



Roj: **SAP MU 2378/2005 - ECLI: ES:APMU:2005:2378**

Id Cendoj: **30030370012005100397**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2005**

Nº de Recurso: **301/2005**

Nº de Resolución: **259/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CRISTINA PLA NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo nº 301/2.005

SENTENCIA NÚM. 259/2.005.

ILTMOS. SRES.

D. FRANCISCO J. CARRILLO VINADER

PRESIDENTE

D. ALVARO CASTAÑO PENALVA

Dña. CRISTINA PLA NAVARRO

MAGISTRADOS

En la ciudad de Murcia, a catorce de septiembre de dos mil cinco.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Primera de esta Ilustrísima Audiencia Provincial los autos de juicio de separación nº 1.956/04 que en primera instancia se han seguido en el Juzgado Civil nº Tres de Murcia , entre las partes, como actora Dña. María , representada por la Procuradora Sra. García Sánchez y defendida por el Letrado D. José Luis Villalba Guardiola y como demandada D. Octavio , representada por la Procuradora Sra. Cruz Fernández y defendida por el Letrado Sr. Avilés Hernández. En esta alzada actúa como apelante Dña. María , y como apelado D. Octavio , ambas partes con idénticas representaciones y defensas que en la instancia, siendo ponente la lltma. Sra. Dña. CRISTINA PLA NAVARRO, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado, con fecha 18 de marzo de 2.005, dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la Sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por Dña. María contra D. Octavio debo declarar y declaro la separación de los cónyuges, sin hacer expresa condena en las costas de la instancia, acordando como medidas las siguientes:

1º - los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal, quedando revocados los consentimientos y poderes que, recíprocamente, pudieran haberse otorgado.

2º - se declara disuelta, pendiente de liquidación, la sociedad de gananciales.

3º- el esposo permanecerá en el uso de la que fuera vivienda ganancial, hasta la liquidación de la sociedad conyugal."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia y en tiempo y forma interpuso recurso de apelación la representación procesal de Dña. María , siendo admitido en ambos efectos y, con emplazamiento de las partes, fueron remitidos los autos originales a esta Audiencia en la que se formó el oportuno rollo por la Sección Primera



con el nº 301/2.005, compareciendo las partes indicadas en la cualidad antes expresada y, tras el traslado de instrucción, se señaló para votación y fallo el día 27-7-2.005.

TERCERO.- En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La impugnación formulada se centra en la no atribución a la esposa de la vivienda familiar y en la medida relativa a la no concesión de la pensión por alimentos a la hija. Disconforme con la sentencia de instancia en dichos extremos la actora y ahora apelante interesa de esta Sala el dictado de una sentencia por la que, revocando el pronunciamiento recurrido, se le conceda el uso de la vivienda familiar junto a su hija; y se fije una pensión por alimentos a favor de ésta, Estíbaliz, por importe de 200 euros mensuales a cargo del demandado, sin expresa imposición de las costas procesales correspondientes a la segunda instancia a ninguna de las partes.

SEGUNDO.- Ambos motivos de apelación han de decaer en esta sede. En cuanto al primero, de la prueba practicada en el acto del juicio se desprende que la vivienda no reúne tal condición, ya que tanto la Sra. María como el Sr. Octavio coinciden en declarar que la esposa decidió abandonarla hace tres o cuatro años, con lo cual dejó de constituir la vivienda conyugal desde entonces consintiendo durante todo ese tiempo que siguiera habitándola su esposo.

En idéntico sentido se ha pronunciado esta Audiencia Provincial en numerosas ocasiones. Así la sentencia de esta Sección 1º de 24 de junio de 2.002 (nº 1.062) que, a su vez cita la nº 240/00, de 6 de junio, razona que la primera cuestión que ha de plantearse en esta materia es la relativa a si la vivienda referida, que no hay ninguna duda de que fue vivienda familiar cuando la pareja vivía junta, sigue teniendo esa consideración cuando se planteó la demanda origen al proceso de separación. Entiende esta Sala que la mencionada condición no la sigue teniendo la vivienda cuando se abandona de manera definitiva la vivienda por uno de los cónyuges. La especial regulación que el artículo 96 del Código Civil hace del domicilio familiar tiene una razón de ser evidente como es que la ruptura de la convivencia entre los padres afecte lo menos posible a los hijos, de ahí que se atiende a su interés como preferente, aunque después de la voluntad conjunta de los padres, pues a ella se ha de atender en primer lugar en esta materia, como ya resaltó la sentencia de esta misma Sala de fecha 23 de mayo de 2000, cuando dice: "la voluntad de las partes... es la que rige en primer lugar en esta materia según establece el artículo 96 del Código Civil», sin que se condicione la misma a la aprobación judicial. Así pues, en defecto de pacto entre los padres, lo que se pretende es que la ruptura de la convivencia implique un cambio lo menos traumático para los hijos, de ahí que se prevea mantenerlos en el mismo espacio físico, en el que hasta entonces había sido su domicilio. Indudablemente ésa no es la situación que concurría en el caso examinado así como tampoco en el presente, pues la casa ahora discutida dejó de ser domicilio familiar, de forma clara y permanente, pues con tal carácter definitivo se marchó la madre del mismo con su hija, y esa cualidad del domicilio no permanece a lo largo del tiempo. En similares términos se pronuncia la sentencia de 22 de noviembre de 1999 respecto al que fue domicilio familiar, atribuido a la madre y los hijos, declarando que deja de serlo cuando los hijos se van a vivir con el padre y éste afirma que el nuevo domicilio familiar es el que él utiliza, solicitando el desalojo del anterior no para habitarlo, sino para restituirlo a su dueño, ante lo que esta Sala dijo que "no es éste el procedimiento adecuado para decidir sobre el uso de viviendas que no tengan ese carácter de domicilio de la familia». También en la sentencia de 28 de febrero de 2000 se dice "que no estamos ante el supuesto del artículo 96 del Código Civil (atribución del uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar), sino de administración de un bien ganancial en tanto no se liquida la sociedad de gananciales disuelta por la separación (art. 91)».

