



Roj: **SAP PO 1178/2019 - ECLI: ES:APPO:2019:1178**

Id Cendoj: **36057370062019100244**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **16/05/2019**

Nº de Recurso: **45/2019**

Nº de Resolución: **238/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MAGDALENA FERNANDEZ SOTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00238/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SECCION SEXTA

N10250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

-

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

SR

N.I.G. 36057 42 1 2018 0002879

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000045 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 15 de VIGO

Procedimiento de origen: DIVORCIO CONTENCIOSO 0000236 /2018

Recurrente: Emilio , Rocío

Procurador: PAULA LLORDEN FERNANDEZ-CERVERA, MARIA JESUS NOGUEIRA FOS

Abogado: M^a MERCEDES PADILLA LORENZO, JUAN SALGADO REQUEJO

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO, MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABAREZ, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 238

En VIGO, a dieciséis de mayo de dos mil diecinueve

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de DIVORCIO CONTENCIOSO 0000236 /2018, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 15 de VIGO, a los



que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000045/2019, en los que aparece como parte apelante/apelada, Emilio , Rocío , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. PAULA LLORDEN FERNANDEZ-CERVERA, MARIA JESUS NOGUEIRA FOS , asistido por el Abogado D. M^a MERCEDES PADILLA LORENZO, JUAN SALGADO REQUEJO.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./D^a MAGDALENA FERNANDEZ SOTO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 15 de VIGO, con fecha 23.10.18 , se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Estimo parcialmente la demanda formulada por Rocío contra Emilio , y declaro disuelto su matrimonio por divorcio con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración. Las relaciones familiares quedarán reguladas del siguiente modo:

Procede atribuir el inmueble de San Amaro de modo alternativo por trimestres a cada uno de los esposos y el que no resida en ese tendrá a su disposición el piso de Vigo si estima oportuno residir en él.

El demandado será el que se mantenga inicialmente hasta el próximo 1 de Enero que pasará su atribución a la esposa hasta el 1 de Abril que regresará el demandado hasta el 1 de Junio hasta el 1 de Septiembre la esposa; y el último trimestre de nuevo el Sr Emilio hasta el 1 de enero.

Todo ello sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la liquidación de la sociedad de gananciales

El demandado abonará una pensión mensual de alimentos a favor de la esposa de 650 euros en los cinco primeros días de cada mes y que se actualiza anualmente con arreglo a las variaciones del IPC con efectos de cada 1 de Enero. Ello sin fecha de finalización."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por el Procurador MARIA JESUS NOGUEIRA FOS, PAULA LLORDEN FERNANDEZ CERVERA en nombre y representación de Rocío , Emilio , se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día 16.05.19

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia, tras declarar la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, atribuye el inmueble sito en San Amaro, de modo alternativo y por trimestres, a cada uno de los esposos y el que no resida en él tendrá a su disposición el piso de Vigo, si lo estima oportuno residir en él, fijando a cargo del esposo demandado y a favor de la esposa una pensión compensatoria por importe de 650 euros mensuales.

Las referidas medidas son recurridas por ambas partes litigantes, quienes reiteran lo peticionado en sus respectivos escritos rectores. Así, la representación de Don Emilio reitera que la pensión compensatoria se fije en la suma de 300 euros mensuales, que el uso y disfrute de la vivienda que constituyó domicilio conyugal se atribuya a la esposa y que la vivienda sita en San Amaro a su representado; por su parte, la representación de Doña Rocío peticiona, nuevamente, que la pensión compensatoria se fije en la suma de 900 euros mensuales y que la vivienda que fue conyugal se atribuya al esposo y a ella la sita en la localidad de San Amaro (Orense).

SEGUNDO: En cuanto a la segunda vivienda, la representación de Don Emilio alega, en síntesis, que la sentencia no ha tenido en cuenta que su representado viene residiendo en San Amaro desde hace un año, ocupándose del mantenimiento de la finca y de los animales y que la que fue su esposa durante la semana vive en casa de la hija en Bayona, ya que únicamente va a San Amaro los fines de semana. La representación de Doña Rocío hace hincapié en el arraigo familiar y en el hecho de que la vivienda de San Amaro tiene menos gastos que la de Vigo.

En primer lugar, hemos de significar que ambos litigantes reconocen expresamente en sus respectivos escritos rectores que la vivienda que constituyó el domicilio conyugal es la sita en Vigo, en la AVENIDA000 , NUM000 - NUM001 , resultando incuestionable que la vivienda sita en San Amaro (Orense) es una segunda vivienda y que, por lo tanto, no tiene el carácter de vivienda familiar, de ahí que no sean aplicables al supuesto de autos

las prevenciones recogidas en el art. 96 CC que sólo regula la atribución de la **vivienda familiar**, por lo tanto, a nuestro criterio, no existe la posibilidad de atribuir a uno u otro litigante el uso exclusivo de esa segunda **vivienda** por la vía del mencionado precepto, sin que en modo alguno quepa, como pretende el apelante, considerar ambas **viviendas** como domicilio conyugal, pues, incluso al margen de ambas partes señalaron como domicilio conyugal el de Vigo, en ningún momento se alegó ni acreditó que ambos cónyuges vivían simultáneamente en las dos **viviendas** en paridad de condiciones.

