

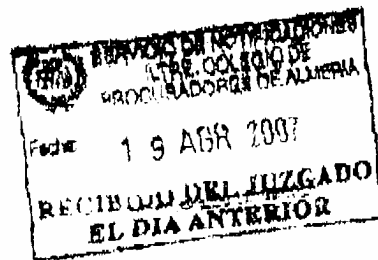
AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA
SECCION Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
ALMERIA

Nº IG 0401337026050000564
Nº Procedimiento 9º Civil 387/2005
Asunto 101002/2005
Divorcio Contencioso (N) 442/2005
Juzgado de origen JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº2 DE ALMERIA (ANTIGUO MIXTO 2)
Apelante
Procurador
Abogado BONILLA MORENO MARIA ISABEL
Apelado

SENTENCIA nº 59/07

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE
D. BENITO GALVEZ ACOSTA

MAGISTRADOS
D. RAFAEL GARCIA LARAÑA
Dª GEMA MARIA SOLAR BELTRAN



En la ciudad de Almería, a 19 de marzo de 2007.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, Rollo nº 387/05 los autos procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Almería seguidos con el nº 442/05 sobre Divorcio Contencioso.

De una como Apelado y de otra como demandante
y defendido por la letrada Sra. Bonilla Moreno.

En el procedimiento ha intervenido el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia que declara el divorcio del matrimonio de los litigantes y establece las correspondientes medidas complementarias se alza la parte demandada pretendiendo se establezca la pensión de alimentos a favor del hijo menor en el modo y la cuantía, respectivamente, fijados en el suplico de su escrito de recurso, así como que se acuerde respecto del domicilio familiar donde vive el menor en compañía de la madre también en el modo expresado en su contestación a la demanda y en el recurso.

El Ministerio Fiscal, actuando en interés del menor, ha peticionado en el escrito de oposición a la apelación, la íntegra ratificación de todas las medidas impugnadas.

SEGUNDO.- Respecto al motivo relativo al domicilio familiar donde vive el menor en compañía de la madre debe partirse de las siguientes premisas, actora y demandado pusieron fin a su convivencia matrimonial mediante Sentencia de separación dictada el 5 de Marzo de 2001, estableciendo, entre otros extremos, que la esposa continuaría junto con el hijo del matrimonio en el que fuese domicilio conyugal, sito en la calle Buenavista núm. 18, 4º 1, de Almería, ello sin perjuicio de la titularidad conjunta de dicha vivienda por ambos padres y de que el préstamo hipotecario que la grava sea satisfecho al 50% por cada uno de ellos. En la actualidad el menor tiene dieciséis años y convive con su madre en dicho domicilio; y el actor, alegando que doña [redacted] vive maritalmente con otro hombre y posee recursos económicos suficientes, solicita la modificación de las medidas concernientes al uso del piso en los términos expuestos en su contestación a la demanda, primero, y reiterados en su escrito de recurso, después.

No puede ocultarse que el pacto por el que se atribuyó a la esposa y al hijo que en su compañía quedaba el uso y disfrute del que hasta entonces había sido hogar familiar venía directamente condicionado tanto por el hecho de que tal atribución resultaba más favorable al citado hijo, como por la propia situación personal de los cónyuges al tiempo de su separación; esto es, que con el establecimiento de la medida quiso darse la respuesta más adecuada al conflicto surgido de la ruptura matrimonial, sin atender a otros elementos de convicción que los que la realidad familiar ofrecía: a) unos esposos separados, b) un hijo de su matrimonio, y c) un piso-vivienda comun-ganancial.

Ahora bien, si la evolución de los acontecimientos ha venido a trastocar semejante estado de cosas, introduciendo en escena a una tercera persona, D. [redacted], con quien Doña [redacted] ha iniciado una relación sentimental estable, hasta el punto de hacer con él vida marital en el mencionado piso, como la propia demandada reconoce en confesión en el acto de Juicio, resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso del tan reiterado piso (art. 91, último inciso, del Código Civil), ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibile por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyo el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Y es que, en definitiva, si el conyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial deseara fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando.

Lo dicho, como se ve, ni afecta a la medida relativa a la custodia del hijo menor del matrimonio, que no hay razón para modificar, ni implica tampoco la atribución al marido de la vivienda debatida, para lo cual no habría ninguna razón válida, sino que significa, sin más, que el interesado podrá ~~hacer~~ en cualquier momento la liquidación del inmueble común que constituyo el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o conviniendo la adjudicación a uno de los cotitulares, con la correspondiente compensación a favor del otro. Esto concilia perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho. Demos además añadir que la sustancial mejora de la situación económica de la madre desde la separación hasta el momento presente, perfectamente acreditada en autos, le hace capaz de hacer frente a la adquisición de otra vivienda o de la mitad de la que tiene junto con el recurrente, si a este acuerdo llegaran.

Cuanto precede determina la estimación del recurso en este extremo, decretándose, por ende, la extinción de la atribución del uso de la vivienda ganancial a favor de la esposa e hijo, pudiendo las partes, desde ahora, proceder a la venta de la misma o su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente.

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de [redacted], contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Jefe de Primera Instancia núm. dos de Almería, en fecha 14 de Julio de 2005, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de

[redacted] y se decreta la extinción de la atribución del uso de la vivienda ganancial a favor de la esposa e hijo, pudiendo las partes, desde ahora, proceder a la venta de la misma o su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente, confirmando el resto de la resolución recurrida.

No procede hacer declaración alguna sobre las costas de esta alzada.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos