

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia 1100/2018 de 4 Dic. 2018

Ponente: Tomás García, María Isabel

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Modificación medidas separación o divorcio

SENTENCIA Nº 1100/2018

DÑA. M. ISABEL TOMAS GARCIA (PONENTE)

D. GONZALO FERRER AMIGO

DÑA. RAQUEL ALASTRUEY GRACIA

En Barcelona, a 4 de diciembre de 2018

La Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona formada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba identificados ha visto en grado de apelación los autos de Modificación de medidas nº 186/2016 seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de los de 0000 por demanda de D. Alberto, representado por la procuradora Sra. R. P. y asistido por la letrada Sra. N. Z., contra DÑA. Rosario, representada por el procurador Sr. M. y asistida por la letrada Sra. H. L., con intervención del Ministerio Fiscal y que penden ante nosotros en virtud del recurso interpuesto por la actora y la impugnación formulada por la demandada contra la Sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 8/5/2017 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- RESOLUCIÓN RECURRIDA.

En el procedimiento tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de 0000 recayó Sentencia el día 8/5/2017 cuya parte dispositiva establece textualmente lo siguiente:

"Estimo parcialment la demanda de modificació de mesures presentada per la procuradora Sra. R. P., en representació de Alberto, enfront d' Rosario, desestimo la demanda reconvenional presentada pel procurador Sr. Bertrán M.maría, en representació d' Rosario, enfront de Alberto, i, en conseqüència, declaro, sense fer especial pronunciament quant a les costes processals causades en aquest procediment, la dissolució de la comunitat en proindivís que ostenten ambdues parts respecte de l'habitatge familiar i que aquest bé immoble és materialment indivisible, sense perjudici de la seva adjudicació o venda que haurà de respectar el dret d'ús atribuït. Es mantenen la resta de mesures aprovades per la sentència de 7 de febrer de 2012, dictada per aquest Jutjat en el procediment núm. 449/2010."

SEGUNDO.- LAS PARTES EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

Contra dicha resolución el actor interpuso recurso de apelación al que se opuso la interpelada, quien a su vez formuló impugnación. Tras el traslado conferido, la actora se opuso a la impugnación formulada. A continuación las partes y el Ministerio Fiscal fueron emplazados ante la Superioridad y todos ellos comparecieron en tiempo y forma.

TERCERO.- TRAMITACIÓN EN LA SALA.

El día 7/11/2018 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal la Magistrada Dña. M. Isabel Tomas García, que actúa como ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

Contra la sentencia de 8/5/2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de 0000 formula recurso de apelación D. Alberto disconforme con la desestimación de la modificación peticionada en su demanda y relativa a la extinción del uso de la vivienda familiar que le fue atribuida a la Sra. Rosario en el procedimiento de guarda y alimentos de fecha 7/2/2012 por haber cesado de facto en dicho uso.

La demandada DÑA. Rosario impugna la sentencia de primera instancia disconforme con el pronunciamiento que acuerda la división de la copropiedad que ambos litigantes mantenían en relación al domicilio familiar y el pronunciamiento que deniega el incremento de la pensión de alimentos a favor de la menor y a cargo del padre.

Ambas partes se oponen a los escritos de la contraria. El Ministerio fiscal, en interés de la menor, ha interesado la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR D. Alberto.

Tal como expone la resolución de primer grado, a la que nos remitimos en este punto para evitar inútiles repeticiones (FJ 2º), para dejar sin efecto la Sentencia originaria, la de 7/2/12 dictada en el proceso de Guarda y custodia y alimentos 449/10, es preciso que a) las circunstancias que fueron tenidas en consideración en ese momento se hayan modificado de manera sustancial y duradera (arts. 233-7.1 CCC y 775.1 LECivil y SsTSJCat. De 14/10/09, 19/12/11, 25/3/13 y 23/3/15), en concreto las que determinaron la atribución a la sra. Rosario del uso de la vivienda familiar sita en la CALLE000 nº NUM000, NUM002 NUM001 de 0000 y b) que esa alteración sea acreditada, de manera cumplida, por quien la invoca, en este caso el sr. Alberto con la consecuencia de rechazo de su demanda en caso de insuficiencia probatoria (art. 217.1 y 2 LECivil).

