

Roj: STS 7943/2012
Id Cendoj: 28079110012012100692
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1525/2011
Nº de Resolución: 713/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio 718/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Alvaro , la procuradora doña Maria del Carmen Ortiz Cornago. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Gracia Esteban Guadalix, en nombre y representación de doña Gloria . Con intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de don Alvaro interpuso demanda de juicio de divorcio, contra doña Gloria y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que :

- 1.- La disolución del **matrimonio** contraído entre mi representado y su esposa.
- 2.- Confirmar a la Sra. Gloria la guarda y custodia de los hijos del **matrimonio** Anibal y Benigno , de 7 y 5 años de edad, compartiendo ambos progenitores la patria potestad sobre los mismos.
- 3.- Fijar a favor del Sr. Alvaro , el siguiente régimen de visitas:
 - a) Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del Colegio hasta el lunes por la mañana que los reintegrará al Colegio alemán.
 - b) Los miércoles de cada semana desde la salida del Colegio hasta el jueves por la mañana que los llevará al centro escolar.
 - c) Los puentes se unirán al fin de semana
 - d) El 50% de los días de fiesta intersemanal.
 - e) El día del cumpleaños del padre.
 - f) Los cumpleaños de los hijos serán repartidos por años de forma alternativa, pudiendo el progenitor que no le corresponda tenerlos ese año, visitarlos ese día durante dos horas.
 - g) Las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Semana Blanca y Verano, serán repartidas por mitad entre ambos progenitores, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares.
- 4.- Atribuir a los hijos y a la madre el uso y disfrute del domicilio familiar, sito en el PASEO000 , núm. NUM000 , de esta Capital.
- 5.- Fijar con cargo al esposo y en concepto de alimentos para los hijos la cantidad de 1.400 euros mensuales, a razón de 700 euros mensuales, por cada uno de ellos, actualizable a tenor del IPC.
- 6.- Que los gastos extraordinarios de los hijos sean sufragados al 50% por ambos progenitores, previo acuerdo.

7.- Que la **hipoteca** que grava el domicilio familiar sea pagada al 50% por cada una de las partes, al ser el citado inmueble un proindiviso.

8.- No ha lugar a fijar pensión compensatoria para la Sra. Gloria por cuánto que ésta posee ingresos propios y el divorcio no le produce desequilibrio económico.

9.- Anotar la sentencia de divorcio en el Registro Civil donde consta inscrito el **matrimonio** de las partes.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestado la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

La procuradora doña Gracia Esteban Guadalix, en nombre y representación de doña Gloria , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Alvaro y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se tenga por interpuesta demanda de divorcio estimando la misma, acordando el divorcio y acordando la aprobación del convenio propuesto anteriormente, con la consiguiente modificación de las mediadas provisionales adoptadas por auto de 28 de mayo de 2009, sin expresa pronunciación sobre las litis expensas.

Por auto de fecha 28 de julio de 2009, se acumula el procedimiento nº 728/09 al procedimiento 718/09.

2.- La procuradora doña Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de don Alvaro , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la se desestime dicha demanda y se estime íntegramente la interpuesta por esta parte con fecha 26 de junio pasado.

La Procuradora doña Gracia Esteban Guadalix, en nombre y representación de doña Gloria , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que , sin perjuicio de lo solicitado en nuestra demanda acumulada a esta, acuerde dictar las medidas que solicitamos en nuestra demanda de divorcio acumulada a esta, y que no señalamos aquí para evitar repeticiones innecesarias.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid, dictó sentencia con fecha 7 de mayo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio contencioso interpuesta por la representación en autos de don Alvaro contra doña Gloria , así como la demanda de doña Gloria contra don Alvaro la disolución del **matrimonio** civil celebrado el 22 de julio de 1984 entre doña Gloria y don Alvaro , sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas, acordando las siguientes medidas.*

Se establece como pensión de alimentos a favor de sus hijos Alejandro y Beatriz., menores de edad a cargo de Don Alvaro la cantidad de MIL SETECIENTOS EUROS (1.700 #) por cada uno de los hijos, sumando un total de TRES MIL CUATROCIENTOS (3.400 #) mensuales que deberá abonar el actor en la cuenta bancaria que al efecto designe la demandada dentro de los cinco primeros días de cada mes, y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publica el INE.