Por otro lado, no ignora la Sala la conocida jurisprudencia, recordada por el apelante, dictada a los efectos de unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales, cual es, que en procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse **viviendas** o locales distintos de aquel que constituye la **vivienda familiar** (STS 9 de mayo 2012 y 3 de marzo 2016).

Lo que se discute en este procedimiento, como hemos adelantado, es sobre el uso de una **vivienda** ganancial, que no es la **vivienda familiar**, con la peculiaridad de que respecto a ésta ninguno de los litigantes ha solicitado el uso para sí, de ahí que, de acuerdo con el principio dispositivo que rige esta materia, no quepa pronunciamiento sobre la misma. Así pues, el tema que también fue polémico en la instancia y que se resolvió judicialmente atribuyendo un uso alternativo por trimestres, se reproduce en esta alzada y para resolverlo únicamente cabe acudir al art. 103-4^a CC , donde se recoge la posibilidad de entrega de bienes comunes y administración de los mismos, medida que, aun regulada con carácter provisional, puede prorrogar su vigencia en el procedimiento principal (art. 91 CC), en tanto no se liquide el patrimonio común, y a expensas de lo que en tal momento se acuerde sobre el destino definitivo de tales bienes. Dicha solución, viable cualquiera que fuere el destino que en principio el adjudicatario de la administración quiera dar al inmueble, se refuerza aún más, cuando se trata de cubrir las necesidades de alojamiento, se trata de evitar que el cónyuge tenga que alquilar una **vivienda** teniendo otra vacía propiedad de los cónyuges y así procurarle mayor liquidez para hacer frente a la pensión, se procura su ocupación y disfrute en tanto que no se liquide la sociedad, etc., en fin, se trata de resolver las pretensiones formuladas de acuerdo con el art. 11.3 LOPJ , aun obviando la regla general de que no cabe adjudicación alguna al respecto pues su destino solo puede dilucidarse en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

Pues bien, atendiendo a lo expuesto convenimos con el juez de familia en la conveniencia de fijar unas reglas de uso y administración respecto a la **vivienda** ganancial de San Amaro, sin olvidar que se trata de un régimen transitorio que finalizará cuando se liquide la sociedad de gananciales, reglas que han de ser confirmadas, pues los alegatos que se vierten en los respectivos recursos no evidencian que la necesidad de uno de los litigantes sea superior a la del otro, más bien se trata de una situación de mera conveniencia o capricho, como lo demuestra el hecho de que ninguno de los dos litigantes ha reclamado el uso de la **vivienda** conyugal para sí.

En consecuencia, la medida acordada en instancia respecto a la **vivienda** de San Amaro ha de ser confirmada.

TERCERO: Cuantía de la pensión compensatoria. Tal hemos adelantado, solicita Don Emilio su reducción a 300 euros mensuales, y no los 650 euros fijados en sentencia, mientras que la esposa reitera su elevación a 900 euros mensuales. No es preciso recordar toda la doctrina sobre el derecho compensatorio del art. 97 del CC . En casos como el presente, en que la parte desequilibrada por el divorcio carece de posibilidades, por edad, formación, salud, etc., de previsibles accesos a rentas propias en cantidad suficiente para atender sus propias necesidades, es indudable que la pensión ha de ser indefinida, y que tiene un carácter híbrido alimenticio-reparador. Ninguna de las partes discute la necesidad de la pensión ni su duración, se trata, únicamente, de ponderar la cuantía adecuada, en base al desequilibrio sufrido, la capacidad económica del deudor, y los parámetros del art. 97 del CC . Don Emilio percibe una pensión de 1.567,94 euros mensuales, repartidos en catorce mensualidades, como se acredita con los extractos bancarios donde se constata que a finales de los meses de junio y noviembre la mensualidad por pensión es doble, de ahí que sus ingresos mensuales, computada la pensión que percibe por Suiza (102 euros), le supongan una media mensual de 1.931 euros, frente a ello la esposa únicamente es perceptora de una pensión de jubilación, también por Suiza, de 132,05 euros, teniendo el primero 71 años y la segunda 68, además de soportar uno y otra diferentes patologías medicas. Pues bien, con tales datos económicos, entendemos que con una pensión de menos de la pensión fijada, la esposa no podría atender a un mínimo remedio del desequilibrio y a sus necesidades vitales, de hecho todos los meses retira de su cuenta bancaria la totalidad de lo que percibe por pensión compensatoria y por la pensión de Suiza, si bien los ingresos del esposo tampoco permiten ir más allá de esta suma, ya que la prestación compensatoria no tiene por finalidad el reequilibrio de los ingresos de los cónyuges, ni la perpetuación de la comunidad de rentas una vez disuelta la sociedad de gananciales, por lo tanto se ha de confirmar, también respecto a esta medida, lo resuelto en instancia.

CUARTO: La desestimación de ambos recursos de apelación implica que las costas ocasionadas por uno y otro recurso, se impongan a los apelantes (art. 398 LEC).



En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la procuradora Doña Paula Llordén Fernández-Cervera, en nombre y representación de Don Emilio y el interpuesto por la procuradora Doña María Jesús Nogueira Fos, en nombre y representación de Doña Rocío , frente a la sentencia dictada en fecha 23 de octubre 2018 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 15 (Familia) de Vigo en procedimiento de Divorcio núm. 236/2018, la cual se confirma en su integridad, imponiendo las costas procesales de esta instancia a las partes apelantes.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC , debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC .

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO