

Roj: STS 7751/2012
Id Cendoj: 28079110012012100681
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1852/2011
Nº de Resolución: 726/2012
Procedimiento: CIVIL
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 1744/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Mostoles, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Avelino , y la procuradora doña Maria del Carmen Hijosa Martínez. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Irene Arnes Bueno, en nombre y representación de doña Raquel . Con intervención el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Marta Lucas Cedillo, en nombre y representación de don Avelino , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra doña Raquel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se venga a declarar el divorcio de los conyuges por concurrir causa legal para ello, con las consecuencias inherentes a dicha declaración, acordando además los siguientes efectos y medidas:

- 1.- La revocación de poderes que los cónyuges hubieran podido otorgarse.
 - 2.- Que los hijos menores del matrimonio ADRIÁN y CLAUDIA, queden en la compañía y bajo la guarda y custodia del PADRE.
 - 3.- Que se establezca un régimen de visitas de conformidad con el fundamento d derecho VIII relacionado en el escrito de demanda.
 - 4.- Que el uso y atribución del domicilio conyugal y familiar, y ajuar doméstico, se conceda a, los hijos menores del matrimonio y a DON Avelino , en tanto cuanto los hijos comunes sean dependientes económicamente.
 - 5.- Que doña Raquel , deberá satisfacer en concepto de alimentos una pensión de TRESCIENTOS EUROS (300,00 euros) mensuales para cada uno de sus hijos, es decir la cantidad total de SEISCIENTOS EUROS mensuales mientras éstos no sean independientes económicamente. Dichas pensiones habrán de abonarse al esposo en cuenta corriente que designe para ello, durante los primeros cinco días de cada mes, y se actualizará anualmente conforme a las fluctuaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado para cada año por el Instituto Nacional de Estadística.
- Los gastos extraordinarios que se puedan producir en relación con los menores serán sufragados al 50%.
- 6.- No procede la fijación de cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria, por no ser de aplicación el artículo 97 del Código Civil en ninguno de sus apartados.
 - 7.- Los cónyuges deberán sufragar por mitad todos aquellos gastos y cargas que pesen sobre los bienes del matrimonio y cuyo uso y disfrute no haya sido atribuido judicialmente, así como la gestión de los mismos,

y en especial abonarán al 50% las vivienda de Alcorcón y préstamo para muebles mientras mantenga la continuidad al 50% como bienes privativos.

8.- El coste del Colegio deberá ser abonado por los conyuges al 50 %.

9.- Que se condene en costas a la demandada, si se opusiere a lo solicitado en esta demanda.

10.- Una vez firme la sentencia, que se remita testimonio de la misma al Registro Civil de Alcorcón, donde consta inscrito el matrimonio, para que se haga anotación marginal en el acta de matrimonio de los litigante.

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

2.- La procuradora doña Azucena Meleiro Godino, en nombre y representación de doña Raquel , 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 se declare el divorcio de los mismos, adoptandose las medidas solicitadas en el cuerpo del presente escrito, con imposición de costas al demandante en caso de oposición.

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 6 de Mostoles, dictó sentencia con fecha 25 de febrero 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando la demanda formulada por don Avelino , representado por la Procuradora Sra Lucas Cedillo, contra doña Raquel , representado por la Procuradora Sra. Meleiro Godino, se declara el divorcio del matrimonio con todos los efectos legales, incluida la prohibición de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, quedando revocados los poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, con la adopción de la siguientes medidas:*

1. Atribución a la esposa de la custodia sobre los hijos, sin perjuicio de la patria potestad compartida por ambos progenitores, correspondiendo a la madre y a los hijos el uso de la vivienda y ajuar familiar sito en Villaviciosa de Odón c/ DIRECCION000 n° NUM000 , debiendo salir el actor de la citada vivienda en el plazo de un mes pudiendo retirar sus efectos de uso personal.

