



Roj: **SAP IB 889/2021 - ECLI:ES:APIB:2021:889**

Id Cendoj: **07040370042021100162**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **15/04/2021**

Nº de Recurso: **446/2020**

Nº de Resolución: **180/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GABRIEL AGUSTIN OLIVER KOPPEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00180/2021**

**Rollo núm.: 446/2020**

**S E N T E N C I A N.º 180/2021**

Ilmos. Sres.

Don Diego Jesús Gómez-Reino Delgado, presidente

Don Álvaro Latorre López

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a, quince de abril de dos mil veintiuno.

Esta Sala ha visto, en grado de apelación, los presentes autos de juicio de divorcio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de DIRECCION000 , bajo el número 206/2019 , **Rollo de Sala número 446/2020**, en los que han intervenido como:

**Demandado-apelante:** D. Anibal , representado por el procurador D. José Rafael Ros Fernández y dirigido por el letrado D. Francisco Lorente Ramírez.

**Demandante-apelada:** D.ª Emma , representada por el procurador D. Alberto Vall Cava de Llano y dirigida por la letrada D.ª Irene Hernando Algarate.

Ha sido parte apelada el Ministerio Fiscal.

Es ponente el Ilmo. Sr. don Gabriel Oliver Koppen.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de DIRECCION000 , dictó sentencia en fecha 5 de marzo de 2020, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

«Que estimando la demanda presentada por el procurador de los tribunales D. Alberto Vall Cava de Llano en nombre y representación de D.ª Emma , frente a D. Anibal , debo decretar y decreto la disolución por DIVORCIO del matrimonio formado por ambas partes con sus efectos inherentes sin hacer pronunciamiento sobre las costas, y acordar las siguientes medidas paternofiliales:

- Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor a la madre, y la patria potestad será compartida entre el padre y la madre.



-El padre abonará una pensión de alimentos de 150 euros por el hijo menor y otra por la hija mayor de edad (total 300 euros mensuales) los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre, que se actualizará conforme al IPC interanual, más el 50% de los gastos extraordinarios.

-El padre podrá relacionarse con su hijo menor a falta de acuerdo los fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta la entrada el lunes y dos tardes intersemanales de 18 a 20 horas los martes y jueves. Las vacaciones escolares se dividirán por mitad entre el padre y la madre empezando la madre los años pares y viceversa.

-La vivienda familiar se atribuye a la madre».

**SEGUNDO.-** La parte demandada ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia, recurso que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo día 14 de abril de 2021.

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

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

### PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

Frente a la sentencia por la que acuerda la disolución del matrimonio contraído entre D.<sup>a</sup> Emma y D. Anibal por divorcio y las medidas en relación con los hijos habidos de esta relación, Genoveva y Conrado, nacidos respectivamente los días NUM000 de 2000 y NUM001 de 2003, interpone recurso de apelación D. Anibal con fundamento en los siguientes motivos:

#### 1.- Pensión de alimentos.

Alega error en la valoración de la prueba al no tener en cuenta los limitados ingresos que percibe el padre, que provienen de una pensión por incapacidad, así como que la hija mayor de edad es independiente económicamente.

#### 2.- El uso de la vivienda familiar.

No se ha tenido en cuenta la prueba existente sobre los ingresos de ambas partes y se ha desoído lo manifestado por el hijo menor de edad, Conrado, quien manifestó su voluntad de convivir con su padre y con su madre.

### SEGUNDO.- La vivienda familiar.

Para resolver esta cuestión debemos partir del hecho de que en este momento ambos hijos habidos en el matrimonio son mayores de edad, ya que el hijo menor, Conrado, nació el NUM001 de 2003 y ha cumplido ya dieciocho años.

El artículo 96 del Código civil dispone:

«En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Es doctrina fijada por el Tribunal Supremo desde la sentencia 5 de septiembre de 2011 y reiterada en sentencias de 30 de marzo y 14 de noviembre de 2012, 12 de febrero de 2014, 29 de mayo de 2015, 17 de marzo y 25 de octubre de 2016 que:

«... la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección...».



«...La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».

Así se recoge en la sentencia dictada por este tribunal en fecha 20 de septiembre de 2018.

Por otra parte, como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de junio de 2017, recogiendo una reiterada doctrina del tribunal:

«(...)según la doctrina de esta misma sala, "ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código CivilLegislación citada que se aplicaReal Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 142 (08/06/1981), tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CCLegislación citada que se interpretaReal Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 96 (09/08/1981) , según el cual "no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección"».

En el caso que analizamos podemos ver cómo, pese a las alegaciones que hace la parte apelante en su escrito de recurso, la situación económica de ambos cónyuges resulta similar. La esposa con unos ingresos por un trabajo durante unos meses del año y el esposo con una pensión por incapacidad permanente total. La esposa es titular, junto con su hermano, de un local comercial destinado al alquiler, pero no se ha justificado que perciba por su explotación unos ingresos regulares. Por otro lado, el esposo figura también como titular al 50% de determinados bienes inmuebles.

No existe un interés más necesitado de protección que justifique la atribución del uso de la que fue vivienda familiar a uno de los cónyuges, de manera que la vivienda que fue familiar queda desafectada como tal. Su única titular registral es la esposa, que reside en la vivienda.

