



Roj: **SAP PO 592/2009 - ECLI:ES:APPO:2009:592**

Id Cendoj: **36038370012009100155**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2009**

Nº de Recurso: **59/2009**

Nº de Resolución: **154/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00154/2009

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 59/09

Asunto: DIVORCIO 239/06

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 TUI

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. CELSO JOAQUÍN MONTENEGRO VIEITEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.154

En Pontevedra a treinta y uno de marzo de dos mil nueve.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de divorcio 239/06, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tui, a los que ha correspondido el Rollo núm. 59/09, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Ezequias , representado por el procurador D. PEDRO SANJUÁN FERNÁNDEZ y asistido por el Letrado D. CLARA BEIRÓ CALVO, y como parte apelante-demandado: D. Africa , representado por el Procurador D. ISABEL SANJUÁN FERNÁNDEZ, y asistido por el Letrado D. JAVIER MARTÍNEZ ÁLVAREZ; MINISTERIO FISCAL, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tui, con fecha 16 mayo 2008, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Ezequias , representado por el Procurador de los Tribunales D. Xosé Carlos Castiñeira González, contra D^a Africa , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a M^a Teresa Muñíos Torrado y asimismo, DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda reconventional interpuesta por D^a Africa , representada por la Procuradora de



los Tribunales D^a M^a Teresa Muiños Torrado, contra D. Ezequias , representado por el Procurador de los Tribunales D. Xosé Carlos Castiñeira González y, DECLARO disuelto por DIVORCIO el matrimonio contraído entre los litigantes en fecha 3 de febrero de 2006, con todos los efectos legales que esta declaración conlleva y ACUERDO la adopción de las siguientes medidas:

- 1.- Atribución de la guarda y custodia del hijo menor, Paulino , a la madre, D^a Africa , manteniéndose la patria potestad compartida por ambos progenitores.
- 2.- Atribución del uso y disfrute de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal, sita en C/ DIRECCION000 nº NUM000 , ático de Tui, al hijo menor, Paulino y a su madre, D^a Africa .
- 3.- Establecimiento de régimen de visitas del menor Paulino , consistente en que el padre, D. Ezequias podrá estar en compañía de su hijo, todos los sábados desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas. Estas visitas deberán desarrollarse en el punto de encuentro.
- 4.- Establecimiento en concepto de pensión de alimentos a favor del hijo menor de edad, Paulino , y a cargo del padre, D. Ezequias , de la cantidad de 1.200 euros mensuales, actualizables anualmente de acuerdo con el IPC de los doce meses anteriores. Dicha cantidad deberá ser satisfecha dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que designe la Sra. Africa .
- 5.- Establecimiento como pensión compensatoria a favor de D^a Africa , y a cargo de D. Ezequias , de la cantidad de 500 euros mensuales, actualizables anualmente de acuerdo con el IPC de los doce meses anteriores. Dicha cantidad deberá ser satisfecha dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que designe la Sra. Africa . Dicha pensión tendrá una duración de dos años contados a partir de la firmeza de la sentencia y, transcurridos los cuales, quedará extinguida.

No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Ezequias , Dña Africa se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día veintiséis de marzo para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En el presente proceso de divorcio, frente a la sentencia de instancia que declara la disolución del matrimonio y como medidas de carácter económico reguladoras de tal situación establece una pensión de alimentos a favor del hijo menor del matrimonio, Paulino , nacido el 11-5-2006, y a cargo del esposo, en cuanto progenitor no custodio, del orden de 1200 euros mensuales actualizables, así como una pensión compensatoria a favor de la esposa de un importe de 500 euros mensuales actualizables por tiempo de dos años, recurren en apelación ambos cónyuges. El esposo, en pretensión de que se reduzca la cuantía de la pensión alimenticia a favor del hijo a la suma de 250 euros mensuales, así como de que se acuerde que no ha lugar a fijar pensión compensatoria a favor de la esposa. Esta última, por su parte, al objeto de que se establezca como carga del matrimonio la obligación del esposo consistente en el abono de la mitad de la cuota mensual de amortización del préstamo hipotecario que grava el domicilio familiar, sito en la calle DIRECCION000 núm. NUM000 Ático NUM001 , de la localidad de Tui, dado que constituye la vivienda familiar cuyo uso y disfrute fué atribuido al hijo menor y a la esposa guardadora, y ello mientras no se produzca la liquidación del régimen económico-matrimonial.

SEGUNDO.- En el escrito de interposición de recurso de apelación del esposo, se aduce que la cuantía de la pensión de alimentos ha de fijarse poniendo en relación la capacidad económica del obligado a prestarlos con las necesidades de quién los recibe, poniendo de relieve respecto a los recursos del alimentante que sus ingresos netos ascienden a la suma de 2500 euros mensuales, haciéndose cargo la empresa del alquiler de su vivienda así como del abono de sus viajes de negocios y poniendo a su disposición un vehículo, que las sociedades mercantiles en las que participa como socio y figura como administrador se encuentran en fase de expansión y no reparten beneficios, que las adquisiciones de joyas se trata de regalos de empresa, y que tiene otros dos hijos de otra unión, de uno y dos años, y, por otro lado, el hijo de los litigantes es un menor de dos años con pocos gastos, siendo así que las pensiones alimenticias deben consumirse en las necesidades del beneficiario de las mismas sin constituir una forma de ahorro o previsión para el futuro; en relación a la pensión compensatoria, que la unión matrimonial duró apenas tres meses, sin que pueda tenerse en cuenta a efectos de cómputo el tiempo de convivencia de hecho que no genera derechos entre los miembros de la pareja, sin que tampoco tenga ningún tipo de influencia lo doloroso de la ruptura.



Mientras, en el escrito de interposición de recurso de apelación de la esposa, se alega en pro de la procedencia de su pretensión que el préstamo hipotecario es una carga del matrimonio que no cesará hasta que en su caso se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. Y ello con el fin de garantizar el pacífico uso de la vivienda por el hijo y por el cónyuge a quienes ha sido atribuido.

TERCERO.- Comenzando por el recurso del esposo, y en relación a la pensión alimenticia del hijo común, por lo que atañe a la situación económica del progenitor no custodio, el material probatorio obrante en autos pone de manifiesto que, tras el fallecimiento del padre en el año 2002, que llevó al recurrente y a sus hermanos a hacerse cargo de las empresas y negocios de la familia, su posición es harto acomodada y su nivel de vida elevado, como lo demuestra su participación en varias sociedades mercantiles, algunas con domicilio social en Portugal e implantación de otra nueva en el reino de Marruecos, que le llevan a viajar continuamente a diferentes partes del mundo, a disponer de vehículos caros y a adquirir artículos de joyería con destino a regalos de empresa, reconociendo serle sufragados los gastos de viajes, coche, vivienda y teléfono-móvil, encontrándose en la actualidad construyendo una casa en la zona de Tomiño que afirma no saber si al final se la quedará para uso propio.

Sobre la base de tales signos apreciables de recursos, por más que tenga atribuidas más cargas familiares por la existencia de otros dos hijos pequeños nacidos de otra relación, de partida cabe concluir la posibilidad del esposo de contribuir a los alimentos del hijo, Paulino , en la cuantía de 1200 euros mensuales señalada en la resolución de instancia apelada.

Ahora bien, como resulta del art. 146 CC , a la hora de la ponderación de la cuantía de la pensión alimenticia, no sólo ha de atenderse al caudal o medios del alimentante sino además a las necesidades del alimentista, y, teniendo en cuenta que la escasa edad del hijo (2 años) no le hace acreedor de importantes gastos asistenciales, se estima procedente reducir el importe de la pensión alimenticia a la suma de 600 euros mensuales actualizables, del orden del salario mínimo interprofesional; sin perjuicio de poder instar más adelante su revisión al alza de ser mayores las necesidades del hijo con el aumento de edad.

Por lo que respecta a la pensión compensatoria, en la resolución apelada se establece no sólo en base a los poco más de tres meses de duración del matrimonio (que no justificaría la concesión de tal clase de prestación) sino en contemplación también al anterior período de convivencia a las nupcias, similar a la etapa marital, que en su conjunto totaliza un tiempo de seis años.

Dada la discrepancia del recurrente con la computación del período de convivencia de hecho, se hace preciso indagar acerca del criterio existente al respecto en la doctrina jurisprudencial.

Como tiene proclamado el TS (sentencias 22-7-1993, 16-12-1996, 5-7-2001), las llamadas "uniones de hecho" o "more uxorio" constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no sólo por la Sala Primera del Tribunal Supremo sino también por el propio TC (sentencias 18-1-1993 y 8-2-1993 , entre otras).

La citada sentencia del TS, de fecha 22-7-1993, con expreso precedente en una anterior de 11-12-1992 , vino a señalar que las uniones matrimoniales y las "more uxorio" no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como realidades equivalentes y en consecuencia no serán aplicables a éstas últimas uniones las normas establecidas para el matrimonio, salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía. Poniendo a tal efecto de relieve la STS, de fecha 27-3-2001 , que precisamente donde se suele manifestar más la situación de anomía es en los posibles efectos económicos derivados de una ruptura de tales uniones de hecho producida unilateralmente y con relación a la posible indemnización atribuible al conviviente más desprotegido.

En la línea indicada, las STS de 17-6-2003 y 12-9-2005 , señalan que las uniones "more uxorio", cada vez más numerosas, constituyen una realidad social que, cuando reúnen determinados requisitos -constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos.

Ante la falta de una normativa específica legal y la ausencia de un pacto establecido por los miembros de una unión de hecho, con base en la autonomía de la voluntad negociadora establecida en el art. 1255 CC , en materia de compensación económica por mor de la ruptura de parejas de hecho han sido varias las vías utilizadas, tales como la doctrina del enriquecimiento injusto (STS 11-12-1992, 27-3-2001, 5-2-2004), la indemnización fundada en la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC (STS 16 la técnica del principio de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho (STS 17-1-2003, 17-6-2003, 23-11-2004), y la aplicación analógica del art. 97 CC (STS 5

Siendo admisible, por lo tanto, la posibilidad de compensación económica en caso de ruptura de una pareja de hecho, otrora consolidada, siempre que la cesación de la convivencia produzca desequilibrio en uno de



sus componentes, cual en el supuesto contemplado, en que la convivencia estable de la pareja del orden de seis años culminó con la celebración de su matrimonio y el nacimiento de un hijo, estimándose por ello de todo punto procedente, a la hora de la determinación de la pensión compensatoria, tomar en consideración la totalidad del tiempo de convivencia, anterior y posterior a la celebración del matrimonio.

Así las cosas, en atención a que el inicio de la relación convivencial fué la esposa la que llevó el peso en la obtención de los recursos económicos de la pareja, pasando tras el fallecimiento del padre del esposo - que llevó a éste a hacerse cargo de los negocios familiares- a trabajar en una de sus empresas, actividad laboral que deja de desarrollar en dicho ámbito empresarial como consecuencia de la ruptura matrimonial, teniendo en adelante que buscar empleo en otra parte con la consiguiente mayor dificultad de acceso al mismo, acrecentada por la dedicación que ha de prestar al hijo pequeño del matrimonio, se hace evidente la producción de un desequilibrio económico en la esposa, que la hace merecedora de la pensión compensatoria temporal en la cuantía establecida en la resolución impugnada.

CUARTO.- Por lo que hace al recurso formulado por la esposa, de la documental obrante en autos, consistente en la escritura de compraventa del piso de la DIRECCION000 , de la localidad de Tui, que a la postre se convirtió en la vivienda familiar, cabe desprender que dicho inmueble fué adquirido por los litigantes, con abono por los mismos de la totalidad del precio a la promotora, con anterioridad a la celebración de su matrimonio, por mitades y proindiviso, no teniendo por lo tanto carácter ganancial, conllevando ello el que venga a quedar al margen del proceso liquidatorio de la sociedad de gananciales del matrimonio.

En consecuencia, su régimen jurídico debe acomodarse a la normativa prevista para la comunidad ordinaria de bienes de los arts. 392 y ss CC , lo que comporta que, respecto a las cuotas de amortización del préstamo hipotecario en su momento solicitado para su adquisición, sea de aplicación el art. 393 del Código Civil , el cual dispone que "El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad", al igual que el art. 404 en relación a la división de la cosa común.

De ahí que se estime que la medida pretendida por la esposa, bien propiamente bien con el carácter de cautela o garantía, escapa del ámbito del presente proceso matrimonial. Y es que, como bien apunta la representación del esposo en su escrito de oposición al recurso de apelación formulado de adverso, carece de sentido vincular cualquier decisión al respecto a la liquidación del régimen económico-matrimonial, por cuanto la liquidación de la sociedad de gananciales no tendrá trascendencia alguna en relación a la vivienda (en régimen ordinario de proindiviso) y el préstamo hipotecario solicitado para su adquisición, el cual no constituye una carga del matrimonio sino una obligación contractual de los litigantes, contraída antes de la celebración de su matrimonio, frente a la entidad bancaria prestamista.

QUINTO.- Dada la especial naturaleza de esta clase de procedimientos, no se hace especial imposición de las costas procesales de la alzada.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el esposo don Ezequias , se desestima el recurso de apelación formulado por la esposa doña Africa , y se revoca parcialmente la sentencia de instancia impugnada, en el único extremo de establecer en la cantidad de 600 euros mensuales actualizables la pensión de alimentos en favor del hijo menor, Paulino , y a cargo del padre, manteniendo en lo demás los pronunciamientos de la sentencia apelada; todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.