Así pues, debe concluirse que no puede invocarse el artículo 96 del Código Civil para conseguir el uso de la vivienda que ocupaba el padre, pues la misma ya no tenía la consideración de domicilio familiar. Cosa distinta es que la madre, dentro del concepto de alimentos a los que tienen derecho sus hijos, pueda solicitar una prestación económica o en especie relativa a una vivienda (...)."

De acuerdo con lo expuesto, los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar regulados en el artículo 96 del Código Civil se hallan sometidos a la condición previa de que efectivamente aquélla posea dicha cualidad, esto es, que sirva de morada a la familia y en él satisfagan todos sus integrantes las necesidades propias de esta índole, lo que no se produce en dos casos, cuando así lo acuerden los esposos, cuyo convenio debe prevalecer en cuanto no perjudique gravemente a uno de ellos o sea dañoso para los hijos (artículo 90 del Código Civil), o cuando lo abandone voluntariamente uno de los cónyuges y, en todo caso, los hijos, en condiciones tales que puede presumirse racionalmente su falta de interés por ocuparlo. En este último sentido, constituye un indicio vehemente de esa ausencia de voluntad la no interposición durante un dilatado periodo



de tiempo de proceso judicial alguno en orden a reclamar su uso, a no ser que dicha pasividad venga justificada por serias razones (cfr. artículo 105 del Código Civil).

En consecuencia, han de compartirse los argumentos del juzgador "a quo" en cuanto a la no atribución de la vivienda conyugal a la esposa, debiendo quedar a resultas de la liquidación definitiva de la sociedad de gananciales. Las causas que invoca la apelante para justificar el abandono de la vivienda familiar no son admisibles en esta alzada a falta de toda prueba acreditativa de un pretendido maltrato psíquico al que no se había aludido en la instancia ni tampoco existen indicadores que apunten a la realidad de tal aseveración. En ese sentido de las declaraciones de la esposa sólo cabe extraer que en el matrimonio existían desavenencias que habían llevado a un deterioro normal de la convivencia, pues lo cierto es que le ofreció al esposo la posibilidad de trasladarse con ella y con su hija a casa de su madre mientras la vivienda era reformada, actitud que no se compagina con los motivos que aduce en el recurso.

TERCERO.- De igual modo procede denegar la pensión alimenticia a la hija ya que no se dan los presupuestos legales exigidos. Si bien es cierto que la obligación de prestar alimentos corresponde a los padres respecto a sus descendientes, con independencia de la edad de éstos, tal y como establece el art. 143 del Código civil, ello es así siempre que se dé la situación de necesidad en los segundos y la posibilidad de prestarlos en los primeros. Dicha obligación se mantiene innegablemente durante la minoría de edad del titular de ese derecho, pero una vez alcanzada la mayoría de edad, el art. 152.3º prevé como causa de extinción del derecho a alimentos que "el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia". De forma similar, en el art. 93 del Código Civil se prevé que en los procedimientos matrimoniales se pueda decidir sobre los alimentos de los hijos mayores de edad, siempre que los mismos sigan conviviendo en el domicilio familiar y que no hayan alcanzado independencia económica.

Aplicando tales preceptos al supuesto de autos se estima acertada la negativa del juzgador "a quo" a conceder la citada pensión de alimentos, teniendo en cuenta a estos efectos la edad de la hija (treinta años) y que desde finales de 1.990 se encuentra incorporada al mercado laboral y actualmente trabaja en una peluquería, así lo acredita la documental obrante en autos (informe de vida laboral, folios 52 y 53) y lo corrobora su declaración en el juicio. La circunstancia de que en el último año haya reducido su jornada a los viernes y sábados no justifica su pretensión, pues lo cierto es que durante ese tiempo no ha demandado empleo ni ha realizado ninguna actividad de formación, datos que han de valorarse como indicativos de una voluntariedad en aceptar una situación que no ha de solventarse con la adopción de la medida interesada.

CUARTO.- Las costas del recurso se imponen al apelante, al haber visto desestimada su pretensión (arts. 398-1º en relación con el art. 394-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. García Sánchez, en nombre y representación de Dña. María, contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 2.005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Murcia, en los autos del juicio de separación nº 1.956/04, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, debiendo satisfacer la parte apelante las costas de este recurso.

Notifíquese la sentencia y llévese certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

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