



Roj: **SAP A 1604/2012 - ECLI: ES:APA:2012:1604**

Id Cendoj: **03065370092012100317**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **25/05/2012**

Nº de Recurso: **424/2011**

Nº de Resolución: **334/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL VALERO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

SENTENCIA Nº 334/12

Ilmos. Sres.:

Presidente: D. José Manuel Valero Diez

Magistrado: D. Andrés Montalbán Avilés

Magistrado: D. Domingo Salvatierra Ossorio

En la ciudad de Elche, a veinticinco de mayo de dos mil doce.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Divorcio Contencioso nº 2421/08, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Torrevieja, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada D. Ismael , habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sr/a Pérez Campos y dirigida por el Letrado Sr/a. Luzón Alfonso, y como apelada la parte demandante Doña Asunción , representada por el Procurador Sr/a. Moreno Saura y dirigida por el Letrado Sr/a. Morant Vidal, siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Torrevieja en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 1/6/10 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Martinez Gilabert en nombre y representación de Doña Asunción , contra D. Ismael representado por el Procurador Sr. Martinez Rico, y estimando parcialmente la demanda reconventional interpuesta por el Procurador Sr. Martinez Rico en nombre y representación de D. Ismael contra Doña Asunción , debo decretar y decreto el divorcio del matrimonio forado por las partes celebrado en Marbella el 9 de noviembre de 2002, que se encuentra inscrito en el Registro Civil de dicha localidad, al tomo NUM000 , página NUM001 , decretando asimismo como medidas inherentes a tal declaración la disolución del régimen económico matrimonial y la revocación de poderes que cualquier de los cónyuges hubiere otorgado, acordándose como efectos personales y patrimoniales, elevando a definitivas las medidas acordadas en Autos 729/09 de este Juzgado, con las modificaciones que aparecen a continuación, y en concreto

La patria potestad sobre las hijas menores será compartida por ambos progenitores, atribuyéndose la guarda y custodia a la madre, fijándose como domicilio de las menores junto a su madre en el domicilio donde residen en la actualidad, sito en CALLE000 , núm. NUM002 , NUM003 , NUM004 de Guardamar del Segura.

Como régimen de visitas para el padre, podrá estar en compañía de sus hijas menores de edad en la forma que concierte con la madre y, en la coyuntura de desacuerdo, las tendrá los fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes a las 20 horas del domingo, recogiendo el padre a las menores del colegio y



reintegrándolas al domicilio materno. Asimismo el padre recogerá a las niñas 2 tardes a la semana del colegio, llevándolas a casa de la madre a las 20 horas, los martes y jueves Igualmente, el padre estará con as menores la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, entendiendo éstas a computar desde el primer día de vacaciones escolares hasta el último, correspondiendo a la madre los años pares la elección y al padre los impares, facilitando ambos progenitores durante esos períodos las comunicaciones con el progenitor que no se encuentre disfrutando de la compañía de las menores. Asimismo, si el fin de semana que corresponde al padre su derecho de estancia con las menores hubiera un puente escolar se unirá a aquel, bien sea el puente antes o después del fin de semana. Asimismo, el padre podrá disfrutar de sus hijas el día del cumpleaños de él, y el día del padre, recogiendo a las niñas a las 10 de la mañana de la vivienda familiar y reintegrándolas a la misma a las 20 horas, si fuera festivo, y si no lo fuera, desde la salida del colegio de las menores hasta las 21 horas. Igualmente, si las niñas estuvieran con el padre por corresponderle fin de semana, visitas o estancias, la madre podrá tener consigo a sus hijas el día del cumpleaños de ella y el día de la madre, recogiendo a las niñas a las 10 de la mañana de la vivienda del padre, y reintegrándolas a la misma a las 20 horas, si fuera festivo, y si no lo fuera dese la salida del colegio de las menores hasta las 21 horas.

En concepto de alimentos para las hijas menores el padre abonará por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes a la madre la cantidad de setecientos diez euros con cincuenta céntimos de euros mensuales, a cada una de sus hijas, por lo que totaliza la cantidad de mil cuatrocientos veintiún euros. Esta cantidad será actualizada anualmente según el índice que establezca el Instituto Nacional de Estadístico. El pago se formalizará mediante ingreso en la c/c o libreta que haya designado la madre, y si no lo hubiera hecho, deberá comunicarla al deudor de forma fehaciente en los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución. Los gastos extraordinarios del menor serán satisfechos por mitad, previa presentación de factura, en los términos que a continuación se expondrá: La pensión alimenticia cubre exclusivamente las necesidades básicas, ordinarias y normales de los hijos señaladas en el artículo 142 en relación con el 154 del Código Civil, esto es, todo aquello que es preciso para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción y, en definitiva, formación integral, todo ello entendido conforme al status familiar; son gastos ordinarios los uniformes, libros escolares, matrícula, excursiones escolares, comedor escolar, gastos médicos y de farmacia habituales, gafas y dentista. Estos gastos no precisan del consenso previo de los progenitores ni autorización judicial para su devengo, sino que el acreedor a cuyo cargo se encuentran los beneficiarios puede disponer de la pensión discrecionalmente en ejercicio de la administración doméstica. Sí son gastos extraordinarios los que suponen un tratamiento médico no habitual, así como viajes de especial duración y clases particulares, sean deportivas, culturales o de otra naturaleza, así como cualesquiera otras que revistan la suficiente entidad como para que se deriva de ello un grave perjuicio para algunos de los intereses en relación a la situación de equilibrio entre los progenitores. Los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia, pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable que por ello no pueden incluirse en la pensión ordinaria, a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones (personal y económica). Ello no significa que hayan de ser siempre imprescindibles y necesarios (silla de ruedas, elementos ortopédicos, asistencia por terceras personas en caso de enfermedad, etc.), ruedas, elementos ortopédicos, asistencia por terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que puedan ser accesorios (por ejemplo, operaciones quirúrgicas cubiertas por la Seguridad Social que, sin embargo, se practica en centros privados) o, simplemente, complementarios (viajes de estudios, clases particulares, etc.). Consecuente con lo anterior, y para evitar que el cumplimiento de las obligaciones quede al arbitrio de una de las partes, lo que vulneraría el artículo 1.256 del Código Civil, la regla general es que los gastos extraordinarios deben ser consentidos previamente a su devengo por ambos progenitores a fin de que cada uno de ellos pueda opinar sobre su conveniencia o su cuantía y, a falta de acuerdo, que sea autorizado judicialmente. Excepcionalmente, en evitación de que se causen perjuicios irreparables a los hijos, lo que contraviene lo preceptuado en el 158 del Código Civil, y, en general, el principio del favor filii y las normas sobre protección de menores, los gastos inaplazables y, por ende, que no toleran demora sin grave riesgo o daño del hijo, pueden ser autorizados judicialmente a posteriori si concurriera discordia entre los obligados.

En cuanto a los préstamos que pesan sobre la sociedad conyugal, como cargas del matrimonio deberán ser satisfechas por e padre,, dada su mayor disponibilidad económica, especialmente la carga hipotecaria que pesa sobre la vivienda en la que se ha fijado la residencia de las menores, hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, y ello sin perjuicio de lo que pudiera resolverse cuando se produzca la efectiva liquidación de l sociedad legal de gananciales y sin atribuir en este procedimiento, que no corresponde, la naturaleza de ganancial o privativos, a los bienes que se destinan dichos préstamos, y éstos mismos, toda vez que no corresponde en el presente procedimiento.

Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad."



SEGUNDO .- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 424/11, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la sentencia de instancia y la apelada su confirmación. Para la deliberación y votación se fijó el día 24/5/12.