2. El régimen de visitas a favor del padre será de fines de semana alternos desde la salida del colegio los viernes hasta los domingos a las 20 horas, y mitad de períodos vacacionales, un mes en verano, más una tarde entre semana, correspondiendo elegir los períodos al padre en los años pares, y a la madre en los impares. En todo caso, las entregas y recogidas de las menores se efectuarán en el domicilio del progenitor custodio.

3. Se fija en concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos, y a cargo del progenitor no custodio la cantidad de 2.500 #, a razón de 1.250 # por hijo, que el obligado al pago entregará en la cuenta bancaria que designe el progenitor custodio en los cinco primeros días de cada mes, cantidad que será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE, siendo por mitad los gastos extraordinarios de los hijos.

4. El actor puede hacer uso de la otra vivienda perteneciente a ambos litigantes sita en Alcorcón URBANIZACIÓN000 y pagará directamente los gastos de hipoteca que graven las fincas prematrimonio hasta que la demandada obtenga empleo remunerado.

No procede la condena en costas de ninguna de las partes.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Avelino , la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 12 de mayo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Avelino , representado por la procuradora doña Maria del Carmen Hijosa Martínez, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Móstoles, de fecha 25 de febrero de 2010 , en autos de divorcio n° 1744/09, seguidos con doña Raquel , representada por la procuradora doña Maria Irene Arnés Bueno; debemos confirmar y confirmamos la citada resolución íntegramente. Sin expresa imposición de costas causadas en esa alzada a ninguno de los litigantes.*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, la representación procesal don Avelino con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia artículo 469.1.2º de la LEC .

Entiende que se ha producido la vulneración de los artículos 208.2 , 209 , 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120.3 de la Constitución Española . **SEGUNDO.-** Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión (artículo 469.1.3º de la L.E.C .). **TERCERO.-** Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución (artículo 469.1.4º de la LEC).

Igualmente se interpuso **recurso de casación** por la misma representación con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: UNICO.-** Por infracción de los artículos 95 , 392 , 393 , 1325 , 1435 , 1437 , 1438 , 1440 y 1441 del Código Civil .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de diciembre de 2011 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Irene Arnes Bueno, en nombre y representación de doña Raquel presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recuso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal, presentó escrito interesando se case y anule en parte la sentencia recurrida, manteniéndose todos los pronunciamientos excepto lo relativo a la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que gravan las dos viviendas que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges por ser ambos propietarios por mitad.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 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 Avelino formuló un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional contra la sentencia dictada en un procedimiento de divorcio contencioso que le condenó en ambas instancias a pagar la hipoteca de las fincas pertenecientes al matrimonio hasta que la demandada obtenga empleo remunerado, dándose la circunstancia de que el matrimonio, en régimen de separación de bienes, tiene dos hipotecas que gravan dos fincas pertenecientes conjuntamente a cada uno de los cónyuges, y ello por considerar que la hipoteca constituye una carga del matrimonio.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- Se formulan tres motivos. El primero de ellos por infracción del artículo 469.1.2º por vulneración de los artículos 208.2 , 209 , 216 y 218 de la LEC por falta de motivación de la Sentencia recurrida. En primer lugar porque no responde en absoluto a los motivos 5º y 6º del recurso de apelación relativos a la indeterminación del tiempo de la atribución del uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiar a la parte contraria y a la impugnación del régimen de visitas, respectivamente. El segundo, en relación al motivo 8º del recurso de apelación referente a la impugnación de la obligación impuesta en la sentencia de pagar los gastos de las dos hipotecas que gravan las viviendas del matrimonio en régimen de titularidad compartida, hasta que la esposa encuentre trabajo, sin que tampoco tuviera en cuenta que en ningún caso la recurrida se opuso al pago por mitad de la hipoteca que gravaba la vivienda de Alcorcon.

El segundo motivo se refiere a la ausencia del Ministerio Fiscal en el acto de la vista celebrada en primera instancia, mientras que el tercero a la infracción del artículo 24 CE , también vinculada a la falta de motivación.

Todos ellos se desestiman.

