



Roj: SAP B 8157/2014 - ECLI:ES:APB:2014:8157
Id Cendoj: 08019370122014100507
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 12
Nº de Recurso: 1152/2013
Nº de Resolución: 465/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº 1152/2013-R

JUZGADO VIOLENCIA SOBRE LA MUJER 1 MATARÓ

DIVORCIO CONTENCIOSO (ART.770 - 773 LEC NÚM. 32/2013

SENTENCIA Nº 465/14

Ilmos. Sres.

DON JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN

DON JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

DON JOAQUÍN BAYO DELGADO

En la ciudad de Barcelona, a diez de julio de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso (art.770 - 773 Lec , número 32/2013 seguidos por el Juzgado Violencia sobre la mujer 1 Mataró, a instancia de Dña. Ana , representada por el procurador D. JOAN JOSEP CUCALA PUIG y dirigida por la letrada Dña. MÓNICA OLMEDO MUÑOZ, contra D. Sergio , representado por la procuradora Dña. AMANDA PONS BIALOWAS y dirigido por el letrado D. ÓSCAR LLORENTE MERCHAN; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 28 de junio de 2013, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: " QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda de DIVORCIO CONTENCIOSO formulada por la Procuradora Dña. Anna Vilanova Siberta en nombre y representación de DÑA. Ana , declaro disuelto por DIVORCIO el matrimonio formado por D. Sergio y DÑA. Ana . No se hace expresa imposición de costas.

Las medidas definitivas reguladoras de los efectos del divorcio son las siguientes:

1.- Se mantiene la patria potestad del hijo menor de edad Juan Francisco compartida entre ambos progenitores, correspondiendo a la madre el ejercicio ordinario de la patria potestad y a ambos de común acuerdo el ejercicio extraordinario.

2.- Se atribuye a la madre Dña. Ana la guarda y custodia del menor.

3.- No se fija ningún régimen de visitas del menor Juan Francisco con su padre, quedando a voluntad del hijo las comunicaciones y visitas con su progenitor.

4.- El uso de la vivienda familiar sita en DIRECCION000 , nº NUM000 , esc. NUM001 , NUM002 - NUM003 de Montgat se atribuye a la esposa Dña. Ana y al hijo Juan Francisco .

D. Sergio deberá abandonar la vivienda antes del 1 de agosto de 2013.

A partir de que el esposo abandone la vivienda, todos los suministros y gastos de comunidad así como los gastos de conservación, mantenimiento, impuestos, tasas, etc. de la vivienda, se abonarán por Dña. Ana , en cuanto usuaria del inmueble.

5.- Se fija como pensión de alimentos para el hijo Juan Francisco la cantidad de 200 euros mensuales a partir del 1 de julio de 2013. El pago se abonará por el padre en doce mensualidades dentro de los cinco primeros días de cada mes, a ingresar en la cuenta bancaria designada a tal efecto por la madre. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística.

En cuanto a los gastos extraordinarios del hijo que no sean previsibles ni periódicos y no estén cubiertos por la Seguridad Social o mutua privada, se deberán satisfacer entre ambos progenitores por mitad.

La pensión de alimentos al hijo se mantendrá después de su mayoría de edad hasta que obtenga ingresos propios o se encuentre en situación de obtenerlos porque haya abandonado los estudios.

6.- No ha lugar al pago de pensión compensatoria alguna a favor de D. Sergio .

7.- No ha lugar a acordar nada en relación a la tenencia de la perra Diamante .

Comuníquese esta sentencia, una vez firme, a las oficinas del Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio de los sujetos del pleito."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado; se dio traslado a la contraria, con el resultado que obra en las actuaciones, y se elevaron las mismas a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 2 de julio de 2014.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente D. JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN, y ejerciendo su voto particular el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN BAYO DELGADO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los contenidos en la sentencia apelada, en cuanto no sean contradictorios con los de la presente resolución, y;

PRIMERO .- La sentencia definitiva del proceso contencioso de divorcio del primer grado jurisdiccional, que decretó la disolución del vínculo conyugal existente entre D. Sergio y Doña Ana , y determinó las medidas o efectos civiles complementarios a tal estado legal, ha sido objeto de apelación por el demandado D. Sergio .