Vigente a día de hoy la custodia de la sra. Rosario sobre la hija común, determinante de dicha atribución por acuerdo de las partes, la modificación instada por don Alberto se fundó en la falta de necesidad: según el actor, madre e hija habrían abandonado el inmueble para residir en la vivienda de la abuela materna sita en c/ 0001 nº NUM003- NUM004 de la ciudad de Barcelona.

Revisada la prueba, la Sala comparte la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida según la cual el sr. Alberto no habría acreditado que la madre y la hija menor hayan desocupado la vivienda familiar, copropiedad de ambos litigantes.

Es cierto que existen en la causa algunos elementos probatorios que pudieran avalar la tesis del actor apelante: - el informe de la detective sra. Eugenia (documento 3 de la demanda), según el cual, tras el correspondiente seguimiento realizado durante varios días, la sra. Rosario e hija ya no residirían en la vivienda familiar sino en Barcelona, en el domicilio de la abuela materna; - la testifical del sr. Alberto, lógicamente interesado en avalar la tesis de su hijo actor y - el cambio de la niña a un centro escolar de esta capital.

Ahora bien, junto a estos elementos existen otros que desvirtúan los anteriores o cuanto menos los ponen en tela de juicio: - por la proximidad entre los dos domicilios, el litigioso y el de la madre de la interpelada, no es extraño que ésta y la niña pasen tiempo en la 0001 sin que de ahí pueda inferirse, con el enlace preciso y directo requerido por el art. 386.1 LECivil, que la vivienda familiar haya quedado en desuso; - desocupación que negaron en la vista por vía testifical, no solo la abuela materna, quien podría estar interesada en el resultado del litigio, sino una vecina del inmueble que a priori no tendría interés en beneficiar a una u otra parte litigante; - tal como sucede en los litigios arrendaticios, la documental acreditativa de los suministros de agua y luz de la vivienda litigiosa es fundamental para descartar que la misma no sirva de lugar de residencia de la sra. Rosario e hija: a los folios 321 a 345 obran las facturas libradas por las compañías proveedoras de ambos servicios a la CALLE000 nº NUM000 NUM002 NUM001 de 0000 y en todas ellas se recogen unos consumos que superan los mínimos, lo que nos lleva a concluir que, con mayor o menor intensidad en atención al tiempo que pasan la sra. Rosario e hija en caso de la abuela materna, aquél no ha dejado de ser su centro vital hasta el punto de cesar la atribución del uso concedida en el precedente proceso.

TERCERO.- IMPUGNACIÓN FORMULADA POR DÑA. Rosario.

Dos son los motivos por los que la sra. Rosario se alza frente a la Sentencia de primer grado por la vía del art. 461.1 LECivil.

1.- Error en la valoración de la prueba al denegar el incremento de la pensión de alimentos a favor de la hija común.

El motivo no puede ser acogido.

La Sra. Rosario basó su pretensión modificatoria de incremento de la pensión alimenticia a cargo del sr. Alberto en dos circunstancias que la Sala, en línea con el Juzgado, considera que no suponen un cambio sustancial de las circunstancias originarias que justificaron el dictado de la Sentencia precedente:

1ª.- El aumento de las actividades extraescolares de la hija común. Se trata de una circunstancia absolutamente previsible en atención al proceso formativo de la niña (en el primer litigio, año 2.012, aún no había cumplido los 4 años), no comporta por tanto un incremento de las necesidades básicas de la alimentada (art. 237-9.1 CCCat.) y su realización ha sido fruto de una decisión unilateral de la madre de tal forma que no puede pretender cargarlas a la pensión ordinaria, que abona el padre incluyendo ya los gastos educativos (art. 237-1 CCCat.), incrementando su cuantía.

2ª.- El posible incremento de la capacidad económica del padre. Al margen de que se trata de una cuestión no abordada por el Juzgado, es una circunstancia que por sí sola no justifica el incremento de la pensión: si las necesidades de la alimentada no se han visto alteradas de manera significativa según acabamos de argumentar, de tal forma que con el pago de la pensión y el cuidado por la madre ya están cubiertas aquéllas por los dos obligados, la mejora económica del sr. Alberto no ha de tener incidencia alguna en la obligación alimenticia previamente definida. Es posible que el sr. Alberto tenga más ingresos en el presente - acaso también ocurra lo mismo con la sra. Rosario- pero también es posible que en el momento presente tenga nuevas cargas familiares, se quiere decir con ello que lo importante es constatar que las necesidades de la hija común están debidamente cubiertas con la pensión originaria sin que su cuantía pueda incrementarse en función de la mejora económica de los progenitores a modo de participación en los rendimientos de su trabajo o patrimonio.

II.- Infracción legal al ordenar la división del inmueble en copropiedad en sede de modificación de medidas frente al tenor literal del art. 232-12.1 CCCat . que reserva esa posibilidad a los procedimientos de separación, divorcio y nulidad.

El motivo se desestima pues esta Sala no comparte el criterio rigorista sostenido por la apelante basado en la literalidad del artículo 232-12 de la ley 25/2010 del libro segundo del Código Civil de Cataluña y del artículo 438.3.4ª de la LEC tras la redacción dada por la disposición final 3.12 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, y así lo hemos indicado en diversas resoluciones, entre otras sentencia de 22/11/2016. Conforme al artículo 3.1 del Código Civil estatal las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas; y es este criterio finalista el que hemos de valorar pues que el legislador haya olvidado recoger expresamente uno de los tipos de procesos que pueden darse en caso de crisis de pareja - incluso solo hace referencia a las casadas- no implica su exclusión desde el momento que en una modificación se pueden ver afectadas todo tipo de medidas acordadas en una resolución anterior con la finalidad de adaptarlas a la realidad de la situación de las partes implicadas; en esencia un proceso de modificación no es en su aspecto sustantivo sino la continuidad del de separación, divorcio o nulidad que le precedió y si en el primero, por razones de economía procesal y de evitación de nuevos gastos en asistencia jurídica tras la ruptura, se permite la acumulación de acciones, idéntica justificación y motivación lleva a aceptarla también en el ulterior. En consecuencia procederá la desestimación de la impugnación en este extremo.

CUARTO.- COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

La desestimación de las pretensiones del apelante y de la impugnante unido a la inexistencia de serias dudas de hecho o de derecho, más allá de las propias de toda situación litigiosa, justifica que las costas causadas por el seguimiento del recurso se impongan al sr. Alberto y de la impugnación a la sra. Rosario, conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 LECivil en relación al art. 394.1 de la misma norma.

QUINTO.- DEPÓSITO PARA RECURRIR.

Desestimado el recurso de apelación, conforme al punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el sr. Alberto pierde el depósito constituido, al que se dará el destino legal.

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

DESESTIMAR íntegramente el recurso de apelación formulado por D. Alberto así como la impugnación articulada por DÑA. Rosario contra la sentencia de fecha 8/5/2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de 0000 en los autos de modificación de medidas nº 186/2016 y en consecuencia:

1º.- Confirmamos dicha resolución en su integridad.

2º.- Las costas generadas por la tramitación del recurso de apelación se imponen a D. Alberto y las causadas por la tramitación de la impugnación a DÑA. Rosario.

3º.- D. Alberto pierde el depósito que constituyó para apelar, al que se dará el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma informándoles que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno; únicamente cabe recurso de casación en los supuestos del

número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1.3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea 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.

LLEDÓ INVESTIGACIÓN