



Roj: **SAP IB 968/2006 - ECLI: ES:APIB:2006:968**

Id Cendoj: **07040370032006100228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **02/05/2006**

Nº de Recurso: **154/2006**

Nº de Resolución: **188/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ROSA RIGO ROSSELLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00188/2006

Rollo: RECURSO DE APELACION 154 /2006

SENTENCIA Nº 188

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ

MAGISTRADOS:

DOÑA MARÍA ROSA RIGO ROSSELLÓ

DOÑA CATALINA MORAGUES VIDAL

En PALMA DE MALLORCA, a dos de Mayo de dos mil seis.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio de modificación de medidas, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº Tres de Palma de Mallorca, bajo el número 433/2005, Rollo de Sala nº **154/2006**, entre partes, de una como demandada-apelante Dª Lourdes , representada por la Procuradora Sra. SAMPOL SCHENK, y defendida por el Letrado Sr. Navarrete Rodríguez, de otra, como actor- apelado DON Bernardo , representado por el Procurador Sr. CABOT LLAMBÍAS y defendido por el Letrado Sr. Ramis Perelló.

ES PONENTE la Magistrada Ilma. Sra. DOÑA MARÍA ROSA RIGO ROSSELLÓ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº Tres de Palma de Mallorca, se dictó sentencia en fecha 15 de noviembre de 2005 y Auto de aclaración de la misma en fecha 19 de diciembre de 2005, cuyos Fallo y parte dispositiva son del tenor literal siguiente:

"Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales en nombre y representación de D. Bernardo contra Dª Lourdes y en consecuencia debo acordar y acuerdo haber lugar a la modificación de las medidas acordadas en sentencia de divorcio en el sentido siguiente: =a) se deja sin efecto la pensión alimenticia fijada en su día a favor de los hijos del matrimonio y con cargo al padre. =b) igualmente se deja también sin efecto la medida en virtud de la cual se atribuyó a la esposa e hijos del uso del domicilio conyugal, debiendo la esposa abandonar el citado domicilio en el plazo de un año y seis meses."



"SE ACLARA la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2005 en el sentido siguiente: el plazo para dejar la vivienda se computará desde la fecha de la sentencia dictada en los presentes autos."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido a trámite y seguido el recurso por sus trámites, por esta Sala se acordó y se celebró el acto de la vista el día 2 de mayo de 2006 a las 12'00 horas.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución de instancia.

PRIMERO.- En fecha 15 de noviembre de 2005 recayó sentencia por la que se estimaba la demanda de modificación de medidas presentada por D. Bernardo y en consecuencia: a) se dejaba sin efecto la pensión alimenticia fijada en su día a favor de los hijos del matrimonio y con cargo al padre, y b) se dejaba sin efecto la medida en virtud de la cual se atribuyó a la esposa e hijos el uso del domicilio conyugal, debiendo la esposa abandonar el citado domicilio en el plazo de un año y seis meses a partir de la fecha de la sentencia, esto es, del 15 de noviembre de 2005.

La expresada resolución constituye el objeto del presente recurso de apelación, al haber sido impugnada por la demandada Doña Lourdes , quien disiente del pronunciamiento relativo a la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar, por considerar que su interés sigue siendo el más necesitado de protección.

SEGUNDO.- el artículo 96 del Código Civil regula la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar distinguiendo entre los supuestos en que el matrimonio que se anula, separa o divorcia, tenga hijos menores o incapacitados bajo la potestad y guarda de uno de los cónyuges, y los casos en que el matrimonio carezca de hijos o los que tenga no se encuentren bajo su patria potestad. Dispone al efecto el expresado precepto que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieren aconsejable y su interés fuere el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Así por tanto si no hay hijos, en principio, la vivienda es para el titular. La expresión "podrá acordarse", cuando se refiere al no titular, indica bien a las claras que no es obligatorio y sólo es una facultad que tiene el Juez cuando, atendidas las circunstancias, lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Ahora bien, si se deja el uso de la vivienda familiar al no titular, lo es temporalmente, única y exclusivamente por el tiempo que prudencialmente se fije. En este caso, mientras ocupe la vivienda familiar el no titular, tanto si es con los hijos como si lo es en razón de que se la haya adjudicado el Juez no habiendo hijos, el titular no puede disponer de la vivienda sin el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial. Por el contrario, en el caso de que la vivienda sea común, no establece el legislador ninguna restricción del poder de disposición. No procede en dicho supuesto la prohibición de disponer de su parte indivisa, dado que el cónyuge al que se le atribuye la vivienda, al ser titular también, podrá atribuírsele de forma indefinida, con lo cual el otro titular, de existir prohibición de disponer, se quedaría con un bien indisponible; y así lo establece el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de septiembre de 1988 .

TERCERO.- Aplicando la expresada doctrina al caso de autos deviene improsperable el presente recurso de apelación, toda vez que:

- De la documental de los folios 74 y 112 y siguientes se desprende que la vivienda litigiosa es titularidad del demandante D. Bernardo .
- La hija del matrimonio no vive en el domicilio familiar, trabaja y objeten unos ingresos de 700 euros mensuales.
- El hijo del matrimonio es mayor de edad, trabaja desde hace más de dos años percibiendo un sueldo de 700 euros mensuales aproximadamente, vivía en casa de su tío D. Jesús Luis y se trasladó a residir al domicilio familiar pocos meses antes de interponerse la demanda origen de los autos de que deriva el presente rollo.
- Si bien es cierto que el Sr. Jesús Luis regenta un bar y es propietario de otra vivienda en la C/ DIRECCION000 y de una casa de campo y copropietario de otra, también lo es que no consta que la Sra. Lourdes esté incapacitada para dedicarse al ejercicio de una actividad remunerada y la penuria económica que alega en su



escrito de contestación a la demanda y reproduce en su recurso, no se aviene con el hecho de haber adquirido, en el año 2002 parte de una vivienda en Son Cladera.

CUARTO.- Los razonamientos hasta aquí expuestos determinan, como se ha dicho al inicio, que procede la desestimación del presente recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLAMOS

1º.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sra. Sampol Schenk en nombre y representación de D^a Lourdes , contra la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2005 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de esta ciudad en los autos de modificación de medidas de que deriva el presente rollo y, en consecuencia, se confirma la expresada resolución.

2º.- Se imponen a la parte apelante las costas de esta alzada.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué 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 certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.