TERCERO .- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Díez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el primer motivo de recurso se impugna la resolución de instancia por incurrir en error en la valoración de la prueba al considerar como domicilio familiar el de la vivienda sita en Guardamar, con la consecuente atribución del mismo a la demandada y las hijas, cuando era en Benejuzar, donde se encontraba la efectiva residencia de la familia.

El Código Civil, en su art. 96 , en referencia a la medida sobre la atribución de la vivienda familiar no deja en libertad al juzgador para determinar a quién corresponde, sino que le impone unas pautas que ha de cumplir, y así, ha de estarse en primer lugar al acuerdo de los cónyuges en virtud de convenio (judicial o extrajudicial) aprobado por el mismo, y, en defecto de tal acuerdo, se establece que el uso de dicha vivienda y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan. Solo en el supuesto de que no hubiese hijos, podrá acordarse entonces el uso al cónyuge no titular más necesitado de protección, estableciendo, pues, en este supuesto anómalo, sin duda de interpretación restrictiva y excepcional (que debe efectuarse por tiempo determinado) la posibilidad, en definitiva, de privar al cónyuge titular del ejercicio de su derecho dominical.

Como recuerda la SAP de La Coruña de 8 de noviembre de 2010 "El concepto de "vivienda familiar" o "vivienda conyugal" ha sido definido como el espacio físico en el que «se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos» sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 , definición que acepta la sentencia del mismo Tribunal de 10 de marzo de 1998 . Siguiendo lo normado en el artículo 70 del Código Civil , sería el lugar donde los cónyuges de común acuerdo deciden desarrollar su convivencia y criar a sus hijos, y en defecto de acuerdo, por designio judicial. Lo que conlleva que no pueda considerarse como "vivienda familiar" la fijada o impuesta unilateralmente por uno de los cónyuges sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1983 .

2º.- Es a este espacio físico al que se presta una especial protección sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 y 22 de septiembre de 1988 :

a) Constante matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico por el que se rija, y con independencia de si la vivienda es común, privativa de uno de los cónyuges, o incluso propiedad de un tercero (que ocupan los esposos en virtud de un arrendamiento), para realizar actos de disposición sobre ella se requiere siempre el consentimiento de ambos; y en su defecto deberá solicitarse autorización judicial (artículo 1320 del Código Civil).

b) En situación de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio), la atribución judicial del uso de la vivienda familiar debe hacerse conforme a los criterios que establece el artículo 96 del Código Civil . Pero, en todo caso, debe tenerse presente que el derecho de uso de la vivienda familiar así concedido, en modo alguno tiene carácter indefinido, ni es esencialmente vitalicio. Actualmente, y dada la evolución de la realidad social, al igual que acontece con la pensión compensatoria, se configura como un derecho provisional y temporal.

3º.- En los procesos de familia, el artículo 96 del Código Civil permite al Juzgador que se pronuncia exclusivamente sobre el uso de la vivienda que ha sido domicilio familiar en el momento en que se produce la ruptura. Pero no autoriza a que se hagan pronunciamientos sobre la atribución del uso de otros inmuebles que tengan la consideración de gananciales, cuya atribución, tanto en cuanto a la propiedad como al uso, deberá hacerse en la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales [Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de enero de 2001 , de la Audiencia Provincial de Teruel de 18 de julio de 1996 , y de la Audiencia Provincial de Cádiz de 27 de enero de 1995 .].

Precisando entre otras la SAP de Alicante de 29 de marzo de 2009 que "el único uso de vivienda sobre el que puede resolverse en un proceso matrimonial conforme al artículo 96 del Código Civil , es el relativo a la que fuere vivienda familiar en el momento en que se produce la ruptura matrimonial.". Además la vivienda familiar



no pierde este carácter por el hecho de que uno de ellos abandone la misma -con independencia de que sea de motu propio o por imposición del otro- siempre que el otro tenga voluntad de permanecer en ella con tal carácter.

Por otra parte, no debemos olvidar que en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a uno u otro de los cónyuges en litigio matrimonial se debe partir de la premisa básica de ser principio elemental, necesario e inspirador del dictado de cualquier medida que pueda afectar a los hijos habidos en el seno matrimonial el de que el interés de los mismos es prevalente sobre cualquier otro, incluido el de los padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado *bonum filii* ha sido elevado a principio jurídico universal orientador de la actuación al que deben someterse Jueces y Tribunales, quedando consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (artículos 92 , 93 y 103.1 del Código Civil) y así, *ex lege* , en el artículo 96.1 del Código Civil se dispone como regla general que en defecto de acuerdo entre los cónyuges aprobado por el juez "el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden", norma sustantiva en la que se instaura *ope sententiae* como solución al problema atender a las necesidades de un sujeto plural y colectivo y no exclusivamente a las de uno de los cónyuges.

Así las cosas, y examinada nuevamente la prueba practicada, hemos de concluir que la resolución de instancia es ajustada a derecho en cuanto considera que el domicilio familiar es el de la vivienda sita en Guardamar, así: el certificado de empadronamiento de dicho ayuntamiento; la baja en el padrón del de Benejúzar en agosto 2004; el reconocimiento por el demandado de que desde que se casaron el domicilio familiar fue el de Guardamar, aunque posteriormente se produce una alternancia con el de Benejúzar, pero reconociendo en su declaración en medidas provisionales que existe una diferencia de unos meses a favor de Guardamar; de las declaraciones testificales efectuadas en las medidas provisionales también se desprende que el domicilio familiar se encontraba esencialmente en Guardamar; que la vivienda de Benejúzar, se puso en venta, y que la testigo doña María del Pilar , empleada de hogar y cuidadora de las niñas, confirma que el matrimonio con las niñas residían tanto en Benejúzar, como en Guardamar, es decir, alternaban ambos domicilios, pero que cuando se separaron se encontraban en Guardamar, en Benejúzar solían estar entre semana. Aparte de ello, lo cierto es que desde la separación la demandada vive con sus hijas en Guardamar, donde también se encuentra el colegio de las menores.

Pues bien, en este tipo de situaciones, en los que realmente lo que existe es una similar alternancia del domicilio efectivamente utilizado como residencia por los cónyuges junto con los hijos, no existe especial problema en considerar como domicilio familiar a cualquiera de ambos, pero con la habitual base de partida de que siempre prevalecerá el más conveniente para los hijos menores.

En este caso, el domicilio de Guardamar, no sólo es aquel en el que la familia desarrollaba durante mayor tiempo su convivencia, y donde además el matrimonio se encontraba cuando se produjo la ruptura, sino que beneficia a las menores, pues allí es donde está el colegio al que acuden. En consecuencia, como ya dijimos, la sentencia es ajustada a derecho en este particular, debiéndose desestimar este primer motivo de recurso.

SEGUNDO. - Se discute en el siguiente motivo de apelación que la permanencia de las menores con el padre no se prolongue hasta el lunes a la entrada del colegio, medida que considera más aconsejable y máxime en atención a la conflictividad existente entre los progenitores, facilitando además una mayor interrelación entre el padre y las hijas.

Se sostiene, entre otras, por la STS Sala 1ª de 16 julio 2004 , que "la sentencia recurrida se ha aplicado el principio general establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor , que establece que en todo caso primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; lo que permite al Juzgador aplicar, incluso de oficio las características, alcance y modalidades que establece el artículo 97 del Código Civil , en relación al derecho de visitas de los progenitores.". Es similar sentido la STS Sala 1ª de 12 julio 2004 al señalar que "Establece el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificado el 30 de noviembre de 1990, B.O.E. de 31 de diciembre de 1990) que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Como recuerda la Sentencia de 17 de septiembre de 1996 , el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social."