En la formulación de su recurso de apelación solicita, frente a los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia: a) la constitución de una pensión compensatoria por desequilibrio económico del artículo 233-14 del Código Civil de Cataluña , en favor del recurrente, en la cuantía de 1.000 euros mensuales peticionada en la fase procedimental de la contestación a la demanda; b) la concesión del uso compartido de la mascota familiar, y en concreto de la perra Diamante , por meses alternos, o bien que se determine un régimen de visitas, en favor del recurrente, con la finalidad de relacionarse con la misma, y; c) la atribución al apelante del uso y disfrute de los dos inmuebles familiares, de propiedad compartida, hasta la liquidación efectiva del patrimonio común de las partes, y teniendo en consideración que el uso de la vivienda conyugal ha sido concedido a la accionante que ostenta la guarda y custodia del hijo común Juan Francisco .

La apelada Doña Ana y el Ministerio Fiscal se han opuesto a las pretensiones impugnatorias propias del recurso de apelación, instando la plena confirmación de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO .- La primera cuestión que se ha planteado en sede de la presente alzada procedimental, en las alegaciones contenidas en el escrito de oposición al recurso de apelación, es la relativa a la falta de reconvencción expresa por parte del instante de la prestación, cuando era exigible a tenor del carácter dispositivo de la pensión compensatoria por desequilibrio económico.

Es de apreciar en las actuaciones que el demandado en la fase procedimental de la contestación a la demanda de la contraparte, peticionó en su favor la constitución de una pensión compensatoria

por desequilibrio económico, del artículo 233-14 del Código Civil de Cataluña , en el antecedente fáctico decimoprimer, contra lo manifestado por la accionante en su demanda, también en el hecho decimoprimer, en el que se aducía que, habida cuenta que cada litigante desarrollaba su profesión y se habían repartido los ahorros familiares, no cabía pronunciamiento alguno sobre pensión compensatoria por desequilibrio económico.

La introducción en el proceso por parte de la accionante en su escrito de demanda, de la cuestión referida a la no constitución en favor de ninguno de los litigantes de pensión compensatoria por desequilibrio económico, hacía innecesario, procesalmente hablando, la formulación de expresa reconvencción por el demandado, con solicitud de concesión de prestación de tal naturaleza, ni se trataba en suma de reconvencción de carácter implícito, no prevista en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, sino de aducir el derecho a la prestación por materia inmersa en el proceso en la demanda rectora de la relación jurídico-procesal.

En base a tales consideraciones, emanadas de constante doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ha de desatenderse el alegato deducido por la apelada en su escrito de oposición al recurso.

TERCERO .- El artículo 233-14 del Código Civil de Cataluña regula la prestación compensatoria, a la que tiene derecho el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada respecto a la de su consorte. La prestación no puede exceder del nivel de vida del que disfrutaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniéndose en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, de carácter prioritario.

La indicada prestación tiene por objeto la prolongación de la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, para reequilibrar de manera equitativa la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado por la separación o divorcio en relación con su estatus económico constante el matrimonio (SS. del T.S.J.C de 27 de octubre de 2006 , 10 de noviembre de 2009 , 20 de abril de 2010 , entre otras.

La crisis conyugal que supone la falta de convivencia matrimonial sirve de elemento nuclear para valorar la situación económica de los cónyuges y el momento para apreciar si existe verdadera desigualdad entre los mismos, siendo el título que genera el derecho el de la extinción del régimen económico matrimonial por sentencia de separación, nulidad o divorcio (SS. del T.S.J.C de 28 de octubre de 2003 , 11 de diciembre de 2006 y 26 de septiembre de 2007 , entre otras muchas.

Las circunstancias fácticas posteriores a las sentencias de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, que determinen un aumento de la capacidad económica de uno de los cónyuges o la disminución de la misma en cualquiera de ellos, no se ha de tener en cuenta a la hora de la constitución de la pensión compensatoria, pues es en el tiempo de la ruptura o cese de la convivencia cuando ha de concurrir la situación del desequilibrio económico entre los cónyuges, base o razón de ser de la pensión compensatoria.