Los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad.

Uso y disfrute del domicilio conyugal se atribuye, así como los enseres y el ajuar que en el se encuentran se atribuye a Doña Gloria junto con sus hijos. Debiendo, Don Alvaro , llevarse consigo sus enseres de carácter personal.

Se atribuye el vehículo e vehículo Mercedes Clase A matrícula- YDG a Doña Gloria .

*Respecto a la **hipoteca** que grava la vivienda familiar correrá a cargo del padre Don Alvaro .*

No se establece pensión compensatoria.

Se atribuye la guardia y custodia de los hijos menores de edad, Anibal y Benigno A la madre, Doña Gloria , siendo la patria potestad compartida.

Se establece un régimen de visitas del progenitor no custodio será progresivo, que se efectuara en fines de semana alternos desde el sábado a las 11:00 horas al domingo a las 20:00 horas, por espacio de tres meses, transcurridos los cuales se podría ampliar a fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio al domingo a las 20:00 horas. Todas las entregas y recogidas se efectuaran en el Punto de Encuentro familiar dependiente del Ayuntamiento de Madrid C/ Ortéga y Gasset, 100, Area de Gobierno,. Empleo y Servicios

a la Ciudadanía) salvo las entregas de los viernes que se realizarán, como se ha dicho anteriormente, en el centro escolar.

Todos los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 19:30 horas que el padre los entregará a la madre en un Punto de encuentro Familiar.

En cuanto a los periodos vacacionales el padre no disfrutará de las vacaciones de Semana Santa del año en curso (ya pasadas), y las visitas se desarrollarán como si no fuera periodo vacacional. Las vacaciones de verano de 2010 corresponde al padre quince días seguidos, eligiendo este en caso de desacuerdo años pares y la madre los impares. Las vacaciones de Navidad de 2010 y los sucesivos periodos vacacionales se distribuirán por mitades (en las entregas y recogidas se harán en el Punto de encuentro Familiar) salvo concurren circunstancias que no lo hagan aconsejable.

El Punto de Encuentro Familiar que intervenga en el presente caso informará mensualmente al Juzgado sobre el cumplimiento de las visitas para que dicha información oriente a la hora de realizar la nueva evaluación psicosocial que se propone para dentro de unos seis meses, como también se ve necesaria la derivación del caso al Centro de Atención a la Infancia (C.A.I. C/ Plenos Baja 41, local 28029 Madrid) de cara a intervenir en la degradación sistemática de la figura parental por parte de la madre, quien informará bimensualmente al Juzgado.

Se dictó auto de aclaración con fecha 21 de Julio de 2010 cuya parte dispositiva dice: Rectifico la sentencia dictada en este procedimiento los autos de divorcio contencioso número 718/09 y acumulado el 728/09 en el siguiente sentido:

Donde dice: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la Demanda de divorcio contencioso interpuesta por la representación en autos de Don Alvaro contra Doña Gloria, así como la demanda de Doña Gloria contra Don Alvaro la disolución del **matrimonio** civil celebrado el 22 de julio de 1984 entre Doña Gloria y Don Alvaro, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas, acordando las siguientes medidas:

Debe decir: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la Demanda de divorcio contencioso interpuesta por la representación en autos de Don Alvaro contra Doña Gloria, así como la demanda de Doña Gloria contra Don Alvaro se declara la disolución del **matrimonio** civil celebrado el 22 de julio de 1998 entre Doña Gloria y Don Alvaro, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas, acordando las siguientes medidas:

Se añade: Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial.

Donde dice: "Se establece como pensión de alimentos a favor de sus hijos Alejandro y Beatriz, menores de edad a cargo de Don Alvaro la cantidad de MIL SETECIENTOS EUROS (1.700 euros) por cada uno de los hijos, sumando un total de TRES MIL CUATROCIENTOS (3.400 euros) mensuales que deberá abonar el actor en la cuenta bancaria que al efecto designe la demandada dentro de los cinco primeros días de cada mes, y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publica el INE."

Debe decir: "Se establece como pensión de alimentos a favor de sus hijos Anibal y Benigno, menores de edad a cargo de Don Alvaro la cantidad de MIL SETECIENTOS EUROS (1.700 euros) por cada uno de los hijos, sumando un total de TRES MIL CUATROCIENTOS (3.400 euros) mensuales que deberá abonar el actor en la cuenta bancaria que al efecto designe la demandada dentro de los cinco primeros días de cada mes, y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publica el INE."

Manteniéndose el resto de pronunciamientos de la sentencia referida".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Alvaro, la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Alvaro, representado por la procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago; y desestimando, igualmente, el interpuesto por doña Gloria, representada por la procuradora doña Gracia Esteban Guadalix, contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2010, aclarada por auto de 21 de julio de 2010, del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid y dictada en el proceso de divorcio número 718/2009; debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución íntegramente; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

TERCERO .- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal don Alvaro con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: ÚNICO** Alega como infringidos los arts. 90, 91, 1437, 1438 y 393 del CC. Según el recurrente ambos litigantes se encontraban casados en régimen de separación de bienes titulares conjuntos del bien inmueble gravado con crédito hipotecario,

que deben hacer frente ambos titulares por mitad. Cita las sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2008 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de enero de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Gracia Esteban Guadalix en nombre y representación de Gloria presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso interpuesto con las consecuencias jurídicas que se deriven.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día siete de noviembre del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio **Seijas Quintana**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Alvaro formuló recurso de casación por interés casacional contra la sentencia que le obliga a asumir el 100% del **pago** de la cuota de la **hipoteca** que grava la vivienda que constituye el domicilio familiar, en contra de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 28 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2008 , según la cual el **pago** de las cuotas correspondientes a la **hipoteca** contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges y no constituye **carga** del **matrimonio** a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 CC y por tanto el **pago** de la **hipoteca** cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada **matrimonio**, que en el caso lo es de separación de bienes.

SEGUNDO.- El recurso se estima.

Aun sin decirlo expresamente, la sentencia considera el **pago** de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal como una **carga** propia de un **matrimonio**, y lo pone a cargo del padre sin otra motivación que la siguiente: " *sin perjuicio de la repercusión que debe tener en la liquidación del régimen económico matrimonial o de las obligaciones directamente nacidas de las partes con el Banco concedente del préstamo* ". Lo cierto y evidente es que la sentencia desconoce las sentencias de esta Sala, de 5 de noviembre de 2008 y 29 de abril de 2011 , expresivas de que la **hipoteca** no puede ser considerada como **carga** del **matrimonio**, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del CC , porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario.

"La noción de **cargas** del **matrimonio**, dice la sentencia de 31 de mayo de 2006 , debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales **cargas** por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del **matrimonio** y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (artículo 103-3ª del Código Civil). Pero no cabe considerar como **cargas** del **matrimonio** los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del **matrimonio**, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia... la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil , que establece que el concurso de los partícipes en las **cargas** será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales".

TERCERO.- La estimación del único motivo determina la del recurso de casación. En consecuencia, se casa y anula en parte la sentencia recurrida, manteniéndose todos sus pronunciamientos, incluido el de costas, excepto lo relativo a la distribución de las cuotas correspondientes al **pago** de la **hipoteca** que grava la vivienda familiar, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios; todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º.- Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Alvaro contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 24-, de 27 de abril de 2011 .

2º.- Se casa y anula en parte la sentencia recurrida. En consecuencia, se mantienen todos los pronunciamientos de dicha sentencia, incluido el relativo a las costas, excepto la distribución de las cuotas relativas al **pago** de la **hipoteca** que grava la vivienda familiar, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios.

3º.- No se hace especial declaración en cuanto a las costas del recurso de casación.

4º.- Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan .Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz.Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio **Seijas Quintana**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.