

Procedimiento: Recurso de apelación

Sentido del fallo: Desestimación

PTE.: Gaiton Redondo, Mª Antonia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

En dichos autos por el Illmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 24 DE VALENCIA, en fecha 26 de Mayo de 2021, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando parcialmente la demanda de DIVORCIO planteada por la representación procesal de D. Onesimo contra Dª Rosalia y asimismo la de esta contra D. Onesimo debo declarar y declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio contraído por los referidos cónyuges, con todos los efectos legales, acordando la adopción de las siguientes medidas complementarias: 1ª.- Se atribuye a Dª Rosalia y a D. Onesimo el ejercicio y titularidad de la patria potestad. Se atribuye a Dª Rosalia la guarda y custodia sobre sus hijos, Tarsila y Sabino nacidos el NUM000/2007 y NUM001/2010, respectivamente, estableciéndose como régimen de comunicación y estancia con el progenitor Onesimo amplio y flexible, y mínimo fines de semana alternos desde el viernes tarde (salida del colegio) hasta el domingo a las 21.00 horas y reintegrándolos en el domicilio materno, más dos tardes intersemanales. 2ª.- En concepto de pension de alimentos, acuerdo que D. Onesimo abone a Dª. Rosalia por dicho concepto la cuantía de 300 euros-mes para cada menor, en la c-c que designe Dª. Rosalia actualizándose anualmente dicha cuantía conforme al IPIC abonando las partes por mitad, los gastos extraordinarios que devenguen sus hijos. 3ª.- Respecto del uso y disfrute de la vivienda familiar se otorga a Dª Rosalia y a los menores. 4ª.-Se desestima la fijación de pension compensatoria y de compensacion económica del [art 1438 CC \(EDL 1889/1\)](#), en favor de Dª Rosalia a cargo de D. Onesimo. Todo ello sin hacer una especial condena en las costas de este procedimiento."

En fecha 2 de Julio de 2021 se dicto auto aclaratorio, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Completar la Sentencia de fecha 26 de mayo de 2021, en los términos siguientes: Respecto la fijación del régimen vacacional, deberá ser disfrutado por mitad por ambos progenitores en las vacaciones de Navidad y Reyes; Fallas y Pascua; y el periodo vacacional de verano por quincenas completas y alternas en los meses de julio y agosto. Los días vacacionales de los meses de Junio desde el día que finalice el colegio hasta el 30 de junio y el mes de septiembre desde el 1 hasta el día previo de comienzo escolar, serán divididos por mitad y disfrutados por semanas alternas. En caso de desacuerdo, en los años impares alegrará el padre y en los años pares, la madre."

SEGUNDO.-

Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandante se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día 29 de Junio de 2022 para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni practicado prueba.

TERCERO.-

Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Dictada sentencia en procedimiento de divorcio se interpone recurso de apelación por la representación procesal de Onesimo para que se modifiquen dos concretos pronunciamientos, el relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar y el correspondiente al **importe de la pensión por alimentos** para los dos hijos menores de edad del matrimonio. Respecto del primero, alega el recurrente que cuando hay titularidad compartida de la vivienda, como es el caso, ha de atenderse a las circunstancias de cada cónyuge, siendo que a contraparte podría obtener ingresos superiores a los actuales si trabajase a jornada completa en DIRECCION002, no habiendo acreditado que necesite seguir usando de la vivienda familiar como residencia, pudiendo solucionarse el problema bien estableciendo un uso alternativo, no atribuir su uso a ninguna de los titulares, o establecer una limitación temporal, solución que las partes acordaron en un convenio que no se ha llegado a materializar. En cuanto al **importe de la pensión por alimentos**, alega el recurrente que el importe fijado en la sentencia no se ajusta a las necesidades de los dos hijos del matrimonio, que son de unos 200 Euros al mes, debiendo tenerse en cuenta que el Sr. Onesimo ha sufrido un descalabro económico como todos los autónomos. Termina solicitando nueva resolución por la que se fije en 400 Euros mensuales el **importe de la pensión por alimentos**, y se atribuya el uso de la vivienda familiar a la Sra. Rosalia hasta el 31 de diciembre de 2021.

La representación procesal de Rosalia y el MINISTERIO FISCAL solicitaron la confirmación de la sentencia dictada en la instancia con arreglo a las

SEGUNDO.-

Son datos relevantes para la decisión del presente recurso de apelación los que a continuación se exponen según resulta del contenido de las actuaciones.

Los Sres. Onesimo y Rosalia contrajeron matrimonio el 3 de octubre de 2003, habiendo tenido dos hijos en común, Tarsila, nacida el NUM000 de 2007, y Sabino, nacido el NUM001 de 2010, por tanto ambos menores de edad (15 y 11 años respectivamente). El 5 de febrero de 2010 los cónyuges otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen económico de separación de bienes, comparando por mitad en 2015 la vivienda que constituye el domicilio familiar. Tarsila está cursando la ESO en el Instituto DIRECCION000 y Sabino, que hace Primaria, acude al Colegio DIRECCION001, haciendo uso del comedor escolar y de la "escuela matinerana", servicios con un coste mensual de 85-87 y 44 Euros al mes respectivamente.