En consecuencia, el régimen de visitas establecido en la instancia, a juicio de la Sala, debe modificarse en el sentido propugnado por el padre-recurrente, ya que efectivamente supondrá la siempre deseable mayor



relación entre el padre no custodio y las hijas menores de edad. De hecho, actualmente lo que realmente prima en interés del menor es la denominada custodia compartida, en este sentido se pronuncia nuestra ley valenciana especializada de 5/2011, con el ánimo de potenciar la convivencia igualitaria con ambos progenitores, como claramente se expresa en la Exposición de Motivos.

Y en cuanto a los días festivos fuera de los períodos vacacionales y de puentes, se disfrutarán con carácter alternativo, correspondiendo a la madre el próximo que haya a partir de la notificación de la sentencia. El día del cumpleaños de las menores el padre estará en su compañía desde las 11 horas (desde la salida de la guardería/colegio/ instituto, si es un día lectivo) hasta las 20,30 horas los años pares y la madre los impares, pudiendo venir acompañada de la otra hermana.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la pensión de alimentos, como nos recuerda la STS de 9 de octubre de 1981 "en general todos los casos en que nazca la deuda alimenticia, se traduce en prestaciones cuyo cálculo viene influido por factores de evidente relatividad a la hora de ponderar las necesidades del alimentista y las posibilidades económicas del obligado, que el artículo 146 manda tomar en cuenta que el organismo 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 personal situación y las peculiares relaciones de su medio, como ya advirtió este Tribunal en sentencia de 21 marzo de 1958 ; variabilidad de los elementos intervinientes en el cálculo que explican la reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que la cuantía de los alimentos será la que fije en su prudente arbitrio la Sala de Instancia, a la que corresponde valorar los medios de acreditamiento, cuyo criterio no puede ser revisado en casación de otro modo que demostrando por el cauce del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento que la cantidad establecida desconoce notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas en el citado artículo 146 del Código sustantivo (sentencias de 21 de diciembre de 1951 y 21 de marzo de 1958 , que reiteran tesis ya mantenida por las de 24 de junio de 1946 y 6 y 20 de diciembre y 6 y 17 de febrero de 1942 , entre otras)sin perjuicio de que pueda ser censurada por otro cauce la inobservancia de las reglas legalmente ordenadas para su determinación."

También nos dice la SAP de Alicante 14 de junio 2006 que "si bien no cabe duda que la genérica obligación alimentaria presenta muy especiales características cuando son los padres quienes deben de cumplirla respecto a sus hijos menores de edad, ya que en abstracto debe de reputarse como incuestionable y por ello de ineludible cumplimiento salvo casos extremos de absoluta imposibilidad por parte de los padres, supuestos a los que, entre otras alude la STS de fecha 5 de octubre de 1993 , la fijación o determinación de su concreta cuantía, y aun partiendo en todo caso del concepto más amplio de la expresión alimentos a la que se refiere los párrafos uno y dos del art. 142 del C. Civil , depende del doble parámetro al que alude claramente el art. 146 del mismo texto legal , necesidades de quien los ha de recibir y caudal o medios del alimentante. La acreditación de unas y otros es indispensable que se lleve a cabo en el proceso que tenga por objeto determinar la pertinencia de una obligación alimentaria y su cuantía..."

Es más, el tratamiento jurídico de los alimentos debidos a los hijos menores de edad presenta una marcada preferencia tal y como se desprende del texto del artículo 145 del Código Civil y precisamente por incardinarse la relación legal de alimentos entre parientes dentro de la institución más compleja de la patria potestad, teniendo en cuenta que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada para el caso de los hijos mayores de edad o emancipados, es evidente que para el caso de hijos menores de edad resulta procedente la superación incluso de las pautas ordinarias de determinación de la pensión alimenticia, concediendo a los tribunales un cierto arbitrio para su fijación, valorando todas las circunstancias concurrentes.

En este caso, se alza la recurrente entendiéndose haberse practicado errónea valoración del material probatorio obrante en los autos de instancia, siendo preciso recordar como premisa básica a los efectos resolutorios de la cuestión debatida que el proceso valorativo de las pruebas es incumbencia de los órganos juzgadores y no de las partes que litigan, a las que queda vetada toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo de Jueces y Tribunales por el suyo propio, conforme consolidada doctrina jurisprudencial que sostiene que debe prevalecer la valoración que de las pruebas realice el órgano judicial por ser más objetiva que la de las partes, dada la mayor subjetividad de éstas en razón a defender particulares intereses - T.S. 1ª SS. de 1 de marzo de 1994 y 3 y 20 de julio de 1995 -, precisando, incluso, como dentro de las facultades que se otorgan a Jueces y Tribunales de instancia pueden conceder distinto valor a los medios probatorios puestos a su consideración e, incluso, optar entre ellos por el que estime más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos, doctrina ésta que proyectada sobre el caso que nos ocupa sirve para explicar el porqué el juzgador de instancia se atuvo al pronunciamiento emitido, pero, sin embargo, esto, en absoluto, puede considerarse vinculante para el tribunal de alzada, habida cuenta de que, según constante doctrina jurisprudencial, tiene facultades bastantes



para conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, valorando, según su criterio, los elementos probatorios aportados por las partes en su momento, dentro de los límites de la obligada congruencia, sin más límite que el impuesto por el principio prohibitivo de la *reformatio in peius* .

Pues bien, consideramos que el juicio de proporcionalidad efectuado por la resolución de instancia es ajustado a la situación de ambos progenitores. Ciertamente la actual crisis económica ha influido en una menor posibilidad de ingresos por ambas partes, especialmente por consecuencia de la gravísima crisis del sector inmobiliario, donde también el progenitor demandado desarrollaba su actividad asesorando a eventuales compradores extranjeros. Y, por lo mismo, es notorio que los Registros de la Propiedad, han disminuido notablemente su actividad e ingresos, con el consecuente reflejo en los salarios a percibir por sus empleados, aquí la madre.

En cualquier caso, no parece, como antes hemos dicho, desproporcionada una pensión de alimentos de 700 € por cada hija, cuando el propio recurrente ofrece 500 € para cada una. En definitiva, nos remitimos a las razones expuestas en la instancia para conceder la pensión en tal cuantía, máxime cuando como a continuación resolveremos, procede suprimir la obligación del recurrente de asumir en exclusiva los préstamos concertados en su día por el matrimonio.

CUARTO .- El último motivo de recurso se dirige a impugnar la solución que la sentencia apelada aplica en cuanto a las denominadas cargas del matrimonio, al establecer la obligación del recurrente de hacer frente al pago de los préstamos que pesan sobre la sociedad de gananciales como cargas del matrimonio con fundamento en su mayor disponibilidad económica.

Pues bien, esta obligación de pago que se impone a la recurrente y que consta recogida en la sentencia apelada, al tratarse de cuestión ajena al procedimiento de divorcio en que nos encontramos, debe excluirse al no considerarlo la jurisprudencia como carga del matrimonio, sino afectante exclusivamente al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, incluso aunque se trate de vivienda sometida al régimen de gananciales. En estos casos, deberá estarse a las concretas obligaciones derivadas del préstamo hipotecario suscrito y a las correspondientes obligaciones de pago que allí se establezcan, todo ello a expensas de lo que finalmente resulte en la liquidación de gananciales.

Como ya decía la STS de 5 noviembre 2008 , la hipoteca que grava el piso que constituyó la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido del artículo 90 del Código Civil . Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales; incluida en el artículo 1362-2ª del Código Civil . Por tanto, mientras no se liquide la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por iguales partes por los titulares del préstamo y copropietarios del piso que grava.

Más recientemente la STS de 28 de marzo de 2011 , confirma dicha doctrina al decir que " *Los arts. 90 y 91 CC imponen a los cónyuges en los casos de cese de la convivencia por divorcio o separación la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia. A esta dificultad se une la cuestión relacionada con la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor que con ellos se quede, la inclusión de la habitación entre los conceptos que engloban los alimentos (Art.142.1 CC) y el régimen de bienes que rige la economía del matrimonio, de acuerdo con cuya reglamentación se ha adquirido el inmueble que constituye la vivienda familiar.*

En este conjunto de temas, se debe primar el factor de protección a los hijos, al que responde la regla de la atribución del uso de la vivienda y que ha producido como resultado, no deseable en general, dejar de lado las reglas del régimen de bienes que rigen la forma de su adquisición constante matrimonio para fijar la atención en los demás problemas.

De acuerdo con este planteamiento, que responde a las actuales tendencias en derecho de familia, se debe distinguir entre lo que se considera carga del matrimonio, según los Arts. 90, D) y 91 CC y la obligación de pago del préstamo hipotecario, que corresponde a la sociedad de gananciales y va ligado a la adquisición de la propiedad del bien.

1º La primera pregunta contenida en este recurso a que debe responder esta sentencia corresponde a si constituye o no carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar. La respuesta de esta Sala es negativa y así nos hemos ya pronunciado en la sentencia de 5 noviembre 2008 , donde se dice que:"a) La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el Art. 90D CC , porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el Art. 1362, 2ª CC . Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante".



Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3 CC, que declara la ganancialidad de los "bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos", por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el Art. 1362, 2 CC, "la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes". Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

2º Deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: i) los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, y ii) el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. En este sentido debe entenderse reproducido aquí lo dicho en la ya citada sentencia de 5 noviembre 2008. En todo caso, se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente.

3º Esta solución ha sido también adoptada por el art 231-5 del Código civil de Cataluña, que modifica el Art. 4 CF alegado por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso. Dicho artículo, ha eliminado la consideración como cargas familiares del pago de las cuotas destinadas a la adquisición de los bienes destinados a vivienda. Además, el Art. 233-23 del mismo cuerpo legal, declara, en su párrafo primero, que en el caso en que se haya atribuido el uso o disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges, "las obligaciones contraídas por razón de su adquisición[...] deberán satisfacerse de acuerdo con lo que disponga el título constitutivo", mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso. Estas soluciones coinciden con las adoptadas en la jurisprudencia de esta Sala en la sentencia anteriormente citada. TERCERO. En consecuencia de los anteriores razonamientos, la Sala formula la siguiente doctrina: el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC. "

Sin embargo, la hipoteca sobre la vivienda de Guardamar, la seguirá pagando en exclusiva el recurrente, pues así lo pide expresamente él mismo al opinar que dicha vivienda es privativa y no ganancial. Sin perjuicio de lo que sobre tal titularidad y consecuentes obligaciones de pago de cuotas, pueda resolverse en la eventual formación de inventario.

Se estima parcialmente el recurso.

QUINTO .- Sin especial pronunciamiento en costas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

FALLAMOS:

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Ismael, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Torre Vieja, de fecha 1 de junio de 2010, que revocamos parcialmente en los siguientes particulares:

1.- En cuanto al régimen de visitas, los días festivos fuera de los períodos vacacionales y de puentes, se disfrutarán con carácter alternativo, correspondiendo a la madre el próximo que haya a partir de la notificación de esta sentencia. El día del cumpleaños de las menores, el padre estará en su compañía desde las 11 horas (desde la salida de la guardería/colegio/ instituto, si es un día lectivo) hasta las 20,30 horas los años pares y la madre los impares, pudiendo venir acompañada de la otra hermana.

2.- Se deja sin efecto la obligación del recurrente de abonar en exclusiva los préstamos que pesan sobre la sociedad de gananciales.

Se confirma la sentencia apelada en todo lo demás.

Sin especial pronunciamiento en costas en esta alzada.



Con devolución del depósito constituido.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, cabe recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición final 16ª de la LEC 1/2000 .

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal (concepto 04) y/o de casación (concepto 06), artículos 471 y 481 de la LEC , deberá consignarse en la "Cuenta de Depósitos y consignaciones" de este Tribunal nº 3575, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Ponente, estando la Sala reunida en audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO