



Roj: **SAP M 6860/2017 - ECLI: ES:APM:2017:6860**

Id Cendoj: **28079370222017100362**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **689/2016**

Nº de Resolución: **408/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **LUIS PUENTE DE PINEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

**N.I.G.:** 28.005.00.2-2014/0009912

**Recurso de Apelación 689/2016**

**Órgano Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Alcalá de Henares

Autos de Divorcio contencioso 1536/2014

**APELANTE:** D. Octavio

PROCURADOR: D. VÍCTOR ALEJANDRO GÓMEZ MONTES

**APELADA:** Dña. Encarna

PROCURADORA: Dña. GRACIA ESTEBAN GUADALIX

**Ponente:** Ilmo. Sr. Don Luis Puente de Pinedo

**S E N T E N C I A N º**

**Magistrados:**

Ilmo. Sr. Don Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. Don Eladio Galán Cáceres

Ilmo. Sr. Don Luis Puente de Pinedo

---

En Madrid, a 12 de mayo de 2017.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de Divorcio, bajo el nº 1536/14, ante el Juzgado de 1ª. Instancia nº 6 de Alcalá de Henares, entre partes:

De una, como apelante, don Octavio , representado por el Procurador don Víctor Alejandro Gómez Montes.

De otra, como apelada, doña Encarna , representada por la Procuradora doña Gracia Esteban Guadalix.

Visto, siendo Magistrado Ponente Ilmo. Sr. Don Luis Puente de Pinedo.

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**



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

**SEGUNDO.-** Con fecha 25 de enero de 2016, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Alcalá de Henares, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: "Que con estimación de la demanda interpuesta por Dña. Encarna contra D. Octavio , debo declarar y declaro haber lugar al DIVORCIO del matrimonio de ambos celebrado en Barcelona (España) el día 23 de Febrero del año 1990, disolviendo el mismo con todos los pronunciamientos legales inherentes, estableciendo como medidas rectoras de las relaciones patrimoniales entre ambas partes las consignadas en el Fundamento Jurídico Segundo de esta resolución. Y ello sin hacer expresa condena en costas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoseles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación, por escrito ante este juzgado en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación y del que conocería la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Una vez firme la presente resolución, comuníquese al Registro Civil donde se halle inscrito el matrimonio.

Así por esta mi Sentencia, en nombre del Rey, lo pronuncio, mando y firmo."

**TERCERO.-** Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Octavio , exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las partes personadas, presentándose solamente por la representación legal de doña Encarna , escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 11 de mayo del presente año.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Seguido proceso de divorcio contencioso entre D. Octavio y Dª Encarna ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Alcalá de Henares, el 25 de enero de 2016 se dictó sentencia en ese juzgado en la que se declaró disuelto el matrimonio acordando, respecto de la vivienda familiar, que es de titularidad ganancial, atribuir el uso a la esposa por considerar que ella tiene un interés más necesitado de protección por residir con ella la única hija habida de ese matrimonio, ya mayor de edad, así como otra hija de Dª Encarna fruto de una relación anterior. Además, se razonaba en la sentencia que ella carecía de otra vivienda donde residir y que, por el contrario, el apelante sí que tenía una vivienda en copropiedad con su familia en la localidad de Valencia, a la que había trasladado su residencia. Finalmente, en cuanto a las revisiones médicas a que estaba sometido por su enfermedad, se señalaba que en ningún caso obligaban a disponer de una vivienda en Madrid, pues podía ser tratado de su enfermedad también en Valencia.

**SEGUNDO.-** Contra esa sentencia D. Octavio interpuso recurso de apelación por considerar infringido el art. 96 del CC . Al ser una vivienda ganancial y no existir hijos menores de edad, se entendía que el uso debía ser atribuido en atención a las circunstancias socioeconómicas de cada uno de los cónyuges, al interés más necesitado de protección, entendiéndose que en este caso era precisamente el del apelante.

En primer lugar, se entendía así porque él está sometido a revisiones médicas en el Hospital Ramón y Cajal, siendo ese equipo médico de su confianza y el que ha conocido de todo su proceso, razón por la cual no deseaba ser tratado en otra localidad, lo que le obligaba a desplazarse a Madrid cada vez que tenía una revisión, con un desembolso económico que no podía afrontar sin ayuda familiar.

En segundo lugar, en cuanto a su actividad empresarial, ésta cesó por su enfermedad, sin que sea previsible que pueda reanudarla cuando está residiendo en Valencia. En tercer lugar, se razonaba que la vivienda de que dispone en Valencia es en copropiedad por una herencia familiar, por mera tolerancia de los restantes herederos, puesto que en cualquier momento le podrán reclamar dinero para seguir viviendo en ella.

Por el contrario, Dª Encarna dispone de unos elevados ingresos estables que le permitirían acceder a otra vivienda, significando, además, que la relación entre la hija común del matrimonio, Esmeralda , y la de la demandante, Nieves , es inexistente, ya que no se hablan, por lo que la atribución de la vivienda a la demandante ha supuesto, de hecho, la imposición de una convivencia no deseada, especialmente cuando Esmeralda ya había manifestado su voluntad de irse a vivir con su padre.



Por último, se impugnaba la sentencia porque se establecían determinadas compensaciones de cara a la liquidación del régimen económico matrimonial que no resultaban procedentes, al ser ajenas al objeto del debate y porque deberían abordarse en el proceso de liquidación de la sociedad ganancial.

Por D<sup>a</sup> Encarna se presentó escrito de alegaciones oponiéndose al recurso interpuesto solicitando la confirmación de la sentencia. En tal sentido, se afirmaba que era ella quien presentaba un interés más necesitado de protección, puesto que, por un lado, no resultaba razonable que el apelante trasladase su residencia a Madrid para recibir tratamiento médico y, por otro lado, esa atribución de la vivienda tenía carácter temporal hasta que se llevase a cabo la liquidación de la sociedad ganancial.

En cuanto a los deseos manifestados por su hija Esmeralda de vivir con su padre, se señalaba que se trata de una persona mayor de edad, por lo que no es determinante a la hora de atribuir el uso de la vivienda, debiendo ponderarse únicamente cuál es el interés más necesitado de protección.

Por último, en cuanto al argumento incluido en la sentencia relativo a la distribución de gastos de cara a la liquidación de la sociedad ganancial, en cualquier caso no se reflejó en el fallo de la sentencia y es ajeno a la misma, siendo un simple argumento incluido en la resolución impugnada para justificar la adjudicación de uso de la vivienda.

**TERCERO.-** La sentencia impugnada se basa principalmente en que el interés más necesitado de protección es el de la demandante atendiendo al hecho de que D. Octavio disponía de otra vivienda en Valencia, aunque fuera en copropiedad, en la que podía residir, siendo ése su lugar de residencia habitual desde que cesó la convivencia. Todo ello al margen de las puntuales visitas a esta ciudad para recibir tratamiento médico, que no se consideraban determinantes para adoptar una decisión, porque también en aquella población podía seguir recibiendo tratamiento.

En relación a esta cuestión, es evidente que el apelante tiene la capacidad de decidir libremente dónde quiere ser tratado y que también parece razonable que quiera serlo en el mismo centro hospitalario que conoce de su enfermedad desde el principio y que le ha tratado en cada uno de sus episodios. Desafortunadamente, no es una enfermedad menor en la que pudiera considerarse que se adopta una decisión arbitraria, sino que tiene absoluta lógica que quiera ser tratado por personal médico de su confianza.

Sobre esa base, lo cierto es que no puede ser determinante a la hora de adoptar una decisión el hecho de que disponga de otra vivienda en Valencia. Primero, porque el cambio de residencia le ha venido impuesto al no tener otro lugar donde vivir, alejándole de su hija; segundo, porque es una vivienda en copropiedad, en la que podrá seguir viviendo en la medida en que los restantes copropietarios lo quieran consentir.

