



Roj: **SAP SE 800/2013 - ECLI:ES:APSE:2013:800**

Id Cendoj: **41091370022013100062**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **27/03/2013**

Nº de Recurso: **2212/2012**

Nº de Resolución: **119/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL DAMIAN ALVAREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 119/13

AUDIENCIA PROVINCIAL SEVILLA

Sección Segunda

PRESIDENTE ILMO. SR.

DON MANUEL DAMIÁN ÁLVAREZ GARCÍA.

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

DON RAFAEL MÁRQUEZ ROMERO.

DON ANDRÉS PALACIOS MARTÍNEZ.

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: 1ª Inst. Sev. 7

ROLLO DE APELACIÓN Nº 2212/12-F

JUICIO Nº 131/11

En la Ciudad de Sevilla a 27 de marzo de dos mil trece.

Visto, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de SEVILLA, JUICIO sobre DIVORCIO procedente del Juzgado de Primera Instancia referenciado, donde se ha tramitado a instancia de D^a Estrella , representada por el Procurador D. Ignacio Espejo Ruíz, que en el recurso es parte apelante, contra D. Basilio , representado por la Procuradora D^a. Natalia Martínez Maestre, que en el recurso es parte impugnante.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 28 de Octubre de 2011, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: " FALLO//Que debo ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda de divorcio presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Espejo Ruiz, en nombre y representación de D^a. Estrella , contra D. Basilio , así como debo estimar y estimo parcialmente la demanda reconventional formulada de contrario por lo que declaro disuelto el matrimonio de ambos por divorcio, con las medidas inherentes a tal declaración, rigiéndose por las siguientes disposiciones:

El uso y disfrute de la que fuera vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario se atribuye al Sr. Basilio , sito en PLAZA000 nº NUM000 de la localidad de Burguillos (Sevilla). Los gastos de la vivienda derivados de la propiedad, así como el IBI, deberán abonarse por mitades iguales hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.



Hasta la liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye el uso y disfrute del vehículo Citroën C4 matrícula ... HLJ a la Sra. Estrella asumiendo íntegramente el pago de cuantos gastos se deriven de la propiedad del mismo.

Se establece la obligación de la Sra. Estrella de abonar, en concepto de pensión por alimentos por su hija Patricia la cantidad de 150 euros mensuales, actualizables anualmente según la variación que experimente el IPC, pagaderos los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto se designe.

Se establece la obligación de contribución por cada progenitor al 50% de los gastos extraordinarios que se generen, de formación y salud que no se encuentre cubierto por la Seguridad Social ni por el Seguro Privado, previa comunicación y acreditación de los mismos.

No procede hacer imposición de las costas causadas. "

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. Tras la votación y fallo quedó visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. MANUEL DAMIÁN ÁLVAREZ GARCÍA.**

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de primer grado, que decreta el divorcio de los litigantes y adopta medidas reguladoras de sus efectos, interpone recurso de apelación la Sra. Estrella, que solicita la atribución del uso de la vivienda familiar sita en Burguillos hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, la fijación a su cargo de una pensión alimenticia de 60 euros mensuales a favor de la hija común Patricia y mientras no perciba beca de estudios, y la concesión a su favor de una pensión compensatoria del 30% de los ingresos de cualquier tipo que perciba el Sr. Basilio. Este impugna la sentencia apelada de contrario, pretendiendo la fijación de una pensión de alimentos, a favor de la hija Patricia y a cargo de su madre, de 500 euros mensuales, con eficacia retroactiva desde la interposición de la demanda de divorcio.

SEGUNDO .- Ciertamente es que la Ley 37/2011, de 10 de Octubre, dejó sin contenido el Art. 457 de la LECivil, regulador de la preparación del recurso de apelación, y entró en vigor el 31 del mismo mes, de suerte que la parte apelante debió interponer el recurso de apelación, directamente y sin preparación, en el plazo de 20 días.

Sin embargo, no es menos cierto que la sentencia apelada, fechada el 28 de Octubre de 2011, indica al final de su fallo que contra la misma cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días; dicho pie de recurso debió hacer creer a la parte demandante que seguía rigiendo la diferenciación entre preparación o anuncio del recurso en cinco días y formalización o interposición en veinte días, dada la proximidad temporal entre la emisión y notificación de la sentencia y la publicación y entrada en vigor de la Ley 37/2011.