El Sr. Onesimo trabaja como autónomo como diseñador y vendedor de muebles en el sector hotelero, y si bien en 2020 sus ingresos no han sido los habituales a consecuencia de la situación de pandemia -lo que no deja de ser una situación circunstancial-, la información correspondiente a la declaración de la renta de dicho ejercicio económico obtenida del PNJ arroja unos ingresos anuales de 32.584,98 Euros, que netos al mes se traducen en 2.715,40 Euros, mientras que la Sra. Rosalia, que trabaja como empleada de DIRECCION002 con un contrato de duración indefinida desde 2002 y con reducción de jornada desde 2008, percibe una remuneración mensual neta de 1.358,80 Euros según la información que en relación a la declaración del Impuesto sobre la Renta de 2020 se obtuvo del PNJ. En pieza de medidas provisionales las partes llegaron al acuerdo de atribuir a la progenitora la guarda y custodia de los menores, con el consiguiente régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

TERCERO.-

Como ha quedado indicado en el fundamento anterior, la progenitora tiene atribuida la guarda y custodia de los dos hijos menores de edad del matrimonio, por lo que resulta de ineludible la aplicación del [artículo 96 del CC \(EDL 1889/1\)](#), conforme al cual, a falta de acuerdo, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Se trata, como dice la STS de 18 de enero de 2010, de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles, incluso con independencia de quien ostenta la titularidad de la vivienda. La atribución del uso de la vivienda a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, no permitiendo dicho precepto establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda mientras sigan siéndolo.

Ciertamente dicho precepto permite que no se atribuya al hijo menor de edad el uso de la vivienda familiar, pero para ello es necesario que, como señala la STS 10/10/2011, la necesidad de habitación se encuentre satisfecha a través de otros medios, "solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor", y en el caso de autos no ha quedado acreditado que dichas necesidades de habitación puedan verse satisfechas de otro modo que no sea con la atribución del uso de la vivienda familiar a Tarsila y a Sabino y, consecuentemente, a la progenitora custodia.

Tampoco resulta de las pruebas practicadas en autos que concurran motivos por los que proceda una limitación temporal de tal uso, habida cuenta que la regla contenida en el [artículo 96 CC \(EDL 1889/1\)](#) es taxativa, no permitiendo establecer ninguna limitación a la atribución del uso a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja (STS 14/04/2011).

CUARTO.-

Alega el recurrente que la **pensión por alimentos** en cuantía de 600 Euros al mes no se ajusta a las necesidades de los menores y que su situación económica actual no es la misma que durante la vigencia del matrimonio, habiéndose visto obligado a regresar a casa de sus padres, pero como tiene indicado este Tribunal al respecto de esta cuestión -por todas Sentencia de 13 de febrero de 2017-, << las necesidades determinantes para la fijación de los alimentos son únicamente "las de los hijos en cada momento", es decir, que las circunstancias concretas de los hijos menores son las que definen y, consiguientemente, excluyen otros parámetros para la valoración, como pudiera ser la posición de los padres, a diferencia de lo que se establece para los alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes, y de modo más concreto el [artículo 146 CC \(EDL 1889/1\)](#) , que recoge el criterio de proporcionalidad respecto de quien los da y los recibe. Todo ello supone que los progenitores deben de prestar alimentos a los hijos conforme a sus necesidades mínimas en cada concreto momento, por cuanto se trata de un deber impuesto por norma jurídica expresa y que alcanza relevancia constitucional, como expresamente refiere el [artículo 39.3 de la Constitución \(EDL 1978/3879\)](#) al disponer que: "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda"; por su parte el [Código Civil en su artículo 154 1.1º \(EDL 1889/1\)](#) impone el deber de los progenitores respecto de los hijos menores de "alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral", por lo que un padre, respecto de unos hijos menores de edad sometidos a su patria potestad, no puede escudarse en sus pocos ingresos, en el aumento de gastos o, incluso, en la situación de paro, para no dar alimentos suficientes dentro de un mínimo decoroso de subsistencia, y más, cuando al no darse la convivencia diaria con ellos, está desplazando con exclusividad esa obligación a la madre que necesariamente tendrá que dar de comer a los hijos.>>

Así, el precepto específico a aplicar para el caso de alimentos a los hijos menores derivados de la crisis matrimonial, es el [artículo 93 del CC \(EDL 1889/1\)](#), que para la adecuada valoración, cuantificación y fijación de los mismos no hace referencia, como si hace el [artículo 146 CC \(EDL 1889/1\)](#) ,

a que "La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.", sino que "El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento".

En atención a cuanto se ha expuesto y dado el importe de los ingresos del Sr. Onesimo que respecto del ejercicio 2020 han quedado acreditados, sin perjuicio de las eventuales circunstancias que pudiera haber impuesto la situación de pandemia ya superada, teniendo en cuenta el nivel económico que ha disfrutado la familia y las actuales necesidades de Tarsila y Sabino, no cabe más que confirmar la sentencia dictada en la instancia.

QUINTO.-

Con arreglo al criterio mantenido por este Tribunal en los procesos de familia y en atención a la naturaleza de las cuestiones suscitadas, no se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia,

Ha decidido:

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Onesimo contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2021 - aclarada por Auto de 2 de julio del mismo año-, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Valencia en autos de divorcio n.º 1313/20, confirmamos dicha resolución, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la alzada.

Se acuerda la pérdida por la parte apelante del depósito constituido para recurrir (D.A 15º L.o 1/2009)

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional siempre que concurren las causas y se cumplimenten las exigencias del [artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(EDL 2000/77463\)](#) y, en su caso, y acumuladamente con al anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, en un solo escrito, ante ésta Sala, en el plazo de veinte días, contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la [Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \(EDL 2009/238888\)](#); salvo que tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el cual deberán acreditar, al efectuar cualquier solicitud ante el Tribunal superior.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 46250370102022100416

Conceptos

Pensión de alimentos como efecto de la nulidad matrimonial, separación o divorcio

Determinación del uso de la vivienda y ajuar familiar