

**Resumen**

*Frente a la sentencia de instancia, que estimó en parte la demanda de divorcio, la AP estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la esposa demandante, desestima la impugnación del esposo demandado, revoca parcialmente la misma, en el sentido de incrementar la pensión compensatoria fijada a favor de la esposa durante el plazo fijado en la instancia. Ha quedado acreditado que la declaración de divorcio le produce un desequilibrio económico a la actora, y dada las circunstancias concurrentes se establece la misma. Se deja sin efecto el límite del uso de la vivienda ganancial, dado que corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, no estipulando la ley un límite temporal previo.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.96 , art.97

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

**MATRIMONIO**

**EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

Atribución de la vivienda familiar

    Cónyuge con la custodia de los hijos

Pensión compensatoria

    Concesión

    Límite temporal

    Cuantía

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

**Legislación**

Aplica art.96, art.97 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita dad.15 de LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la im-  
plantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita art.461 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.90, art.91, art.392 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Avilés dictó Sentencia en los autos referidos con fecha quince de febrero de dos mil diez, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo, parcialmente, la demanda interpuesta por Dª Remedios contra D. David, y, en su virtud,

1)Declaro disuelto el matrimonio entre ambos por divorcio, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración. Los consentimientos y poderes que cada cónyuge hubiere otorgado al otro quedan definitivamente revocados y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2)Las hijas del matrimonio quedan bajo la guarda y custodia de la madre, que, en lo sucesivo, deberá seguir compareciendo con el padre el ejercicio de la patria potestad.

3)El padre podrá visitar a sus hijas y tenerlas en su compañía en fines de semana alternos, desde las 21 horas del viernes hasta las 19 horas del domingo, debiendo recogerlas y reintegrarlas en el domicilio materno. Además, todos los martes y jueves el padre tendrá el derecho de visitar a sus hijas, debiendo recogerlas y reintegrarlas en el domicilio materno, desde las 17 horas a las 20 horas, sin perturbar por ello sus tareas o actividades escolares. También podrá tenerlas en su compañía la mitad de los periodos vacacionales de verano, Navidad y Semana Santa, con la extensión marcada por el calendario escolar, correspondiendo al padre, en caso de desacuerdo, el elegir el periodo en los años pares y a la madre en los años impares. Los días de Navidad (25 de diciembre) y de Reyes (6 de enero), el progenitor con el que no estén las menores podrá tenerlas en su compañía desde las 16 horas hasta las 21 horas. Todo lo anterior se entenderá sin perjuicio de los acuerdos que puedan lograr los cónyuges en beneficio e interés de sus hijas.

4)Se asigna a D<sup>a</sup> Remedios y a las hijas comunes el uso y disfrute de la vivienda que actualmente ocupan y del ajuar de casa, sitios en la CALLE000, núm. NUM000, NUM001, de Avilés, pudiendo el esposo extraer del piso sus pertenencias y objetos de uso personal, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Todos los gastos inherentes al uso de esta vivienda serán de cuenta de la actora. Este derecho de uso será temporal y se extinguirá una vez que ambas hijas se independicen.

5)Se adjudica al demandado el uso de la vivienda ganancial sita en la CALLE001, núm. NUM002, NUM003 ., de Avilés, pudiendo la esposa retirar los efectos personales que puedan existir en este piso, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Igualmente se le adjudica el uso del vehículo. Todos los gastos vinculados a esta vivienda serán de cargo del adjudicatario. Los cónyuges liquidarán la plaza de garaje, en la forma que tengan por conveniente, en el momento procesal oportuno.

Todos los gastos vinculados a ella serán de cargo del demandado

6)D. David ha de satisfacer, en concepto de pensión alimenticia, la suma de cuatrocientos euros mensuales (400 e), correspondiendo 200 euros a cada hija, y, en concepto de pensión compensatoria, la suma de cien euros mensuales (100 e.), a ingresar, todo ello, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que tenga señalada la esposa. Las indicadas sumas se actualizarán el primero de enero de cada año con arreglo a la oscilación que experimente el Índice de Precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Como garantía del pago, ofíciase a "Comefa, S.C.L." a fin de que retenga en nómina dichas cantidades y las transfiera a la cuenta de la esposa. D. David también vendrá obligado a abonar la mitad de los gastos extraordinarios de las hijas, entendiéndose por tales los oftalmológicos, bucodentales y quirúrgicos no cubiertos por la Seguridad Social, clases particulares, actividades extraescolares, viajes no usuales, campamentos de verano, equipo deportivo e informático, y cualesquiera otros gastos no previsibles. La pensión compensatoria quedará extinguida a los cinco años de la fecha de la firmeza de esta sentencia.

7)Exhórtese a la Jueza Encargada del Registro Civil de Avilés a los efectos indicados en el fundamento jurídico segundo.

8)Cada parte abonará las costas ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad.

Las medidas provisionales quedarán sustituidas por las de la presente resolución, una vez que ésta sea firme."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por D<sup>a</sup> Remedios, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C EDL 2000/77463 ., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr./a. DON/D<sup>a</sup> MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los presentes autos de divorcio recayó sentencia en la que, además de declarar haber lugar a la disolución del matrimonio de los litigantes, D<sup>a</sup> Remedios y D. David, se adoptaron medidas relativas a las menores, hijas del matrimonio, en cuanto a la patria potestad, atribución de guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos así como las referidas al uso de la vivienda familiar, al uso de una segunda vivienda de los litigantes y a la pensión compensatoria. Frente a esta resolución interpuso la actora recurso de apelación, formulando impugnación el demandado. Las cuestiones objeto del recurso de apelación de la Sra. Remedios se centraron en el pronunciamiento referido a las dos viviendas y en el relativo a la pensión compensatoria, pronunciamiento este último que es objeto de impugnación por parte de D. David .

SEGUNDO.- Muestra su discrepancia la apelante en lo relativo al pronunciamiento que le atribuye a las hijas y a ella el uso de la vivienda que fuera familiar, en el hecho de que el juzgador fije un límite temporal al uso, concretamente dispone que este derecho se extinguirá una vez que ambas hijas se independicen. Diversamente, cuando se atribuye el uso de la vivienda ganancial sita en la CALLE001 de Avilés no se establece límite temporal alguno. Solicita la actora que se revoque la resolución recurrida, fijándose un límite temporal al uso y disfrute de la vivienda ganancial de la CALLE001 y no se fije dicho límite respecto de la vivienda familiar de la CALLE000; la Sala, a la vista de las alegaciones realizadas y teniendo en cuenta los preceptos que regulan la materia, estima que la vivienda familiar, con independencia de a quien pertenezca, en el presente caso es de la comunidad hereditaria de los fallecidos padres de la actora, el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 en su párrafo primero dispone que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, no estipulándose un límite temporal previo; cuestión distinta es cuando no hay hijos, supuesto en el que se permite que el uso de la vivienda por el tiempo que prudencialmente se determine corresponda al cónyuge no titular. Así pues, siendo subsumible el supuesto de autos en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 procede dejar sin efecto la limitación temporal establecida respecto al uso de la vivienda familiar. En lo tocante a la vivienda ganancial sita en la CALLE000 de Avilés al no tratarse de la vivienda familiar es discutible si cabe la atribución de uso, mas como quiera que ambos cónyuges estaban de acuerdo en que el uso lo fuera para el esposo si bien la

actora discutía el límite temporal, estima la Sala que procede mantener tal uso en tanto que no se ha discutido, si bien con el límite de la liquidación de la sociedad de gananciales; y en este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de La Coruña en la sentencia de 20 de julio de 2.006 "por lo que se refiere a la atribución del uso la vivienda, sita en Cabana, hemos de partir de la base que realmente no es la vivienda familiar, por lo que efectivamente no es de aplicación el art. 96 del Código Civil EDL 1889/1 , ahora bien, sin que ello genere derecho alguno con significación económica, y como mera atribución del uso, en tanto en cuanto no se proceda a la liquidación del régimen económico del matrimonio o se adopte en dicho procedimiento alguna medida de administración sobre tal vivienda (art. 809.1 Ley Enjuiciamiento Civil), la posibilidad de utilizar la misma por el padre, cuando se encuentra desocupada, es una medida razonable y lógica que redundará en beneficio de los demás miembros de la familia cuando D. Guillermo puede de tal modo suprimir los gastos de la renta de otra en alquiler para atender sus necesidades, y debe encuadrarse dentro de la posibilidad de su administración, que prevalece sobre el hecho antieconómico de tenerla cerrada y sin utilidad alguna, sin perjuicio como ya dijimos de la decisión que se adopte en dicho procedimiento.". Asimismo la Audiencia Provincial de Murcia ha declarado "Sobre la atribución del uso de la llamada segunda vivienda, que ya se ha pronunciado esta Sala, entre otras en las sentencias 237/04, de 1 de septiembre, y 155/04, de 18 de mayo . En ellas se sostiene que, a diferencia de la primera vivienda o familiar, regulada en el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 , ninguna norma establece reglas o criterios de asignación durante o tras la crisis matrimonial, por lo que ha de estarse al régimen propio del bien de que se trate. En este caso, todos coinciden en que el inmueble es ganancial y, por tanto, habrá de someterse a las normas que regulan esa clase de sociedad. Al respecto, los artículos 90 y 91 del Código Civil EDL 1889/1 prevén que en el proceso matrimonial puedan adoptarse medidas y cautelas relativas a la disolución del régimen económico matrimonial, por lo que el Juez de Familia podría fijar reglas de uso y administración de los bienes gananciales que, necesariamente, han de ser transitorias, hasta tanto se lleve a efecto la oportuna liquidación. Además, ha de tenerse en cuenta que en ese periodo interino (desde la disolución hasta la liquidación) la sociedad ganancial se transforma, según conteste jurisprudencia, en una comunidad ordinaria de bienes en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum ganancial, por lo que cualquier medida que se establezca ha de estar presidida por las normas que regulan la copropiedad (artículos 392 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1 )".

En lo tocante a la pensión compensatoria, ambas partes discrepan del pronunciamiento del juzgador "a quo" que fija a favor de la actora una pensión compensatoria por cuantía de 100 euros mensuales, con una limitación de cinco años desde la firmeza de la sentencia. Pues bien, a juicio del demandado no se debe fijar pensión alguna; diversamente, a juicio de la actora debe establecerse la pensión compensatoria con carácter indefinido y en cuantía de 300 # mensuales. Basa el demandado su impugnación en el hecho de que recientemente han fallecido los dos progenitores de la actora, por lo que ésta junto con sus dos hermanos es heredera de aquéllos. Este motivo del recurso no puede prosperar puesto que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora respecto a la situación que mantenían los litigantes durante el matrimonio, tratando de paliar el desequilibrio económico que se le produce a uno de los cónyuges respecto al otro como consecuencia de la ruptura conyugal. Y siendo ello así debe tenerse en cuenta que los litigantes vivieron durante los 17 años del matrimonio del sueldo que percibía el esposo por su actividad laboral, sin que conste que existieran otras aportaciones. A ello debe añadirse que lo único acreditado, por reconocimiento de la parte, es que la misma percibió tras la muerte de su padre 18.0000 euros, correspondiéndole el resto del metálico a sus hermanos, y en cuanto a los inmuebles propiedad de su madre no se ha efectuado partición alguna y se desconoce su valor así como si producen o no alguna renta. En consecuencia, la Sala estima que la declaración de divorcio le produce a la actora un desequilibrio económico en los términos exigidos por el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 . En lo atinente al carácter temporal de la pensión comparte la Sala la conclusión del juzgador de primera instancia, pues si bien la actora afirma padecer una minusvalía del 38 por ciento, también admite que está buscando trabajo compatible con la misma y ha de tenerse en cuenta que se trata de una persona en la actualidad de 46 años, habiendo durado el matrimonio 17 años, por lo que no habiendo acreditado que su minusvalía le vede toda posibilidad de acceso al trabajo, deduciéndose de sus manifestaciones que lo que la limita es en el sentido de no poder coger pesos, se estima que es razonable concluir que en el plazo estipulado en la sentencia haya accedido al mercado laboral y el desequilibrio desaparezca, máxime si tenemos en cuenta que una de las niñas ya tiene en la actualidad 16 años y la otra 8 años. Finalmente, respecto a la cuantía de la pensión ha de resolverse este extremo, a la luz de las circunstancias enumeradas en el art. 97 del Código Civil EDL 1889/1 . Pues bien, la edad de la actora ya se ha expuesto en líneas precedentes, consta igualmente que la misma se ha dedicado exclusivamente al cuidado de la familia durante el matrimonio, que los ingresos del demandado se cifran en 12 pagas de 1.320 euros mensuales cada una más dos pagas extraordinarias de 1.000 euros cada una, que los litigantes tienen dos hijas, contribuyendo el padre a sus alimentos con la suma de 400 euros mensuales, y que el préstamo hipotecario que viene abonando el demandado, y que grava la vivienda cuyo uso le ha sido conferido en la recurrida, le supone un desembolso mensual de alrededor de 250 euros, finalizando su amortización en noviembre del presente año. A la vista de estos datos se fija la pensión compensatoria en 200 # mensuales durante el plazo establecido en la sentencia.

**TERCERO.-** Dadas las dudas que habitualmente suscita la determinación de la cuantía de la pensión compensatoria, no procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas ni del recurso ni de la impugnación.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por D<sup>a</sup> Remedios y desestimar la impugnación formulada por el Sr. David contra la sentencia dictada en fecha quince de febrero de dos mil diez por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Avilés, en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se REVOCA, en el sentido de:

**PRIMERO.-** cuantificar la pensión compensatoria a percibir por la Sra. Remedios en la suma de 200 # mensuales durante el tiempo fijado en la recurrida y en la forma y con la actualización establecida en la misma.

SEGUNDO.- Se deja sin efecto el límite temporal establecido en la recurrida para el uso de la vivienda familiar;

TERCERO.- Se fija como límite del uso de la vivienda ganancial sita en la CALLE001 núm. NUM002 de Avilés, atribuida al Sr. David, el de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Se confirma el resto de pronunciamientos de la recurrida.

No procede hacer expresa condena en cuanto a las costas del recurso ni de la impugnación.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre EDL 2009/238888 , por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial EDL 1985/8754 , procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal en su caso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- 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 Secretario, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33044370052010100234