Por un lado, según el punto 2 de la Disposición Final 16.1 solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal, sin formular recurso de casación, frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1 y 2 del apartado segundo del artículo 477 de la LEC , a saber, las dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, y las recaídas en procesos seguidos por razón de la cuantía. En lo que aquí interesa supone inadmitir la primera de las objeciones relativa atribución del uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiar y régimen de visitas, por ser ajenas ambas cuestiones al recurso de casación, como ajena es la denuncia formulada en el segundo motivo referido a la ausencia del Ministerio Fiscal en el acto de la vista celebrada en primera instancia a pesar de que en la misma se dilucidaban aspectos atinentes a la guarda y custodia de los menores, que tampoco ha sido objeto de recurso de casación y que, además, conforme señala el Ministerio Fiscal "intervino posteriormente en la apelación oponiéndose al recurso, por entender que la resolución redunda en beneficio de los menores, quedando salvaguardados los

intereses de los hijos, por lo que se subsanó la no intervención en primera instancia y además como también puso de relieve el ministerio público, el letrado del recurrente en apelación no solicitó la suspensión de la vista".

Por otro, respecto a la falta de motivación, con la que se identifica la vulneración del artículo 218 LEC , debe recordarse aquí la doctrina de esta Sala, según la cual, la motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el artículo. 120.3 CE . Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999 , 8 de octubre 2009 , 7 de julio 2011 , entre otras). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la motivación (...) ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones(...)(STC 77/2000 , así como las SSTS 69/1998 , 39/1997 , 109/1992 , entre muchas otras). Pues bien, la motivación contenida en la sentencia recurrida, aun escueta, no ha impedido a la parte recurrente su eventual control jurisdiccional a través del recurso de casación, conociendo que la resolución que ahora se impugna se argumenta en un simple hecho consistente en que era esta parte quien venía haciendo frente al pago de los préstamos hipotecarios en fechas anteriores al cese de la convivencia, dada la falta de recursos económicos de la otra parte, con lo que tampoco vulnera el artículo 24 de la Constitución del derecho a la tutela judicial efectiva, a que se refiere el tercer motivo.

RECURSO DE CASACIÓN .

TERCERO.- El escrito de interposición del recurso de casación se basó en un único motivo, por infracción de los artículos 95 , 392 , 393 , 1325 , 1435 , 1437 , 1438 , 1440 y 1441 del Código Civil ya que ambos litigantes se encontraban casados en régimen de separación de bienes siendo titulares conjuntos de dos bienes inmuebles gravados con sendos créditos hipotecarios, y, sin embargo, la Sentencia recurrida, que confirma la de primera Instancia, considera la hipoteca como carga de matrimonio e impone la obligación de sufragarla al esposo. Las Sentencias de esta Sala en las que basó la existencia de interés casacional, son las de 31 de mayo de 2006 , de 28 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2008 en relación con el concepto de cargas del matrimonio y la exclusión de la hipoteca como tal formulado afecta exclusivamente al aspecto patrimonial entre los cónyuges.

El motivo se estima.

Aun sin decirlo expresamente, la sentencia considera el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava dos viviendas, incluida la vivienda conyugal, como una carga propia del matrimonio, y obliga a uno de los cónyuges a hacer frente al pago a una y a otra sin más motivación que la expresada anteriormente. Con tal pronunciamiento la sentencia desconoce las sentencias que se citan en el motivo, además de la de 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, 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.

"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 103-3^a 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..."

CUARTO.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina la imposición de las costas causadas al recurrente, mientras que la estimación del único motivo del recurso de casación determina que no se haya especial declaración sobre las mismas. En su vista, 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 relativas al pago de las hipotecas que gravan las fincas pertenecientes al matrimonio, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios.

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

FALLAMOS

1º.- Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Avelino contra la sentencia Audiencia Provincial de Madrid -Sección veinticuatro- de 12 de mayo de 2011 .

2º.- Se estima el recurso de casación interpuesto por la misma representación procesal de D. Avelino .

3º.- 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 las hipotecas que gravan las fincas pertenecientes al matrimonio, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios.

4º.- Se imponen a la recurrente las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y 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.