El desequilibrio económico tras el cese de la convivencia matrimonial, que implica en uno de los cónyuges un empeoramiento de su situación constante el vínculo conyugal, debe de resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. El desequilibrio que debe compensarse debe tener en consecuencia su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura.

La constatación del hecho de una mayor capacidad de ingresos de uno de los consortes, respecto al otro, si no refleja una situación de absoluta disparidad desequilibrante, puede no dar lugar a la concesión de la pensión compensatoria, pues la misma no tiene por finalidad equiparar la situación económica de los esposos, sino lograr colocar al más perjudicado por la ruptura en situación de igualdad de oportunidades laborales y económicas, respecto del otro, teniendo en cuenta su estatus constante el matrimonio, razones que permiten considerar improcedente la pensión compensatoria en supuestos en que ambos cónyuges trabajan y perciben ingresos, aunque sean de diferente cuantía, y sin que el matrimonio haya constituido un obstáculo para su desarrollo profesional (S. del T.S de 22 de junio de 2011 , en cuanto a la pensión compensatoria del artículo 76 del Código Civil .

CUARTO .- Sentada la naturaleza de la pensión compensatoria y la doctrina jurisprudencial de la misma, se ha de considerar, en el caso enjuiciado, la no concurrencia de sus presupuestos legales.

La esposa tiene la profesión de abogada y el esposo la de arquitecto. Durante la convivencia matrimonial ambos han generado ingresos, que determinaron un nivel de vida confortable, desde un punto de vista económico.

La actora venía percibiendo unos 7.000 euros mensuales brutos, debiendo de atender sus gastos de colegiación y mutualidad, los de personal, impuestos fiscales y sus propias necesidades. El demandado ha reconocido en el proceso que, cuando el sector de la construcción iba bien, percibía ganancias como arquitecto del orden de unos 3.000 a 4.000 euros mensuales.

La disminución de su capacidad económica, tras la crisis del sector, que ahora viene poco a poco remontando, al constar por datos oficiales el alta en el ramo de más de 11.000 afiliados, no tiene su origen en el divorcio de las partes, sino en causa distinta debida a la falta de edificaciones derivada de la bajada en el sector.

Además no consta acreditada la alegación del demandado, de percibir en la actualidad 300 o 400 euros mensuales, al dedicarse el mismo también, además de a la arquitectura, a realizar determinados servicios como asesor fiscal y financiero, y como perito judicial, cuyo nivel de ingresos no ha probado, carga de la prueba que le afectaba, a tenor de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Finalmente es de apreciar que el demandado obtuvo, tras el reparto de las cuentas corrientes comunes de las partes, un capital de 60.000 euros, y ostenta la titularidad compartida, junto a la actora, de la vivienda otrora conyugal de la DIRECCION000 , NUM000 , de Montgat, de un inmueble en la AVENIDA000 NUM004 - NUM005 , en Badalona y de finca urbana en Seira, provincia de Huesca.

La división y posterior liquidación de tales bienes comunes, a instancia de cualquiera de los partícipes en la propiedad, conducirá a un aumento de sus medios de carácter económico.

Las circunstancias descritas determinan, examinadas individualmente y en su conjunto, la desestimación de la pretensión del recurrente sobre la constitución en su favor de una pensión compensatoria por desequilibrio económico, al no concurrir la situación de desequilibrio, derivada del divorcio, entre las partes, ni en consecuencia una desmejora del demandado en la situación constante el matrimonio, derivada de la disolución del vínculo conyugal.

QUINTO .- La pretensión del recurrente sobre la atribución del uso del resto de los bienes comunes de los cónyuges, distintos a la vivienda conyugal, ha de ser desatendida, dado que tras la entrada en vigor del Libro II del Código Civil de Cataluña, se ha dejado sin efecto el antiguo artículo 76.3 a) del ya derogado Código de Familia de Cataluña, que permitía entrar en el conocimiento jurisdiccional del uso de otras residencias distintas a la conyugal, si se diese el caso.

Las viviendas no constitutivas del hogar familiar estarán sujetas a las normas sustantivas del condominio de bienes, que rige entre las partes.

SEXTO .- Se ha introducido dentro del debate jurisdiccional, en el proceso contencioso de divorcio, una materia ajena a las medidas o efectos civiles complementarios a la disolución del vínculo conyugal, que pueden contenerse en la sentencia que ponga fin a la relación jurídico-procesal.

