



Roj: **SAP IB 383/2023 - ECLI:ES:APIB:2023:383**

Id Cendoj: **07040370042023100060**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **23/02/2023**

Nº de Recurso: **576/2022**

Nº de Resolución: **85/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GABRIEL AGUSTIN OLIVER KOPPEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00085/2023

Rollo núm.: 576/2022

S E N T E N C I A N.º 85/2023

Ilmos/as. Sres/as.

Doña María del Pilar Fernández Alonso, presidente

Doña Juana María Gelabert Ferragut

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a, veintitrés de febrero de dos mil veintitrés.

Esta Sala ha visto, en grado de apelación, los presentes autos de juicio de divorcio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ibiza, bajo el número 733/2021 , **Rollo de Sala número 576/2022**, en los que han intervenido como:

Demandada-apelante : D. Desiderio , representado por el procurador D. José Luis Marí Abellán y dirigido por la letrada D.ª Alicia Hernando López.

Demandante-apelada : D.ª Nuria , representada por la procuradora D.ª María Bello Rodicio y dirigida por la letrada D.ª Ana Medina Cano.

Ha sido parte apelada el Ministerio Fiscal.

Es ponente el Ilmo. Sr. don Gabriel Oliver Koppen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ibiza, dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 2022, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

«Que estimando la demanda presentada por la procuradora de los tribunales D.ª María Bello Rodicio, en nombre y representación de DOÑA Nuria , frente a DON Desiderio , debo decretar y decreto la disolución por DIVORCIO del matrimonio formado por ambas partes con sus efectos inherentes sin hacer pronunciamiento sobre las costas y declarar las siguientes medidas en relación al hijo menor de las partes:

-La patria potestad y la guarda y custodia del hijo menor de las partes será compartida entre el padre y la madre por semanas alternas de viernes a viernes a la entrada y salida del instituto, en caso de no ser día lectivo el intercambio será en el domicilio que corresponda. Las vacaciones escolares de navidad y semana santa se distribuirán por mitad correspondiendo la primera mitad a la madre los años pares y viceversa.



-Cada parte asumirá la manutención del hijo cuando esté en su compañía y los gastos escolares y los extraordinarios por mitad.

-Se atribuye el domicilio familiar y el garaje a la madre hasta que el hijo sea mayor de edad.

Y desestimando la demanda reconvenicional planteada por el procurador D. José Luis Marí Abellán en nombre y representación de DON Desiderio frente a D^a Nuria, debo declarar y declaro no haber lugar a fijar pensión compensatoria a favor del demandado reconviniente, sin hacer declaración sobre las costas».

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo día 21 de febrero de 2023.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

Frente a la sentencia por la que se acuerda la disolución del matrimonio por causa de divorcio, así como el establecimiento de medidas sobre guarda, custodia y alimentos en relación con el hijo menor habido de la relación, Gabriel, nacido el NUM000 de 2006, interpone recurso de apelación la representación de la parte demandada, el esposo, recurso que se fundamenta en los siguientes motivos:

1.- La sentencia no se pronuncia sobre los motivos que se alegaron para solicitar la alternancia en el uso del domicilio común: evitar que uno de los progenitores pretendiera mantenerse en el uso del bien común alargando la disolución del condominio.

2.- Establecer una compensación para aquel de los copropietarios que no esté haciendo uso de la vivienda común es una forma de agilizar la disolución del condominio que ambos están de acuerdo en llevar a cabo lo antes posible. Tan complicado es para una como para otro mantener el arrendamiento de una vivienda digna para convivir con el hijo común, de manera que el desequilibrio se produce para cualquiera de los progenitores que tenga que mantenerse en la indivisión de la cosa común sin haber podido hacer uso de ella y pagando un alquiler. El desequilibrio económico resulta evidente por los ingresos declarados por ambos en el acto de la vista.

3.- La atribución del garaje en exclusiva a la demandante por considerarlo un anexo a la vivienda carece de lógica, pues ambos progenitores vienen alternando el uso por semanas, al haberlo acordado así, sin que ello suponga un problema para quien ocupa la vivienda. Afirma que en la actualidad del aparcamiento es utilizado por la nueva pareja de la demandante y entiende que lo más apropiado es que sea utilizada por el progenitor que no tiene el uso de la vivienda, pues vive fuera de la ciudad y estaría compensado el desequilibrio para poder estacionar cuando tiene que acceder al centro.

SEGUNDO. Atribución del uso de la vivienda familiar.

Solicita la parte apelante la alternancia entre los progenitores en el uso de la vivienda familiar por periodos de dos años, hasta que se materialice la división de la cosa común.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de febrero de 2018, resume la doctrina fijada en material de atribución del uso de la vivienda conyugal en supuestos de custodia compartida en los siguientes términos:

«1.ª) El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) declara que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

El mismo artículo establece a continuación que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta, entre otros criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, la satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas [art. 2.2.a)].

Añade, finalmente el art. 2.4 que:

«En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del



menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados».

2.ª) El art. 96 CC establece los criterios que debe tener en cuenta el juez para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar en caso de que no exista acuerdo de los progenitores o que el acuerdo no supere el control de lesividad a que se refiere el art. 90.2 CC .

Per o el art. 96 no contempla el caso de que se haya acordado la custodia compartida. En ausencia de una previsión legal, esta sala ha declarado que no procede la aplicación del primer párrafo del art. 96 CC , dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del art. 96 CC del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, «el Juez resolverá lo procedente».

De acuerdo con la doctrina de esta sala, en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

Pero cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 de septiembre , con cita de otras anteriores)».

Sobre el plazo temporal de la atribución exclusiva el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de junio de 2021, ha señalado:

«Con esta finalidad, de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, con valoración de las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero ; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre ; 15/2020, de 16 de enero , 558/2020, de 26 de octubre); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o en fin hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado».

Sobre la posibilidad de establecer el uso alternado entre los progenitores de la vivienda conyugal el Tribunal Supremo, en la sentencia citada de 20 de diciembre de 2021 ha señalado que:

« (...) constituye una fórmula viable que, sin embargo, contiene importantes dificultades para su adopción, en tanto en cuanto requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar, con la necesidad igualmente de las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adoptarse también a este concreto modelo de convivencia.

En definitiva, implica una fórmula de economía colaborativa, que deberá contar con la adhesión de los progenitores, que quieran y puedan atender a las exigencias que implica su puesta en marcha, lo que requiere la existencia de un buen "coparenting" -relaciones de los padres entre sí-. Todo ello, además, con el requisito de contar con una capacidad económica suficiente para sufragar los mayores gastos, que exige la adopción de este concreto patrón de decisión. El fracaso de una medida de tal clase lesionaría el interés y beneficio de los menores, en cuanto a su estabilidad y satisfacción de sus necesidades.

Es por ello que, dadas las dificultades expuestas, la jurisprudencia se muestra reticente a la adopción de una solución de tal clase, toda vez que implica contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica, y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, que conlleva a que se descarte su adopción en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio, todas ellas citadas en la más reciente sentencia 438/2021, de 22 de junio» .

En el presente supuesto no resulta posible el establecimiento de un uso alternado de la vivienda familiar dada la mala relación y falta de comunicación existente entre las partes. Por otro lado, el régimen solicitado no cumple con la finalidad de no prolongar de forma indefinida la división de la vivienda, pues en la sentencia ya



se establece el límite temporal de la atribución exclusiva en la mayoría de edad de hijo del matrimonio, que se producirá el NUM000 de 2024.

No se ha discutido la argumentación de la sentencia para el mantenimiento del uso exclusivo de la vivienda en favor de la esposa, que no es otro que el acuerdo que alcanzaron las partes en sede de medidas provisionales.

TERCERO.- Pensión compensatoria.

El fundamento de la petición de la pensión es el desequilibrio económico causado por el hecho de la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa.

Dispone el artículo 97 del Código civil:

«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.ª La edad y el estado de salud.
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad».

La pensión compensatoria es un derecho personal que la ley reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produce un empeoramiento en la situación económica de la que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad a la que resulta para el otro consorte. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la pensión compensatoria no es una pensión de alimentos, que el punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y al momento en que debe producirse. El desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Lo que ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación con la que disfrutaba en el matrimonio y respecto de la posición que disfrutaba el otro cónyuge.

Conforme ha recordado el Tribunal Supremo en sentencia 96/2019, de 14 de febrero, la simple desigualdad económica no determina derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como «cualquier otra circunstancia relevante», de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el artículo 97 del Código civil.

En sentencia de 7 de marzo de 2018 el Tribunal Supremo ha declarado que:

«La pensión compensatoria es un derecho personal que la ley reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la que resulta para el otro consorte. Tras la reforma del artículo 97 CC por Ley 15/2005, de 8 de julio, las modalidades de pago de dicha compensación no se reducen ya a unas prestaciones periódicas, sustituibles conforme a lo establecido en el artículo 99 CC, o a una prestación única, sino que se establece la posibilidad -ya reconocida por la jurisprudencia- de conceder prestaciones periódicas sometidas a término. Se trata, en todo caso, de compensar el descenso que la nueva situación produce respecto del nivel de vida que se mantenía durante la convivencia; lo que, en consecuencia, se produce con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor, del acreedor, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación».

