

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia 999/2018 de 6 Nov. 2018, Rec. 1092/2017

Ponente: Ortuño Muñoz, José Pascual

Divorcio contencioso

SENTENCIA Nº 999/2018

Magistrados:

Doña M^a Pilar Martín Coscolla

Don José Pascual Ortuño Muñoz

Don Vicente Ballesta Bernal

Barcelona, 6 de noviembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 30 de octubre de 2017 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 811/2015 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Angel , en nombre y representación de Genaro contra la Sentencia de fecha 03/04/2017 aclarada por Auto de fecha 5/05/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Laura , en nombre y representación de Sol.

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: " **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por la representación de Sol contra Genaro y:

- **ACUERDO** el divorcio de Sol y Genaro, con todos los efectos que le son inherentes.

- **ESTABLEZCO** las siguientes medidas definitivas:

1- Atribuyo el **uso** de la vivienda familiar a la Sra. Sol.

2.- Fijo como **pensión de alimentos** a favor del hijo mayor Renato y a cargo del padre la suma de TRESCIENTOS EUROS (300€) al mes, que deberá ingresar en la cuenta que indique Renato, dentro de los cinco primeros días de mes, cantidad que será revalorizable anualmente conforme al IPC publicado en el mes de enero y en tanto Renato no disponga de independencia económica.

3.- Los gastos **extraordinarios** serán abonados al 50% por cada uno de los progenitores siempre y cuando hayan sido consensuados por las partes o, en su defecto, autorizados por el Juez.

4.- con carácter indefinido y en concepto de **pensión compensatoria**, el Sr. Genaro abonará mensualmente a la Sra. Sol la suma de CIENTO CINCUENTA EUROS (150€), dentro de los cinco primeros días de mes, en la cuenta que designe la Sra. Sol, cantidad que será revalorizable conforme el incremento del IPC.

5.- El Sr. Genaro abonará como **compensación por el trabajo** , a la Sra. Sol, la suma de DOCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UNO CON CINCO EUROS (12.251,05€)."

Siendo la parte dispositiva del Auto: " **ACUERDO** completar la sentencia nº 197/2017 de fecha 3-4-2017, dictada en los autos de las anotaciones al margen, y añadir:

En el FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO: La STS de 14/6/2011 que fija la doctrina siguiente " Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el Art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda".

La demanda fue presentada en fecha 7-10-2015, se celebró vista con la Magistrada titular de este Juzgado. No se puede cargar a la demandada con el pago de alimentos desde esa fecha, la tardanza en dictar sentencia excede de lo normal sobradamente y por causas que no son imputables a las partes. Tanto en el Auto de medidas provisionales de fecha 31-3-2016 como en el de aclaración de 14-4-2016, se fijó la pensión de alimentos en 300€, cuantía que se ha fijado también en sentencia. Entiende esta juzgadora que la pensión de alimentos deberá ser pagada desde la fecha de la sentencia, pues existe ya resolución anterior que fijaba la misma cuantía y circunstancias que supondrían que la demandada tuviera que responder por los problemas habidos en este juzgado.

Añadir un FUNDAMENTO DE DERECHO **OCTAVO: División de cosa común:**

El artículo 552.11, en sus apartados 1 y 5 del CCC establece que cualquiera de los cotitulares, si no se ponen de acuerdo para dividir la comunidad o para someter la división a un arbitraje, puede instar a la autoridad judicial para que efectúe la división. El objeto de la comunidad si es indivisible, o desmerece notablemente al dividirse , o es una colección que integra el patrimonio artístico, bibliográfico o documental, se adjudica al cotitular o a la cotitular que tenga interés en el mismo. Si existe más de uno, al que tenga la participación mayor. En caso de interés y participación iguales, decide la suerte. El adjudicatario o adjudicataria debe pagar a los demás el valor pericial de su participación, que en ningún caso tiene la consideración de precio ni de exceso de adjudicación. Si ningún cotitular tiene interés, se vende y se reparte el precio.

El art. 806 y ss. LEC regulan la liquidación del régimen económico matrimonial.

La fase declarativa en el procedimiento matrimonial quedará limitada a declarar la procedencia de la división solicitada. La valoración de los bienes y en su caso la formación de lotes deberá realizarse en ejecución de sentencia, momento procesal en el que se llevará ala práctica la división declarada y se hará efectiva la división.

Declaro la procedencia de división del los bienes propiedad de ambos, debiendo realizarse la misma en ejecución de sentencia.

