

## EDJ 2010/142827

AP Madrid, sec. 22ª, S 1-6-2010, nº 402/2010, rec. 317/2009

Pte: Chamorro Valdés, José Angel

### Resumen

La AP estima parcialmente el rec. de apelación contra la sentencia de instancia -reclamando atribución de uso de la vivienda familiar y en materia de pensión compensatoria la no fijación o subsidiariamente una pensión de 300 euros limitada a dos años- y la revoca en el sentido de que se atribuye el uso de la vivienda familiar a la demandada por un periodo de dos años desde la sentencia de instancia y si en ese periodo no se ha producido la liquidación de la sociedad de gananciales se produce un uso alternativo anual comenzando por el demandante. Esta Sala ha manifestado que aunque no regulado de forma expresa, es viable la asignación del domicilio conyugal de titularidad ganancial o común, a uno de los cónyuges en los supuestos de inexistencia de hijos en dependencia económica de los mismos, apreciando que la demandada representa el interés preferente en materia de atribución de uso de la vivienda familiar. En relación a la pensión compensatoria es notorio que concurren los requisitos para su concesión y que la pretensión supresora de la parte apelante no puede prosperar, teniendo en cuenta la duración del matrimonio, así como la avanzada edad de la beneficiaria nacida en el año 1947, sin que la cantidad fijada vulnere por exceso los parámetros del art. 97 CC.

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.217

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.96 , art.97 , art.103

### ÍNDICE

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

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### DERECHO DE PROPIEDAD

##### COPROPIEDAD

Uso y disfrute

#### MATRIMONIO

##### DOMICILIO

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge más necesitado

Casos de división de la vivienda o su uso entre los cónyuges

Pensión compensatoria

Concesión

Cuantía

#### SOCIEDAD DE GANANCIALES

##### CONDICIÓN DE LOS BIENES

Gananciales

### FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

#### Legislación

Aplica art.217 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.96, art.97, art.103 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha 10 de noviembre de 2008, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Colmenar Viejo se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando parcialmente la demanda de divorcio instada por el Procu-rador de los Tribunales D. JAIME HERNÁNDEZ URIZAR, en nombre y repre-sentación de D. Aurelio, frente a Dª Susana, así como estimando de forma parcial la demanda reconven-cional formulada por ésta contra el primero, debo acordar y acuerdo la disolu-ción por causa de divorcio, del matrimonio contraído por ambos, acordándose las siguientes medidas definitivas:

1. Se atribuye a Dª Susana el uso de la vi-vienda que en su día sirvió de domicilio conyugal, ubicada en TRES CANTOS, MADRID, Calle DIRECCION000, número NUM000, piso NUM001 .

2. D. Aurelio, deberá hacer entrega a la demandada Susana, en la cuenta que ésta designe a tal efecto y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en concepto de pensión compensatoria por tiempo indefini-do, mientras no cambien las circunstancias que han dado lugar a su adopción, de la suma de CUATROCIENTOS EUROS MEN-SUALES, que serán actualizables anualmente conforme al IPC u Organismo que lo sustituya.

Así como el resto de efectos propios del divorcio acordado, sin hacer es-pecial pronunciamiento sobre las costas.

Una vez firme la Sentencia, se librárá mandamiento al Registro Civil de Madrid, para la inscripción de la misma.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma, haciéndolas saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante la Ilma. Au-diencia Provincial de Madrid, dentro de los cinco días siguientes hábiles.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos lle-vando el original al libro de las de su clase para su notificación y cumplimiento, la pronuncio, mando y firmo."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Aurelio presentando en el escrito de alegaciones los motivos de su impugnación.

Se dio traslado del mismo a la otra parte que presentó escrito oponiéndose.

Remitidos los autos a esta Superioridad se acordó señalar deliberación, votación y fallo para el día 18 de junio de 2009.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La dirección letrada de D. Aurelio se alzó contra la sentencia de instancia en materia de atribución de uso de la vivienda familiar reclamándolo para éste y en materia de pensión compensatoria reclamando la no fijación o subsidiariamente una pensión de 300 euros limitada a dos años, mientras que la dirección letrada de Dª Susana pidió la desestimación del recurso de apelación y la confirmación en su totalidad de la apelada.

SEGUNDO.- El hijo del matrimonio Darío nacido el 3 de abril de 1.979 tiene autonomía económica, tal como se desprende del interrogatorio de la demandada donde afirmó que trabaja y percibe 1.100 euros. El otro hijo de matrimonio David nacido el 6 de abril de 1.978 tiene reconocido un grado de minusvalía del 65 % según el documento que obra al folio 229, vive independiente, así en el documento que obra al folio 238 se afirma que fue derivado por el Servicio de Salud Mental de Colmenar Viejo a la Mini Residencia Alcobendas el 29 de septiembre de 2004 y residió hasta su derivación al piso supervisado por la misma entidad, situado en el Paseo de la Chopera núm. 297 desde el 30 de mayo de 2006 hasta la actualidad y recibe una prestación no contributiva de algo más de 300 euros, según el documento que obra al folio 353. En base a lo expuesto para el análisis de la cuestión suscitada en relación con la atribución de uso de la vivienda familiar hay que tener en cuenta que no existiendo hijos comunes o siendo los mismos independientes la atribución de uso de la vivienda familiar se rige por el párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 en base al mismo esta Sala ha proclamado que en las aludidas circunstancias la atribución a uno de los cónyuges del uso del que fuera domicilio común no puede, salvo casos excepcionales, prorrogar de forma indefinida su vigencia, en cuanto en tal forma el derecho de quien, en tal sentido, ha de merecer, una protección preferente, conforme prescriben los artículos 96 y 103 del Código Civil EDL 1889/1 entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte puedan corresponder al referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como y fundamentalmente en lo relativo a su disposición, a través de venta u otra operación que permita la efectiva liquidación del patrimonio común, y que por aquélla vía de asignación del uso sin límite temporal puede ver frustrada en la práctica su pretensión perfectamente ajustada a derecho de reparto efectivo, y no meramente nominal por cuotas ideales de los bienes comunes. Por otra parte esta Sala ha manifestado que aunque no regulado de forma expresa, es viable la asignación del domicilio conyugal de titularidad ganancial o común, a uno de los cónyuges en los supuestos de inexistencia de hijos, en dependencia económica de los mismos, pues en otro caso se haría, absurdamente de peor condición al cónyuge cotitular dominical que a aquel otro que no tiene derechos sobre el inmueble de titularidad exclusiva de su consorte, que es el supuesto expresamente contemplado en el párrafo 3º del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 . Debiendo señalarse que la determinación del carácter privativo o ganancial de la vivienda escapa del ámbito de la sentencia de divorcio.

La demandada Dª Susana recibe una pensión de incapacidad permanente total que en el año 2008 ascendía a 854,09 euros en 14 pagas, tal como acredita el documento que obra al folio 255 y tiene reconocido un grado de minusvalía de un 57 % y en el momento de reconocimiento presentaba: limitación funcional de extremidades y columna vertebral por osteoartrosis generalizada de etiología

degenerativa, trastorno de la afectividad por trastorno distímico y enfermedad de aparato circulatorio por venas varicosas extremidades inferiores de etiología vascular y el informe medico-forense que obra al folio 197 y 198 manifiesta que debido a la osteoartritis la demandada no puede realizar trabajos con carga física importante así como aquellos en los que deba permanecer largos periodos en bipedestación; el resto de problemas de salud que presenta no impiden la realización de trabajos salvo aquellos en que deba permanecer largo tiempo de pie (varices).

El demandante trabajaba para la entidad Bancaria BBVA, quedando suspendido su contrato desde el 1-9-2001 hasta el 14-4-2013, pasando a cobrar en este espacio temporal las cantidades que se especifican en el documento acompañado a la contestación a la reconvencción que obra al folio 161. Estas cantidades ascendían en el año 2007 a la cantidad bruta de 38.621,04 euros (6.426.000 pesetas) y en el año 2008 a 41.271,50 euros (6.867.000 pesetas). El demandante con sus ingresos tiene que abonar la cuota del Convenio Especial con la Seguridad Social que en abril de 2007 ascendió a 797,03 euros (documento que obra al folio 58) y hacer frente a sus propias necesidades, entre las que destaca el alojamiento que le suponía el abono de 553,70 euros mensuales en 2007 (documentos acompañados a la demanda que obran del folio 50 al 52 ambos inclusive). Su estado de salud tampoco es bueno, tal como pone de manifiesto el informe pericial psicosocial (folio 382).

En base a lo expuesto la demandada representa el interés preferente en materia de atribución de uso de la vivienda familiar. Ahora bien proyectando la doctrina expuesta al caso enjuiciado y teniendo en cuenta la pensión compensatoria establecida a su favor procede limitar la atribución de uso a dos años y si en ese periodo no se ha producido la liquidación, luego se producirá un uso alternativo anual comenzando por el demandante.

TERCERO.- Para el análisis de las cuestiones suscitadas en torno a la pensión compensatoria hay que tener en cuenta que el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 no configura el derecho de pensión compensatoria con carácter automático e indiscriminado, sino sobre la base de la confluencia, imprescindible, de una doble condición comparativa, afectante la primera a la inferioridad en que el cónyuge reclamante se encuentra, a consecuencia de la separación o el divorcio, en relación con su anterior situación en el matrimonio mientras que la segunda hace referencia a la menor capacidad económica de dicho litigante en relación con el superior estatus de su consorte, y que la concesión de la pensión compensatoria no puede ser una medida automática, ni presumirse tampoco la concurrencia de tales requisitos, sino que los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general que sobre el "onus probandi" dimana del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, y ello sin atenuación ni privilegio procesal de clase alguna, habiendo añadido además esta Sala que la determinación de la cuantía de esta pensión está en consonancia con los ingresos del obligado y requiere una ponderación de las necesidades de la persona que tiene derecho a ella.

Dada la gran disparidad de ingresos entre los litigantes es notorio que concurren los requisitos de la pensión compensatoria y la pretensión supresora de la parte apelante no puede prosperar. La prolongada separación fáctica de los litigantes no puede servir para acoger la pretensión revocatoria de la parte apelante, pues el demandante asumía gastos de la vivienda familiar (folios 6 y 123).

Y teniendo en cuenta la duración del matrimonio que se celebró el 31 de julio de 1.975, la edad de la beneficiaria que nació el 28 de enero de 1.947 y todas las demás circunstancias expuestas en el fundamento de Derecho anterior, hay que concluir que la cantidad fijada no vulnera por exceso los parámetros del artículo 97 del C.C EDL 1889/1 ..

La pensión compensatoria tiene como finalidad colocar al beneficiario en una situación de potencial igualdad de oportunidades a las que habría tenido de no haber mediado el vínculo matrimonial, por lo que en determinadas circunstancias como breve duración del matrimonio, juventud del beneficiario o especial cualificación profesional de éste es posible limitar "a priori" dicha pensión. Pero ninguna de estas circunstancias concurren en el caso enjuiciado por lo que la pretensión limitativa debe correr la misma suerte que la anterior.

CUARTO.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación de conformidad con el artículo 398 de la L.E.C EDL 2000/77463 .., no procede hacer expresa imposición de costas en el presente recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Fuencisla Martínez Mínguez en nombre y representación de D. Aurelio contra la sentencia dictada en fecha 10 de noviembre de 2008 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 5 de Colmenar Viejo en los autos de divorcio núm. 655/07 a instancia del antedicho contra D<sup>a</sup> Susana debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la citada sentencia en el sentido de que se atribuye el uso de la vivienda familiar a la demandada por un periodo de dos años desde la sentencia de instancia y si en ese periodo no se ha producido la liquidación de la sociedad de gananciales se produce un uso alternativo anual comenzando por el demandante, sin hacer expresa imposición de costas en el presente recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra la misma, y de concurrir los requisitos al efecto exigidos en los artículos 469 y 477, en relación con la disposición final decimosexta, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, podrán interponer, mediante escrito de preparación presentado ante esta misma Sala en el término de 5 días hábiles, recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Que en el día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilmo. Magistrado Ponente D. José Angel Chamorro Valdés.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222010100403