Declara también el Tribunal Supremo que el momento para apreciar y determinar la existencia de desequilibrio es efectivamente el de la ruptura de la convivencia, debiendo traer aquél causa de dicha ruptura. Los sucesos que se producen con posterioridad a la ruptura de la convivencia son, en principio, completamente irrelevantes para determinar la existencia de la pensión compensatoria o la procedencia de elevar su cuantía.

Es en este sentido que resulta procedente la cita que se hace en la resolución recurrida de la sentencia dictada por este tribunal en fecha 22 de mayo de 2020, en la que se señala:

«La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, -que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. El desequilibrio económico ha de ser probado por quien lo alega *art 217 lec*, y ha de ser valorado en el momento de la ruptura o cese de la convivencia.

La sentencia fijó las medidas precitadas en atención al previo acuerdo de las partes, de ahí que las alegaciones respecto a la pérdida de ingresos por cesión del uso al padre no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de fijar la procedencia o improcedencia de la pensión compensatoria en cuanto que voluntariamente asumidas por quien ahora alega la pérdida de ingresos.

Por lo tanto, la pérdida del alquiler de la vivienda propiedad de la esposa apelante, estricto sensu no trae causa de la ruptura de la convivencia, sino de un acto posterior y voluntario de las partes, el establecimiento de una guarda y custodia compartida y la atribución al esposo de la vivienda copropiedad de ambos litigantes.

El previo acuerdo en medidas provisionales fue fijado como su propio nombre indica con ese carácter de provisionalidad. Por imperativo del art. 773 LEC, lo acordado en medidas provisionales previas no prejuzga, predispone o condiciona al tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas; del mismo modo se pronuncia la sentencia recurrida en su fundamento jurídico tercero. La razón de ser de las medidas coetáneas es la de regular un régimen transitorio sumárisimo para que no exista merma en los derechos del cónyuge más necesitado.

y no podemos olvidar que entre las medidas a adoptar como provisionales no se encuentra la pensión compensatoria, que solo puede ser acordada en la sentencia definitiva que decreta la separación o en este caso el divorcio.

La pensión compensatoria que solicita, no por la situación en la que un cónyuge sale perjudicado constante matrimonio, sino el que económicamente sale perjudicado con el divorcio con independencia del patrimonio».

No es el divorcio, sino la atribución del uso de la vivienda, lo que le causa un desequilibrio económico. Esa atribución fue acordado por las partes en el mes de mayo de 2021, si bien ya se produjo de hecho desde el momento de la ruptura, en junio de 2020, lo que no justifica el establecimiento de una pensión compensatoria.

CUARTO.- El garaje.

En la sentencia dictada en primera instancia se atribuye el uso del garaje a la esposa, al ser anejo a la vivienda familiar.

Ambas partes reconocen en los escritos presentados en el procedimiento que alcanzaron un acuerdo por el cual el garaje sería utilizado por aquel de los progenitores que tuviera la custodia del menor, que se distribuían por semanas. La demandante reconoció que no tenía vehículo y que su hermana le dejaba uno para poder utilizarlo para trasladar a su hijo a las actividades extraescolares.

No observa el tribunal que exista razón alguna para establecer el uso exclusivo a favor del esposo, pero sí considera procedente que se mantenga el uso compartido y alternado por semanas, coincidiendo con la custodia del hijo menor, pues ese uso va dirigido a facilitar el desarrollo de sus actividades. Ese es el acuerdo que habían alcanzado las partes y no existe razón para que no pueda continuar mientras se mantenga la cotitularidad de la vivienda y el uso exclusivo de ella por parte de la esposa.

QUINTO.- Costas.

Habida cuenta la especial naturaleza de la materia objeto del presente recurso de apelación no procede hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada.

FALLAMOS

Esta Sala acuerda:



Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por d. Desiderio contra la sentencia dictada en fecha 21 de marzo de 2022 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ibiza en los autos del procedimiento de divorcio de los que el presente rollo dimana.

Revocar la sentencia dictada en primera instancia en el sentido de mantener el uso compartida, por semanas alternas, coincidentes con la custodia del hijo menor, del garaje del que ambas partes son propietarios.

No hacer especial mención a las costas causadas en esta alzada, con devolución del depósito consignado para recurrir.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15.ª de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial n.º 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así se manda y firma.

PUBLICACION.- 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 Letrado de la Administración de Justicia certifico.