



Roj: **SAP B 8657/2010 - ECLI:ES:APB:2010:8657**

Id Cendoj: **08019370122010100453**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **26/11/2010**

Nº de Recurso: **737/2010**

Nº de Resolución: **591/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOAQUIN BAYO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº. 737/2010 B

PROCESO ESPECIAL CONTENCIOSO DIVORCIO NÚM. 192/2008

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº. 1 DE VILANOVA I LA GELTRÚ

**SENTENCIA Nº 591/10**

Ilmos. Sres.

D. JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN

D. PASCUAL MARTÍN VILLA

D. JOAQUÍN BAYO DELGADO

En la ciudad de Barcelona, a veintiseis de noviembre de dos mil diez

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de proceso especial contencioso divorcio nº. 192/2008, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº. 1 de Vilanova i la Geltrú, a instancia de D. Jose Ramón representado por el Procurador Joan Grau Martí y defendido por la Letrada Coral Rubio Del Pino, contra D<sup>a</sup>. Elisabeth representada por la Procuradora Anna M<sup>a</sup>. Gómez-Lanzas Calvo y defendida por la Letrada Eva Estal Roca; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 1 de abril de 2010, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido lugar la debida intervención del Ministerio Fiscal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda instada por la Procuradora de los Tribunales Nuria Fraile Antolin, en nombre y representación de Jose Ramón contra Elisabeth acordándose la adopción de las siguientes medidas definitivas:

1.- DEBO DECLARAR Y DECLARO LA DISOLUCIÓN POR DIVORCIO del matrimonio formado por los cónyuges D. Jose Ramón y D<sup>a</sup>. Elisabeth que fue contraído en fecha 22 de abril de 1.989 con todos los efectos inherentes al mismo.

Asimismo, se declara DISUELTO el Régimen Económico matrimonial de separación de bienes que venía rigiendo el matrimonio hasta la fecha.



2.- Se atribuye A LA HIJA COMÚN EL USO Y DISFRUTE de la vivienda que fue domicilio familiar en Cubelles, por ser en estos momentos el interés más necesitado de protección y a la madre que continua siendo el progenitor con quien convive aunque no ejerza strictu sensu la guarda y custodia, pero convive con ella de manera cotidiana.

3.- Se fija una PENSIÓN de alimentos a favor de la hija y con cargo al padre por importe de 150 euros mensuales, cantidad que deberá abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes, con actualización cada 1 de enero, a tenor del IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya, y que será ingresada en la cuenta corriente que la madre designe al efecto.

Los gastos extraordinarios correrán a cargo de ambos progenitores por mitad, entendiéndose por tales los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social, y los gastos universitarios de inicio de curso (matrícula, tasas, etc...).

4.- Dada la mayoría de edad de la hija común en cuanto al régimen de visitas se establece de manera flexible, en función de lo que acuerden padre e hija como se ha venido haciendo durante los últimos años.

5.- Queda desestimada cualquier pretensión no contenida en el presente fallo.

Y todo ello sin hacer pronunciamiento de las costas causadas."

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

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 18 de noviembre de 2010.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN BAYO DELGADO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se admiten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada salvo en cuanto no difieran de lo que sigue.

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia, cuya parte dispositiva ha sido transcrita, es apelada por el demandante, que impugna -con la salvedad que se dirá- la pensión alimenticia fijada para la hija común, mayor de edad, la proporción de los gastos extraordinarios y la atribución del uso de la vivienda familiar.

La apelada pide la confirmación de la sentencia apelada.

El Ministerio Fiscal, que ha intervenido en la primera instancia, no tiene legitimación en la alzada, dada la mayoría actual de la hija de los litigantes.

SEGUNDO.- Como cuestión previa, debe dejarse sentado que en el presente caso procede aplicar el derecho civil catalán tanto por el criterio de territorialidad ( artículos 14.1 del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya) como por las normas de conflicto de leyes ( artículos 9 , 107 y 16 del Código Civil estatal), que también remiten al mismo ordenamiento civil.

TERCERO.- De lo actuado ha sido probado, y así lo recoge también la sentencia apelada, que el demandante tiene incapacidad permanente absoluta y cobra una prestación mensual de 700 euros y, pese a tener algunas propiedades inmobiliarias de familia, no tiene ingresos por ellas. La demandada, como profesora interina con contratos sucesivos, tiene un sueldo de unos 1.700 euros al mes. La hija común, hoy mayor de edad, estudia en la universidad, no tiene ingresos propios y vive ya con su madre en el domicilio familiar ya con su abuela en Barcelona, según su conveniencia. El domicilio familiar es propiedad del demandante.

CUARTO.- En la atribución del domicilio familiar la sentencia apelada comete un triple error jurídico. En primer lugar no procede la atribución del "disfrute" - ni en derecho civil catalán ni en derecho civil común-, porque el segundo concepto es ajeno al derecho atribuido, que no es un usufructo, como declaró la STS de 4 de abril de 1997 , y que por ello no supone poder lucrarse con la cesión del uso a terceros. En segundo lugar, no procede la atribución del uso a la hija común, pues el artículo 83.2 del Codi de Família (CF) -contrariamente al artículo 96 del Código Civil estatal- solo prevé la atribución a uno de los litigantes. En tercer lugar, en ausencia de hijos menores debe aplicarse el artículo 83.2.b) CF y no procede aplicar por analogía el artículo 83.2.a) que solo cabe cuando uno de los progenitores tiene la custodia de los menores.

En el presente caso, atendiendo al interés más necesitado de protección entre los dos litigantes, el uso debe atribuirse al demandante, pues su situación de incapacidad y sus ingresos lo sitúan en condición netamente peor que la demandada.



QUINTO.- La impugnación de la pensión alimenticia para la hija común no es cuestionada por el apelante para el supuesto que le fuera atribuido el uso del domicilio familiar, pues considera que entonces podría aportar esa prestación alimenticia para la hija. Así debe, por tanto, confirmarse.

En cuanto a los gastos extraordinarios, dada esa mayoría de edad de la hija, deben ser interpretados muy restrictivamente. Los gastos de estudios, que la sentencia apelada incluye, no deben incluirse, pues entran dentro del concepto de alimentos según el artículo 259 CF . Efectivamente, los gastos extraordinarios deben ser entendidos rectamente como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) y no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución, que no es el caso, puesto que la diferencia de ingresos queda compensada por la necesidad que tendrá la demandada de procurarse un domicilio.

SEXTO.- La estimación parcial de la apelación comporta la ausencia de condena en costas de esta alzada, según el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## FALLAMOS

Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Don Jose Ramón -parte actora-, contra la Sentencia de fecha 1 de abril de 2010 del Juzgado de 1ª Instancia n.º. UNO de VILANOVA I LA GELTRÚ, sobre divorcio, en el que ha sido parte apelada Doña Elisabeth , debemos revocar y REVOCAMOS EN PARTE la misma y

1) Atribuimos el uso del domicilio familiar, sito en Cubelles, calle DIRECCION000 n.º. NUM000 - NUM001 , NUM002 NUM003 , al demandante.

2) Los gastos extraordinarios de la hija común deben ser entendidos como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) y no requerirán acuerdo, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deberán costearse por mitad.

Confirmamos la sentencia apelada en todo lo demás, sin especial declaración sobre las costas de la alzada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC . También cabe recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente ( D.F.16ª, 1.3ª LEC ). El/los recursos debe/n ser preparado/s ante esta Sección en el plazo de cinco días.

Una vez que alcance firmeza esta sentencia, devuélvase 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.

PUBLICACIÓN.- 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.