Procede por tanto **añadir al Fallo** de la sentencia:

En el punto 2, pensión de alimentos: Dicha pensión será pagadera desde la fecha de la presente resolución.

Añadir un punto 6: Declaro la procedencia de **división** de los bienes propiedad de ambos, debiendo realizarse la misma en ejecución de sentencia."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 24/10/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado don José Pascual Ortuño Muñoz .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia, que ha decretado el divorcio de los litigantes y ha fijado las medidas reguladoras de sus efectos que se han transcrito en los antecedentes, es objeto de apelación en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y por la impugnación formulada por la representación de la actora que pretenden la revocación parcial de la resolución respecto a las medidas reguladoras de los efectos de crisis conyugal.

La representación del demandado solicita la revocación de tres pronunciamientos: a) la pensión de alimentos que se establece en beneficio del hijo común Renato (nacido el NUM000.1996) por haber abandonado su proceso formativo tras la mayoría de edad; b) la pensión compensatoria reconocida a la esposa, al considerar que no existe desequilibrio; y c) la compensación reconocida a la actora por desequilibrio patrimonial, al considerar que no ha habido una superior dedicación de la actora a la familia y que todos los bienes adquiridos durante la convivencia han sido escriturados como propiedad común y en proindivisión, salvo las donaciones de sus progenitores percibidas por el demandado.

La representación de la actora formula, a su vez, impugnación de la sentencia para que se incremente la cuantía de los alimentos al hijo común de los 300 € reconocidos, a los 700 € que precisa por su reincorporación al proceso formativo.

SEGUNDO.- La primera cuestión, por razones sistemáticas, que se ha de tratar es la del reconocimiento a favor de la esposa de la indemnización del artículo 232-5 del CCCat, que ha sido fijada por la sentencia de primera instancia en la cifra de 12.251 €, que representa una quinta parte de la diferencia entre los patrimonios de los cónyuges. La diferencia entre los patrimonios es debida únicamente a la adquisición por el demandado del 50 % de un apartamento en la localidad de Cunit (la otra mitad consta adquirida por su hermana), respecto al cual el recurrente, pese a que consta la adquisición onerosa como compraventa a su favor mediante el pago de una parte del precio convenido y la constitución de un crédito hipotecario por el resto, afirma que la adquisición fue consecuencia fue una donación de sus padres. En cuanto al resto de los bienes que conforman los respectivos patrimonios de ambos cónyuges, no existe discrepancia respecto a que fueron adquiridos en régimen de comunidad indivisa y por partes iguales, así como que fueron comprados con dinero procedente del trabajo y actividades productivas de ambos. Tampoco existe discrepancia en cuanto al avalúo del referido apartamento de Cunit objeto de la discrepancia.

La sentencia de primera instancia funda la decisión de reconocer la diferencia patrimonial a favor del esposo en el hecho de que la prueba que el mismo aportó para justificar que procedía de donación de sus padres, fundamentalmente un documento privado suscrito por sus padres y por su hermana, no es suficiente para desvirtuar la realidad formal que resulta del registro de la propiedad y de los títulos notariales que dan fe pública de la adquisición por compra por parte del demandado.

Pretende con el recurso el apelante principal que se revise la argumentación jurídica de la sentencia de primera instancia al respecto, pero no concreta el error en la apreciación del hecho controvertido, sino que se limita a reiterar una valoración subjetiva de la realidad subyacente que no puede ser acogida por el tribunal. En primer lugar, por cuanto la carga probatoria que pretende atribuir a la actora no corresponde a ésta según las reglas de distribución de tal responsabilidad que pesa sobre quien pretende dejar sin efecto la

constancia registral inscrita y los documentos públicos otorgados por las propias partes. No son únicamente las escrituras otorgadas ante notario en las que no se hace ninguna reserva del origen de las cantidades pagadas en concepto de precio, sino que también se derivan de la constitución de un crédito hipotecario en el que interviene el recurrente como prestatario y obligado al pago.

En consecuencia, y aun cuando la versión dada por el recurrente pudiera obedecer a un espíritu de generosidad de los padres del mismo que quisieron favorecer al mismo y mitigar la desigualdad con el trato más favorable que habían otorgado a la otra hija (hermana del recurrente) al pagarle sus estudios en un centro de élite, la realidad que los tribunales han de contemplar para la resolución de la controversia es la que resulta de los documentos públicos e inscritos, que no han sido impugnados.

Por lo que se refiere al segundo requisito legal del que se deriva la génesis del derecho a percibir compensación económica, es decir, la mayor dedicación de la mujer a la familia, la versión ofrecida por el recurrente de que ambos cónyuges han trabajado fuera del hogar y que los dos han colaborado de igual forma en las tareas domésticas no ha quedado acreditada. El propio hecho de la maternidad es ya, de por sí, un elemento importante, pero también lo es la progresión profesional del marido que le ha permitido ocupar un puesto de trabajo de singular relevancia, como es la jefatura de recursos humanos de una importante entidad mercantil, que es catalogado como puesto de alta dirección, y para el que es notoria la exigencia de una dedicación absoluta al trabajo desempeñado. La aportación de unos testimonios notariales de dos empleadas de hogar, pretendida por el recurrente como medio probatorio, además de su inocuidad por no haber podido ser sometidas al principio de contradicción, no pueden ser determinantes. Lo cierto es que la esposa ha trabajado como abogada, ha colaborado con una empresa y ha obtenido ingresos por su actividad profesional que ha invertido en la adquisición del patrimonio común, pero sin haber adquirido el nivel que ha obtenido el marido. Y no únicamente por el padecimiento físico que ha determinado la declaración de invalidez que tiene reconocida, sino por cuanto la gestión ordinaria de las necesidades del hijo durante su minoría de edad, así como de las necesidades de la familia, ha sido soportada por la esposa. La sentencia de primera instancia ya ha tenido en cuenta que esta dedicación no ha sido total, y por ello ha reducido el porcentaje de participación en el incremento del patrimonio del marido, pero no puede suponer la exclusión del derecho de la actora, como pretende la parte recurrente.

Este primer motivo del recurso del demandado debe ser desestimado, manteniendo íntegramente el pronunciamiento impugnado y, en consecuencia, la cuantía de la compensación establecida y la condena al demandado al pago de la misma.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la impugnación por el demandado de la constitución a favor de la esposa de pensión compensatoria que ha sido establecida con carácter indefinido y en cuantía de 150 € mensuales, la sentencia de primera instancia fundamenta su criterio en considerar que la ruptura matrimonial ha deparado una situación de cierto desequilibrio económico para la esposa en relación con la posición que ostentaba durante la convivencia, requisito éste que establece el artículo 233-14 del CCCat para el reconocimiento de la prestación.

No existe ninguna otra condición para el reconocimiento de la pensión que la existencia del desequilibrio. La alegación por la representación del recurrente de que la actora no ha perdido oportunidades laborales por su dedicación a la familia, sino que, por el contrario, ha podido desarrollar plenamente su carrera profesional, es parcialmente cierta, como también lo es que si ha tenido alguna limitación a la misma se ha debido al padecimiento de una enfermedad de la que no en absoluto responsable el marido.

En el caso de autos no puede acogerse el motivo alegado por el recurrente de que la exesposa, a pesar de la invalidez que manifiesta padecer, sigue trabajando en la misma empresa en la que lo hacía anteriormente, a la que sigue acudiendo a diario en motocicleta, por cuanto el hecho constatado es que la misma tiene reconocida una invalidez permanente por el sistema del mutualismo laboral y, frente a los dictámenes de los equipos médicos que la reconocieron no puede prevalecer la conclusión que obtiene un **detective** privado que ha realizado un seguimiento a la misma. En todo caso, la doctrina ha consolidado el criterio de que el momento en el que se ha de constar el desequilibrio es el de la ruptura (SSTSJ Cat 8.11.2004 y 24.2.2005). Si con posterioridad a la sentencia de primera instancia la beneficiaria de la prestación hubiese mejorado su situación y se hubiese reincorporado a la precedente actividad profesional anterior, sería en todo caso objeto de un ulterior proceso de modificación de medidas por cuanto la permeabilidad de los hechos nuevos durante la sustanciación de la apelación únicamente está prevista por la ley, artículo 752.4 LEC, en materias de orden público, y no respecto a aquellas que pertenezcan al ámbito del derecho dispositivo.

La cuantía de la prestación fijada en 150 € al mes es también razonable, teniendo en cuenta los ingresos regulares de uno y otro ex cónyuge.

El único extremo de la sentencia que merece ser acogido es el del carácter indefinido de la prestación. Teniendo en cuenta esencialmente que la propia resolución ha declarado la disolución de los bienes inmuebles comunes, lo que va a permitir a la actora disponer de un capital líquido relevante, y que, por otra parte, le ha sido reconocida compensación económica, y ha consolidado la pensión superior a los 1.700 que percibe, se ha de fijar un plazo de dos años desde la sentencia de primera instancia. La imposición al demandado de la obligación de paliar el desequilibrio económico de la actora tras la crisis conyugal, debe ser proporcional al perjuicio real causado, así como a las posibilidades de que el beneficiario obtenga frutos y rentas de su patrimonio que le permitan mejorar su nivel de vida.

En consecuencia, el recurso del demandado, en este extremo, debe ser acogido parcialmente.

CUARTO. - En cuanto a los alimentos del hijo común, Renato, fijados en 300 € mensuales, que cuenta ya con 21 años, se ha de considerar que la prestación alimenticia en beneficio de los hijos mayores de edad exige la concurrencia de dos circunstancias: en primer lugar, que sin solución de continuidad los hijos permanezcan conviviendo con el progenitor acreedor directo de la prestación; y, en segundo lugar, que la situación de necesidad permanezca o no se haya visto alterada por el acceso a las actividades productivas u otra causa que determine la obtención de rendimientos suficientes para la propia manutención (artículo 237- 1 y 13 del CCCat). Específicamente la ley prevé que el derecho a los alimentos y a los gastos de educación se extienden después de la mayoría de edad si no ha acabado sus estudios por causa que no sea imputable a los hijos, siempre que se mantenga un rendimiento regular.

Pues bien, en el caso de autos la sentencia recurrida no ha desestimado la demanda al considerar que el hijo es todavía dependiente de la madre, con la que actualmente convive, y que la actividad laboral que desempeña no le permite suficiencia económica.

Tras analizar las alegaciones de la parte recurrente se ha de concluir que el hijo Renato tiene suficiente autonomía. Tras su acceso a la mayoría de edad optó de forma libre y responsable dejar sus estudios y se incorporó a las actividades productivas, ejerciendo como comercial durante más de un año. El hecho de que posteriormente haya optado por dejar el trabajo y volver a estudiar para mejorar su formación es plausible y legítimo, pero el vínculo

de legitimación de la madre para reclamar alimentos en su nombre estaba ya roto cuando, en uso de sus plenos derechos civiles, dejó los estudios y se incorporó al mundo del trabajo.

En consecuencia con lo anterior, la prestación alimenticia en beneficio del referido hijo debe ser extinguida, sin perjuicio del derecho que asiste al propio hijo a reclamar de sus progenitores directamente alimentos, en caso de que concurriesen las circunstancias legales.

La estimación del recurso en este extremo, determina que deba ser desestimada la impugnación promovida por la actora que carece de todo fundamento, especialmente cuando la pretensión de incremento de la pensión del hijo ha sido deducida por la vía de los hechos nuevos posteriores al dictado de la sentencia de primera instancia y se refiere, además, a alimentos destinados a persona mayor de edad.

QUINTO. - La estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada determina que no proceda la imposición de las costas de la alzada a la misma. Y la desestimación de la impugnación formulada por la actora implica que deban serle impuestas las costas de la alzada a la misma respecto al recurso que le ha sido desestimado, de conformidad con lo que establece el artículo 398, en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DON Genaro, parte demandada, contra la Sentencia de fecha 3 DE ABRIL DE 2017 del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 15 de BARCELONA sobre divorcio, (autos nº 811/2015), debemos revocar y REVOCAMOS parcialmente dicha resolución en los siguientes extremos: a) la pensión compensatoria reconocida a favor de la esposa, se somete al plazo de dos años desde la fecha de la sentencia de primera instancia; transcurrido el cual quedará sin efecto; b) se extingue la contribución del padre a los alimentos del hijo común, Renato, en sede del proceso de familia, a partir de la fecha de la presente resolución, y sin perjuicio del derecho del propio hijo mayor de edad, a ejercitar las acciones alimenticias que pudieran corresponderle. Se desestiman el resto de las pretensiones del recurso de apelación, así como íntegramente, la impugnación formulada por la representación de la parte actora, DOÑA Sol; y debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la expresada resolución en todos sus demás extremos. No se hace especial pronunciamiento respecto a las costas del recurso del demandado, y se imponen las costas a la actora respecto al objeto de la impugnación formulada por la misma contra la sentencia de primera instancia.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvanse 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.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

LLEDÓ INVESTIGACIÓN