En la demanda reconventional interpuesta por el demandado en la fase procedimental de la contestación a la demanda principal, se solicitó expresamente que el cuidado de la mascota que convivía en el domicilio conyugal, y en concreto la perra *Diamante* , se efectuase de manera conjunta y alternativa por las partes, poniéndose así coto a la decisión unilateral de la accionante de privar al demandado de tenerla periódicamente en su compañía.

La cuestión planteada no tiene carácter baladí, pues es frecuente en muchos hogares españoles la tenencia en el seno de la convivencia familiar de determinados animales domésticos, en el caso enjuiciado un cánido, creándose entre la mascota y todos los miembros de la familia lazos afectivos, dedicándose a su cuidado, y asumiendo sus necesidades de alimento, higiene y tratamiento veterinario.

La privación de la compañía del animal, a uno de los consortes, por consecuencia del cese de la vida matrimonial, o por ruptura de una unión estable de pareja de hecho, produce sentimientos de tristeza, desasosiego, ansiedad y añoranza, en la persona a la que se priva de su compañía.

Legislativamente la cuestión podría haberse introducido en la materia propia de los procesos matrimoniales de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, pues los animales domésticos constituyen un bien de carácter mueble, a tenor del artículo 511-1. del Código Civil de Cataluña , que pueden ser objeto de titularidad dominical exclusiva o compartida y, en consecuencia, de posesión exclusiva o de coposesión.

La ley 22/2003, de 4 de junio del Parlamento de Cataluña, sobre protección de los animales, en su artículo 2 los define de manera más extensa que la simple consideración de bienes, al conceptualarlos como seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, y de movimiento voluntario.

Los artículos 233-2 y siguientes del Libro II del Código Civil de Cataluña, no regulan entre las medidas provisionales ni en las definitivas de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, la cuestión de los animales domésticos, que se encuentran en el seno de la convivencia familiar y que forman parte integrante del mismo como mascotas o animales de compañía.

La aplicación analógica de lo preceptuado en cuanto al régimen de visitas de los progenitores no custodios, respecto a los hijos menores de edad, resulta improcedente, pues no tiene base o razón de ser en una relación paterno-filial, por lo que no es de apreciar la identidad de razón para servirse de la aplicación analógica a la que se refiere el artículo 4.1 del Código Civil.

En el hogar conyugal se aprecian la concurrencia de determinados bienes. Unos integran el concepto de enseres personales de cada uno de los cónyuges, que son susceptibles de ser reclamados, bien en sede de las medidas provisionales o en el proceso principal, por quien ha salido del domicilio familiar, procediendo efectuar un inventario sobre los mismos.

Otros bienes constituyen el ajuar doméstico, cuya utilización viene afectada por la concesión del uso del domicilio conyugal, de forma tal que la constitución del uso en favor de un cónyuge determina inexorablemente la concesión, además, del ajuar doméstico ordinario del inmueble.

Finalmente se ha de reseñar que también pueden encontrarse en el inmueble conyugal, determinados bienes de trascendencia económica, al margen del concepto de ajuar doméstico, como sucede en el caso de alhajas, joyas, obras de arte pictórico, esculturas, y demás de semejante naturaleza, que puedan pertenecer a los consortes de manera exclusiva o compartida. El que se considere titular dominical del bien, podrá deducir acción en proceso declarativo, tendente a la declaración de su dominio y a la recuperación de la cosa, a través de pretensión reivindicatoria.

Si consta el dominio compartido, en régimen de comunidad de bienes, entonces podrá ejercitarse la acción de división de bienes comunes y de liquidación de los mismos, en el supuesto de no haberse acumulado la acción en el proceso matrimonial.

Los animales domésticos no se encuentran en la categoría de los enseres personales, ni en la naturaleza propia del ajuar doméstico, pues su inclusión en una de esas categorías supondría una interpretación forzada de los preceptos sustantivos que regulan la materia.