En consecuencia, no resulta procedente declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación por extemporánea interposición.

TERCERO .- El uso de la vivienda familiar en Burguillos fue atribuido al Sr. Basilio no tanto porque padezca una incapacidad permanente absoluta, con un grado de minusvalía del 72%, consecuente a un grave accidente laboral sufrido en 1991, cuanto porque convive en dicho domicilio con sus tres hijas mayores de edad, y muy especialmente con Patricia, la menor de ellas, que carece de independencia económica y desarrolla estudios universitarios de Empresariales en Sevilla, alojándose en la residencia Blanco White y trasladándose a Burguillos los fines de semana y días festivos.

La convivencia de Patricia y de sus dos hermanas Raquel y Estefanía, con su padre, y la falta de recursos económicos propios de la menor de las tres hijas, también residente en la vivienda familiar, justifica la atribución del uso de la misma al progenitor con quienes las tres conviven. El hecho de que Patricia realice sus estudios en Sevilla y durante la semana se aloje en una residencia universitaria, no es óbice para entender que tiene su lugar de residencia habitual en Burguillos donde convive con su padre.

Consecuentemente, procede ratificar la atribución del uso de la vivienda familiar al Sr. Basilio, hasta que se proceda a la liquidación de la disuelta sociedad ganancial como de modo expreso se indica tanto en el Fundamento de Derecho tercero in fine, como en la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia, sin que sea exacta la afirmación de la parte apelante cuando manifiesta que tal atribución del uso se hace sin condicionantes y de forma ilimitada.



CUARTO .- La sentencia apelada fija una pensión de 150 euros mensuales y actualizables a cargo de la progenitora no conviviente con Patricia y a favor de ésta. Este Tribunal viene manteniendo el criterio de que la pensión alimenticia a favor de un hijo no debe bajar del umbral de los 150 euros mensuales, como mínimo vital de subsistencia, por precaria que sea la situación económica del progenitor alimentante, salvo en hipótesis de acreditada y efectiva indigencia.

Ello supuesto, la pensión mencionada ha de ser ratificada, pues guarda la adecuada proporcionalidad entre las necesidades de la hija alimentista -que cursa estudios superiores en Sevilla, se aloja en una residencia universitaria, y no existe constancia documental de la percepción de una beca en cuantía suficiente para cubrir los diferentes gastos que ello origina-, y la capacidad económica de la madre alimentante -que vive en régimen de alquiler, percibe una pensión por incapacidad permanente de 365 euros mensuales, y obtiene ingresos extras trabajando para familiares y conocidos como asistenta doméstica por horas-, y además respeta el mínimo vital que este Tribunal mantiene, pese a la penuria económica en que la Sra. Estrella ha de desenvolverse. La cantidad de 500 euros reclamada en reconvención resulta claramente desproporcionada y excede de modo notorio de las posibilidades reales de la alimentante.

Dicha pensión alimenticia necesariamente ha de operar y tener virtualidad y eficacia desde la fecha de presentación de la demanda reconvencional en aplicación del Art. 148.1 del Código Civil, pero no desde la fecha de interposición de la demanda inicial de divorcio, como pretende la parte demandada e impugnante.

QUINTO .- La sentencia apelada no contiene pronunciamiento alguno sobre la pensión compensatoria que solicitaba la demandante, lo que constituye un supuesto de incongruencia omisiva.

Sabido es que la concesión de la pensión compensatoria está supeditada a la acreditación del soporte fáctico que describe el párrafo primero del Art. 97 del Código Civil, consistente en que la ruptura de la convivencia matrimonial produzca un desequilibrio económico en uno de los cónyuges en relación con la posición mantenida por el otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior durante la vida en común, y que haga necesario resarcir al más perjudicado por la crisis conyugal.

La mayoría de las separaciones y divorcios inciden negativamente en la economía de ambos cónyuges, y resulta imposible equilibrar aritméticamente la situación de ambos con la disfrutada durante el período de convivencia. Por ello el reequilibrio no persigue la igualdad entre los patrimonios de ambos, sino situar a cada uno de forma autónoma en la posición económica que corresponda según sus propias aptitudes y capacidades para generar recursos económicos.

A raíz de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de Enero de 2010, los factores y circunstancias que enumera el Art. 97 del Código Civil operan no sólo como datos para cuantificar la pensión compensadora, sino también como elementos definitorios de la situación de desequilibrio económico que justifica el otorgamiento de tal pensión.

En el supuesto enjuiciado, la Sra. Estrella, nacida en 1957, ha dedicado 34 años de su vida, a atender y cuidar de su marido y de sus hijas, ha trabajado en tareas agrícolas, especialmente a raíz del accidente laboral sufrido por el Sr. Basilio en 1991, percibe una pensión por incapacidad permanente de 365 euros mensuales, y obtiene algunos ingresos no cuantificados trabajando por horas en la asistencia doméstica; por su parte, el Sr. Basilio, que tiene asignado el uso de la vivienda familiar en la que convive con sus tres hijas mientras la Sra. Estrella ha de pagar un alquiler, percibe una pensión por incapacidad permanente absoluta de 963,06 euros mensuales.

Tales circunstancias ponen de manifiesto la realidad de una situación de desequilibrio económico, que ha de ser compensada mediante la concesión a la Sra. Estrella de una pensión de cuantía fija y no proporcional, cuyo importe se cifra en 100 euros mensuales, atendiendo a los factores subjetivos y económicos reseñados, a la edad y estado de salud de la beneficiaria, y a los ingresos que obtiene por su prestación social y por su actividad doméstica, y teniendo en cuenta que los ingresos de las hijas convivientes con el padre, Raquel y Estefanía, no son computables para calcular el montante de dicha pensión. La cantidad de 100 euros, que el Sr. Basilio ha de abonar a la Sra. Estrella, desde la fecha de la presente resolución que reconoce el derecho, y con carácter indefinido que no vitalicio, representa el 12% de la pensión por incapacidad que percibe el obligado a su pago.

SEXTO .- Por todo lo expuesto, tanto el recurso de apelación como la impugnación de la sentencia apelada han de ser estimados pero sólo parcialmente, lo que determina la improcedencia de hacer especial pronunciamiento sobre costas procesales causadas en segunda instancia.

Vistos los preceptos legalmente aplicables.

FALLAMOS



Que, estimando parcialmente tanto el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Ignacio Espejo Ruíz, en nombre y representación de D^a Estrella , como la impugnación articulada por la Procuradora D^a Natalia Martínez Maestre, en nombre y representación de D. Basilio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de esta ciudad, en fecha 28 de Octubre de 2011 , debemos confirmar en parte dicha resolución, modificándola en los siguientes extremos: **1º)** La pensión alimenticia a favor de la hija común Patricia y a cargo de su madre tendrá eficacia desde la fecha de presentación de la reconvencción (19 de Julio de 2011); **2º)** Se establece una pensión compensatoria a favor de D^a Estrella y a cargo de D. Basilio de 100 euros mensuales, que tendrá eficacia desde la fecha de la presente sentencia. No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas procesales de segundo grado.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación fundado en el Art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y / o Extraordinario por Infracción Procesal.

El recurso deberá INTERPONERSE por escrito ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DIAS hábiles contados desde el siguiente a la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente y al que se acompañara copia del resguardo del DEPOSITO de 50 euros efectuado en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Segunda (4046 de Banesto-Sucursal Jardines de Murillo) en concepto de Recurso de Casación y, en su caso, por Infracción Procesal.

Asímismo deberá adjuntarse la autoliquidación de la TASA a la que se refiere la Ley 10/2012 de 20 de Noviembre, modificada por Real Decreto 3/2013 de 22 de Febrero y cuyo modelo para su pago se aprueba por Orden de 13 de Diciembre de 2012, con la modificación establecida en el citado Real Decreto.

En caso de no acompañarse justificante del depósito/s y/o de la Tasa no se dará trámite al recurso, salvo que goce de exención.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha. Doy Fe.