nº 387/05 los autos procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Almería, seguidos con el nº 442/05 sobre Divorcio Contencioso.

De una como Apelado D<sup>a</sup>. Trinidad y de otra como demandante D. Pedro Jesús , representado por la Procuradora Sra. Sánchez Reche y defendido por la letrada Sra. Bonilla Moreno.

En el procedimiento ha intervenido el Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Almería en los referidos autos se dictó sentencia con fecha 14 de julio de 2005, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Abad Castillo en nombre y representación de D<sup>a</sup> Trinidad contra D. Pedro Jesús , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Sánchez Reche, debo declarar y declaro el divorcio de los expresados con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, acordando el mantenimiento de las medidas acordadas en sentencia de separación dictada en el procedimiento seguido en este Juzgado bajo el nº 393/2000 con fecha 5 de marzo de 2.001 con la siguiente modificación: -la pensión de alimentos con la que el padre deberá contribuir en concepto de pensión de alimentos se fija en la suma de DOSCIENTOS EUROS (200 euros), mensuales, incluso durante el mes que el menor se encuentre en compañía de su padre, que serán abonados en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe la madre, debiendo actualizarse anualmente conforme a las variaciones del IPC. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas."

TERCERO.- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de la parte demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, y por la parte apelada se formuló



escrito de oposición al recurso de apelación. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala se incoó el correspondiente Rollo señalándose para votación y fallo el día 29 de enero de 2007 .

CUARTO.- En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada Doña GEMA MARIA SOLAR BELTRAN.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia que declara el divorcio del matrimonio de los litigantes y establece las correspondientes medidas complementarias se alza la parte demandada pretendiendo se establezca la pensión de alimentos a favor del hijo menor en el modo y la cuantía, respectivamente, fijados en el suplico de su escrito de recurso, así como que se acuerde respecto del domicilio familiar donde vive el menor en compañía de la madre también en el modo expresado en su contestación a la demanda y en el recurso.

El Ministerio Fiscal, actuando en interés del menor, ha petitionado en el escrito de oposición a la apelación, la íntegra ratificación de todas las medidas impugnadas.

SEGUNDO.- Respecto al motivo relativo al domicilio familiar donde vive el menor en compañía de la madre debe partirse de las siguientes premisas, actora y demandado pusieron fin a su convivencia matrimonial mediante Sentencia de separación dictada el 5 de Marzo de 2001 , estableciendo, entre otros extremos, que la esposa continuaría junto con el hijo del matrimonio en el que fuese domicilio conyugal, sito en la CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 NUM002 , de Almería, ello sin perjuicio de la titularidad conjunta de dicha vivienda por ambos padres y de que el préstamo hipotecario que la grava sea satisfecho al 50% por cada uno de ellos. En la actualidad el menor tiene dieciséis años y convive con su madre en dicho domicilio; y el actor, alegando que doña María Antonieta vive maritalmente con otro hombre y posee recursos económicos suficientes, solicita la modificación de las medidas concernientes al uso del piso en los términos expuestos en su contestación a la demanda, primero, y reiterados en su escrito de recurso, después.

No puede ocultarse que el pacto por el que se atribuyó a la esposa y al hijo que en su compañía quedaba el uso y disfrute del que hasta entonces había sido hogar familiar venía directamente condicionado tanto por el hecho de que tal atribución resultaba más favorable al citado hijo, como por la propia situación personal de los cónyuges al tiempo de su separación; esto es, que con el establecimiento de la medida quiso darse la respuesta más adecuada al conflicto surgido de la ruptura matrimonial, sin atender a otros elementos de convicción que los que la realidad familiar ofrecía: a) unos esposos separados, b) un hijo de su matrimonio, y c) un piso-vivienda común- ganancial.

Ahora bien, si la evolución de los acontecimientos ha venido a trastocar semejante estado de cosas, introduciendo en escena a una tercera persona, D. Carlos María , con quien Doña Trinidad ha iniciado una relación sentimental estable, hasta el punto de hacer con él vida marital en el mencionado piso, como la propia demandada reconoce en confesión en el acto de Juicio, resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso del tan reiterado piso (art. 91, último inciso, del Código Civil ), ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyo el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Y es que, en definitiva, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando.

Lo dicho, como se ve, ni afecta a la medida relativa a la custodia del hijo menor del matrimonio, que no hay razón para modificar, ni implica tampoco la atribución al marido de la vivienda debatida, para lo cual no habría ninguna razón válida, sino que significa, sin más, que el interesado podrá instar en cualquier momento la liquidación del inmueble común que constituyo el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o conviniendo la adjudicación a uno de los cotitulares, con la correspondiente compensación a favor del otro. Esto conjuga perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho. Demos además añadir que la sustancial mejora de la situación económica de la madre desde la separación hasta el momento presente, perfectamente acreditada en autos, le hace capaz de hacer frente a la adquisición de otra vivienda o de la mitad de la que tiene junto con el recurrente, si a este acuerdo llegan.



Cuanto precede determina la estimación del recurso en este extremo, decretándose, por ende, la extinción de la atribución del uso de la vivienda ganancial a favor de la esposa e hijo, pudiendo las partes, desde ahora, proceder a la venta de la misma o su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente.

TERCERO.- Respecto al motivo relativo a la cuantía de la pensión que, en concepto de alimentos, se fija a favor del hijo común del matrimonio y a cargo del padre, que la Sentencia de separación la estableció en cuantía de 30.000 pesetas mensuales, y ahora la madre pide un incremento de la misma, solicitando 300 euros mensuales y el padre que se reduzca a 120 euros mensuales, cada uno en base a los hechos y razonamientos expuestos en sus correspondientes escritos, y que la Sentencia finalmente fijo en 200 euros mensuales.

Entrando en el fondo del mismo y en la cuestionada valoración de la prueba efectuada por el Juez a quo, planteada así la problemática litigiosa en esta alzada, el Tribunal quiere destacar, ante todo, que la sentencia apelada realiza detallado estudio de todas las cuestiones aquí controvertidas, habiendo sido las mismas resueltas por el Juez "a quo" con arreglo a su valoración de la prueba practicada con el contexto de hechos concurrentes, aunque ello no es óbice para que la Sala, en cumplimiento de su función revisora, analice y examine nuevamente cada una de las medidas impugnadas por la recurrente, y así entendemos que vistas las circunstancias concurrentes como son que el padre ha tenido otro hijo, que sus ingresos son sensiblemente inferiores a los que tenía en el momento de la separación y, sobre todo, que la demandante goza de una desahogada situación económica, con ingresos muy superiores a los que tenía en el momento de la separación, tal y como resulta de la prueba practicada en la instancia y en esta alzada, sobre todo documental obrante en las actuaciones, procede modificar la cuantía de la pensión acordada a favor del hijo común en la sentencia de instancia y con cargo al padre, lo que determina que debe mantenerse en 180 euros mensuales, pues no existen motivos bastantes para rebajarla a 120 euros como pretende el recurrente, valorando cuantas circunstancias han quedado acreditadas.

CUARTO.- Dada la naturaleza del presente pleito, se estima procedente no hacer declaración alguna sobre las costas procesales generadas en esta alzada, al igual que se hiciera en la primera instancia.

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Pedro Jesús , contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. dos de Almería, en fecha 14 de Julio de 2005 ; debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de establecer que el padre abonará, en concepto de pensión por alimentos a favor del hijo menor, la suma de 180 euros mensuales, que ingresará entre los días 1 y 5 de cada mes en la cuenta corriente que designe la madre, y que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado anualmente por el I.N.E.; y se decreta la extinción de la atribución del uso de la vivienda ganancial a favor de la esposa e hijo, pudiendo las partes, desde ahora, proceder a la venta de la misma o su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente, confirmando el resto de la resolución recurrida

No procede hacer declaración alguna sobre las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.