### **TERCERO.- Pensión de alimentos.**

Como ha recordado el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de octubre de 2016, reiterando lo ya señalado en resoluciones anteriores, como la de 5 de noviembre de 2008, los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo. Ni la obtención de una titulación académica exime de la obligación siempre que no se acredite la obtención de ingresos ni se carezca de la necesaria diligencia para el desarrollo de su carrera profesional ( sentencias de 8 de noviembre de 2012 o 12 de julio de 2015).

Ha señalado también el Tribunal Supremo en sentencia 21 de septiembre de 2016 que el derecho de alimentos al hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la extinción de la patria potestad se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado «principio de solidaridad activa» que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado ( art. 152 del Código civil); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores. El juez debe fijar los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código civil.

Indica también:

«La ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestros tribunales, en atención a las circunstancias del caso y a las socioeconómicas del momento temporal en que se postulan los alimentos. Partiendo de que el periodo de formación se encuentra finalizado, se ha negado alimentos por tener el hijo trabajo, aunque fuese precario, y en otras ocasiones por ser, aún sin tener trabajo, demasiado selectivo en las características del empleo pretendido

Esta Sala, acudiendo a las circunstancias mencionadas del caso concreto, ha decidido, bien por negar los alimentos para no favorecer una situación de pasividad de dos hermanos de 26 y 29 años, bien por concederlos



( STS 700/2014, de 21 noviembre) a una hija de 27 años por entender que no es previsible su próxima entrada en el mercado laboral, cuando la realidad social ( artículo 3.1 CC) evidencia la situación de desempleo generalizado de los jóvenes, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata».

No se discute la procedencia de fijar una pensión de alimentos a favor del hijo, Conrado, quien recientemente ha alcanzado la mayoría de edad. El debate se centra en la hija, Genoveva, nacida en el año 2000. Alega el apelante que su hija cuenta con ingresos suficientes para sufragar sus estudios, dado que trabaja durante la temporada de verano y que ambos progenitores han realizado ingresos periódicos en una cuenta de la que es titular la hija al objeto de poder pagarlos. Tal y como se indica en la sentencia objeto de recurso, no se ha practicado prueba suficiente del alcance de tales percepciones. En la sentencia se incurre en un error al indicar que el demandado no compareció al acto del juicio, pero ello no invalida la valoración probatoria que se hace en ella, pues tiene en cuenta los elementos de prueba obrantes en los autos.

El hecho de que la hija mayor desarrolle una actividad remunerada durante la época de verano y que cuente con una cantidad de dinero procedente de las imposiciones que puedan haber hecho los progenitores en una cuenta bancaria no implica que percibe cantidades que permitan apreciar una suficiencia económica para desarrollar una vida independiente. Es al apelante, quien se opone al pago de la pensión, a quien le corresponde la prueba de esa suficiencia económica. No es esto, por otra parte, lo que afirma en su recurso, en el que se sostiene que percibe ingresos suficientes para costearse los estudios. El importe de estas percepciones no se concreta de forma alguna.

No puede estimarse el recurso en cuanto a la pensión de alimentos de la hija mayor.

Resta por determinar el importe de la pensión que el padre deberá abonar a la madre por los alimentos de los hijos, dado que éstos residen junto con su madre en la vivienda de la que ella es titular exclusiva.

La sentencia objeto de recurso fija una cantidad de 150 euros por hijo. Esta cantidad es la que es normalmente considerada como «mínimo vital». Ahora bien, no puede desligarse la determinación del importe con la capacidad económica de quien debe prestar alimentos. Los ingresos del esposo se limitan a la pensión que percibe por incapacidad permanente total, pensión limitada que asciende a la suma de 767,46 euros brutos mensuales, según consta en la investigación patrimonial obrante en los autos. Atendido el limitado importe de la pensión se estima que la cantidad que puede abonar mensualmente para el mantenimiento de sus hijos debe limitarse a la suma de 100 euros mensuales para cada uno de sus hijos. En caso contrario se situaría al padre, quien ya no reside en la que fue vivienda familiar, en una situación económica difícil de sostener, pues no consta ni que perciba otros ingresos ni qué actividad pueda realizar dada su situación de incapacidad. Esta cuantía podrá ser revisada en el caso de que se acrediten ingresos superiores.

#### **CUARTO.- Costas.**

Habida cuenta la especial naturaleza de la materia objeto del presente recurso de apelación no procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

#### **FALLAMOS**

Esta Sala acuerda:

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Anibal contra la sentencia dictada en fecha 5 de marzo de 2020 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de DIRECCION000 en los autos del procedimiento de divorcio de los que el presente rollo dimana.

Revocar la sentencia en los siguientes extremos:

- No se hace especial atribución del uso de la vivienda familiar.
- El importe de la pensión de alimentos que deberá abonar al padre queda fijado en la suma de 100 euros mensuales por cada uno de los hijos.

No hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada, con devolución del depósito consignado para recurrir.

**Recursos.-** Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.



Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15.ª de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial n.º 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así se manda y firma.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia certifico.