Las mascotas domésticas son pues seres vivos, que en concepto de bienes muebles se encuentran en el domicilio familiar, susceptibles de ser reclamados en propiedad, y en el supuesto de titularidad dominical conjunta, proceder al ejercicio de acciones en proceso declarativo, tendentes a obtener la división del bien común, o el uso compartido, sin detrimento de la utilización por el otro partícipe en la propiedad, que constituye derecho inherente al régimen de la comunidad de bienes.

La alegación de la demandante de no conceder que el demandado tenga en su compañía a la mascota Diamante, por entender que ostenta la titularidad administrativa de la misma, se desvanece por la aplicación del artículo 232-3.2 del Código Civil de Cataluña, que determina que si los bienes se adquieren a título oneroso, en el régimen matrimonial de separación de bienes, durante el matrimonio y son de valor ordinario destinados al uso familiar, cual aquí sucede con la mascota controvertida, se presume que pertenece a ambos cónyuges por mitad indivisa, sin que prevalezca contra tal presunción la mera prueba de la titularidad formal.

En base a las consideraciones jurisdiccionales dichas, es factible deducir la pretensión del recurrente sobre la mascota familiar, en proceso distinto al presente de carácter matrimonial, y en concreto en juicio declarativo, tal como hemos expresado.

SÉPTIMO .- La desestimación del recurso de apelación no conduce a la imposición al recurrente de las costas procesales derivadas del mismo, dada la concurrencia de dudas de derecho en la materia propia del recurso, solventadas en sede de la presente alzada procedimental, con la consecuencia de la quiebra del principio del vencimiento objetivo, y ello conduce a no efectuar especial declaración de condena de las costas procesales, causadas en la presente alzada, a tenor de lo preceptuado en los artículos 394.1 y 398.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña AMANDA PONS BIALOWAS, en nombre y representación de D. Sergio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer 1 de Mataró, en fecha 28 junio de 2013 , en proceso contencioso de divorcio, número 32/2013, y en consecuencia se confirma la sentencia de primera instancia en todos sus pronunciamientos, sin efectuar especial declaración de condena de las costas procesales derivadas del recurso de apelación.

Contra esta sentencia 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.

Voto particular

que formula Don JOAQUÍN BAYO DELGADO:

Coincido con mis compañeros en todos los fundamentos de la sentencia dictada en la apelación 1152/2013, salvo en la exclusión de pronunciamiento sobre la tenencia del animal de compañía a que se refiere el fundamento de derecho sexto de la sentencia.

Sentada la conclusión de que la mascota es propiedad común de los litigantes según el artículo 232-3.2 CCCat y de que su tenencia merece tutela judicial, creo que hay base suficiente en nuestro derecho para no excluir ese pronunciamiento del presente pleito y no remitir a las partes a otro proceso declarativo.

Comparto el criterio de no asimilar ese pronunciamiento a un régimen de relación paterno-filial pero no estoy de acuerdo en asimilar a un animal de compañía (según el artículo 3.b del Texto refundido de la Ley catalana de protección de los animales) a los bienes muebles distintos al ajuar doméstico o a los enseres personales de los miembros de la familia. Los lazos afectivos que la propia sentencia reconoce hacen que los animales domésticos o de compañía formen parte del hogar familiar y como tales más asimilables a los objetos vinculados al domicilio que a los meros bienes muebles que pueden ser objeto de un proceso declarativo al margen del proceso de familia. Así pues, esa asimilación no lleva a poder aplicar el artículo 233-4.2 CCCat interpretado según la realidad social y a regular judicialmente la tenencia de los animales domésticos con criterios adecuados a su condición de seres vivos, vinculados a los miembros de la familia con lazos afectivos que deben ser protegidos. El artículo 233-1.g) CCCat , en sede de medidas provisionales, contempla la regulación judicial de la tenencia de bienes comunes, lo cual también lleva a interpretar el artículo 233-4.2 CCCat en esa línea, para evitar el contrasentido de que se pueda regular una materia provisionalmente pero luego no quepa adoptar una medida definitiva sobre ella, en un tema claramente incluido en el concepto de hogar, que no es el caso de otros bienes comunes (respecto de los que solo cabe imaginar la medida provisional cuando se ejercita la acción de división).

Así pues, la sentencia de la que solo parcialmente disiento ha debido regular la tenencia y cuidado de la mascota familiar. FECHA UT SUPRA.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.