Al ser así, nos enfrentamos a una situación en la que sólo existe un inmueble en la sociedad ganancial, en el que ambos desean residir, aun de forma temporal hasta que se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales, y en el que las restantes circunstancias a tener en cuenta son: la única hija común, Esmeralda, aun siendo mayor de edad, desea vivir con su padre y tiene mala relación con su hermana de un solo vínculo, Nieves; la demandante tiene ingresos estables en torno a los 2.800 euros mensuales, sin que conste que el apelante disponga de ingresos en la actualidad; el apelante presenta una grave enfermedad por la que recibe tratamiento de forma habitual en Madrid y por la que consta un ingreso hospitalario en abril de 2016.

Valorado ese conjunto de circunstancias se entiende que el interés más necesitado de protección en este caso es el del apelante. La atribución del uso de la vivienda le permitirá residir en Alcalá de Henares y convivir con su hija. Por su parte, la demandante dispone de ingresos suficientes para poder adquirir una nueva vivienda, o alquilarla hasta que reciba la parte que le corresponde en la liquidación del régimen económico matrimonial; incluso pagar al apelante la parte que le corresponde y seguir residiendo allí. En cualquier caso, sus ingresos le permiten acceder a otra vivienda, mientras que el apelante se ve obligado a residir en Valencia, mientras le sea consentido, alejado de su hija y del centro hospitalario en el que recibe tratamiento, por lo que debe estimarse en este punto el recurso interpuesto.

No obstante, esa adjudicación ha de revestir carácter temporal, puesto que está pendiente la liquidación del régimen económico matrimonial. Por ello, se acuerda por un período de dos años, semejante al transcurrido desde el inicio del proceso de divorcio en el que la ha disfrutado la apelada, durante el cual se podrá proceder a la liquidación, lo que podría dar lugar a que el apelante abandonase la vivienda. Se permite a D<sup>a</sup> Encarna seguir ocupando la vivienda hasta el día 31 de agosto próximo, a fin de que disponga de un plazo suficiente para buscar una vivienda y reorganizar su vida familiar. Caso de no proceder a la liquidación en los dos próximos años, y llegado el 31 de agosto de 2019, ambas partes deberán compartir el uso de la vivienda por igual en períodos semestrales.

Finalmente, en cuanto a la precisión efectuada en la sentencia en relación a la forma en que deberían considerarse determinados pagos de cara a la liquidación de la sociedad de gananciales, lo cierto es que



es un pronunciamiento no reflejado en el fallo de la sentencia, y, por tanto, ajeno también al ámbito objetivo del recurso de apelación, e incluido en la fundamentación jurídica como un argumento más que avalaba la decisión adoptada, sin que en ningún caso pueda prejuzgar la resolución que deba adoptarse en el momento procesal idóneo para ello.

**CUARTO.-** De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser estimado el recurso interpuesto, no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

### III. FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Víctor Alejandro Gómez Montes, en nombre y representación de D. Octavio, contra la sentencia dictada en fecha 25 de enero de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Alcalá de Henares, en autos de divorcio nº 1536/2014, seguidos entre dicho litigante y D<sup>a</sup> Encarna, representada por la Procuradora Doña Gracia Esteban Guadalix, debemos revocar esa resolución en lo relativo a la adjudicación del uso de la vivienda familiar, sita en la CALLE000 nº NUM000, NUM001, de Alcalá de Henares, que se atribuye al apelante con efectos desde el día 1 de septiembre de 2017, y por un período de dos años, a partir de los cuales ambas partes dispondrán de la vivienda por igual, en períodos semestrales hasta que se proceda a liquidar el régimen económico matrimonial, manteniendo en lo restante la sentencia recurrida, y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844 0000 00 0689 16, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe