



Roj: **SAP M 16584/2014 - ECLI:ES:APM:2014:16584**

Id Cendoj: **28079370222014100950**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **28/11/2014**

Nº de Recurso: **247/2014**

Nº de Resolución: **1054/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 85, 27-11-2013,  
SAP M 16584/2014**

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0001971

Recurso de Apelación 247/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 85 de Madrid

Autos de Divorcio Contencioso 1190/2012

Apelante/Demandada: DOÑA Leonor

Procurador: Don Ángel Rojas Santos

Apelado/Demandante: DON Melchor

Procuradora: Doña Monserrat Gómez Hernández

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández

### **SENTENCIA N°**

Magistrados:

Ilmo. Sr. Dº. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. Dº. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Dª. Rosario Hernández Hernández

En Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil quince.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre DIVORCIO CONTENCIOSO seguidos bajo el nº 1190/2012, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de Madrid, entre partes:

De una como apelante, Dª. Leonor , representada por el Procurador Dº. Ángel Rojas Santos.

De otra, como apelado, Dº. Melchor , representado por la Procuradora Dª. Monserrat Gómez Hernández.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

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



SEGUNDO.- Con fecha 27 de noviembre de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Con estimación parcial de la demanda formulada por la procuradora D MONSERRAT GOMEZ HERNANDEZ en nombre y representación de D. Melchor frente a D<sup>a</sup>. Leonor representado por el procurador D. ANGEL ROJAS SANTOS y desestimación de la reconvencción articulada por el procurador D. ANGEL ROJAS SANTOS, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Leonor frente a D. Melchor representado por la procuradora D<sup>a</sup> MONSERRAT GOMEZ HERNANDEZ se declara el divorcio del matrimonio celebrado por D. Melchor D<sup>a</sup> Leonor el día veinticinco de julio de mil novecientos noventa y dos en Madrid, sin costas con los efectos legales inherentes y las siguientes medidas:

1.- La guarda y custodia de la hija común menor de edad se atribuye a D. Melchor , con la patria potestad compartida

2.- El régimen de visitas de la hija común con su madre queda al libre acuerdo de la menor y D<sup>a</sup>. Leonor

3.- El uso del domicilio familiar sito en la AVENIDA000 n° NUM000 , Portal DIRECCION000 - NUM001 de Madrid se atribuye a la menor y a su padre D. Melchor .

A partir del mes de julio de 2014 se procederá a la venta del domicilio familiar, permaneciendo hasta su venta en el uso del domicilio los hijos comunes.

4.- Queda en suspenso la contribución de D. Leonor a los alimentos de los hijos comunes

5.- D. Melchor y D. Leonor abonarán por mitad los gastos inherentes a la propiedad del inmueble común.

6.- No ha lugar a pronunciamiento sobre pensión compensatoria ni indemnización al amparo del Art. 1438 CC

Notifíquese la presente resolución haciendo saber a las partes que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días a partir del siguiente a su notificación, debiendo acreditar al tiempo de su interposición, haber depositado la cantidad de 50 euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, en la entidad Banesto, al número de cuenta 3459/0000/00/1190/12.

Firme que sea esta resolución, líbrese exhorto al Encargado del Registro Civil, al que se acompañará testimonio de la misma, a fin de que proceda a anotar su parte dispositiva en la correspondiente inscripción de matrimonio; y poniendo en las actuaciones certificación de la misma, inclúyase la presente en el Libro de Sentencias.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y fimo.

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de D<sup>a</sup>. Leonor , exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las partes personadas, presentándose por la representación legal de la parte apelada D<sup>o</sup>. Melchor , 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 presente recurso el día 27 de noviembre de los corrientes.

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

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D<sup>a</sup>. Leonor , demandada que reconvino en juicio de divorcio, interpone recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia a 27 de noviembre de 2013 , en cuya virtud, se atribuye a los hijos comunes Jorge y Remedios , ambos ahora mayores de edad, si bien esta última era menor al tiempo de la interposición judicial, el uso del domicilio familiar hasta su venta, denegando tanto la pensión compensatoria como la compensación económica postulada por aquella al amparo del artículo 1.348 del Código Civil .

Insiste ante la Sala en su pretensión de que se atribuya el uso del domicilio familiar por periodos sucesivos alternos de un año a uno y otro ex consorte, así como en que le sea reconocida pensión compensatoria por desequilibrio, en importe de 600 € mensuales, y meritada compensación.

SEGUNDO.- En orden al uso de la vivienda familiar, la solicitud de la recurrente ha de obtener parcial favorable acogida, para acordar su atribución, como se verificara en la parte dispositiva de la presente resolución, a uno y otro litigante de manera alternativa y sucesiva por años, comenzando por el ex esposo que lo viene utilizando, con inicio del computo a la fecha de la notificación de la presente resolución.



En esta materia es de aplicación lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil , a cuyo tenor:

"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 corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la 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 hicieran aconsejable y su interés fuera 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".

A la luz de dicho precepto, la atribución del uso de la vivienda familiar, en ausencia de hijos menores, como es el caso ( Jorge a la demanda ya era mayor de edad, y Remedios ahora lo es), ha de basarse en presupuestos de interés necesitado de mayor protección, siendo que en el presente caso, este no concurre ni en uno ni en otro litigante, cuando ambos se encuentran en condiciones semejantes, tanto por edad, como por capacidad para alojarse en otro igualmente digno, sin que conste hayan de hacerlo uno u otro perentoriamente en la familiar, que carece de características especiales, como pudiera ser, a título de ejemplo, la supresión de barreras arquitectónicas para su adaptación a minusvalía, y en un momento en que por sus dimensiones es ya excesiva a la necesidad de cobertura de esta básica necesidad por una sola persona. La perpetuación de la convivencia con Jorge y Remedios , como luego se verá, no hace recaer en D<sup>o</sup>. Jorge mayor interés necesitado de protección.

Ha de reseñarse que no es preceptivo el alojamiento en régimen de propiedad, sino que puede llevarse a cabo de manera igualmente suficiente y digna en el de alquiler.

La atribución de uso no tiene otra finalidad que la de mero alojamiento tras la quiebra matrimonial, independientemente de la naturaleza ganancial, privativa o mixta del inmueble, o incluso siendo de propiedad ajena, sin conferir a los beneficiarios derechos superiores de los que deriven del título de ocupación.

Ha de tenerse en cuenta que la asignación del uso es siempre temporal en el marco del derecho de familia, sin que sea dable su atribución con indefinición temporal; concluye en general, en último término, caso de desacuerdo, al momento de la división de cosa común, o al de la venta extrajudicial, de mediar pacto, o al de la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Ha de hacerse mención de las últimas tendencias del Tribunal Supremo, sentencias de fecha 5 de septiembre de 2.011 y de 30 de marzo de 2.012 , en las que se reseña que la asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, más, siguiendo la dicha doctrina emanada del Tribunal Supremo, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado a hijos menores en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el art. 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el art. 96.1<sup>o</sup> CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC , respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los Arts. 142 y siguientes del CC , (...). En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del Código Civil , tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no



del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC , según el cual «No habiendo hijos , podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Los hijos comunes de este matrimonio no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto a la vivienda que fue domicilio habitual, de manera que la atribución a partir del momento de la mayoría de edad sin limitación de plazo, se hace forzando el art. 96.3 en una especie de interpretación analógica con el 96.1 del Código.

Así, se afirma por el Alto Tribunal, que si bien la vivienda que constituyó el domicilio conyugal pudiera atribuirse a la ex esposa, las razones habrían de estar fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de los hijos mayores que el art. 96 CC no tutela; sin que la posible convivencia que pueda perpetuarse con la madre tras la mayoría de edad, constituya un interés digno de protección de acuerdo con el art. 96.3 CC , ya que éstos no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres. En el supuesto de que los hijos necesitaran alimentos, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos puede efectuar la elección que le ofrece el art. 149 CC y decidir proporcionarlos "manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos".

En sentencia de esta misma Sala, de 25 de marzo de 2.014, recaída en el rollo de apelación nº 376/2.013 , tras analizar la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 5 de septiembre de 2011 , se razona:

"En dicha resolución se mantiene el argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad, y aun aceptando que la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato judicial, no ocurre igual en el caso de los mayores.

Un segundo argumento contrario a extender la protección del menor más allá de la fecha de la mayoría de edad es el que afirma que no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93,2 del citado texto legal, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, cuya prestación alimenticia comprende el derecho de habitación y debe tenerse en consideración lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes, pues se admite que los alimentos puedan satisfacerse o bien por medio de la cuantificación de dicha pensión de alimentos, o bien, recibiendo o manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

En definitiva, según se establece en la sentencia que se comenta, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para la adjudicación del uso de dicha vivienda, puesto que dicha necesidad, del mayor de edad, habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir no puede considerarse como si el hijo mayor ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevará la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. Por tanto, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

Así las cosas, la atribución del uso de la vivienda familiar se ha de hacer al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 96 del cuerpo legal antes mencionado.

La conclusión no puede ser otra que la de no existir derecho de uso de la vivienda familiar por parte de los descendientes, en un momento en el que la menor de los comunes, Remedios , ha alcanzado la mayoría de edad.

Por todo lo razonado, procede en los términos expuestos la anunciada estimación parcial del motivo de recurso, sin que con dicha solución a la problemática existente vayamos en la presente en contra del principio de congruencia que debe regir, dado que se trata de una solución intermedia y ecléctica, acorde al artículo 218 de la L.E.Civil , que concilia todos los intereses en juego, cuando no afecta a menores de edad, y cuando no hacemos otra cosa que estimar parcialmente la pretensión del padre, remitiéndonos al aforismo doctrinal "quien pide lo más, también pide lo menos".

Esta atribución de uso alternativa sucesiva es solución común y ordinaria en el foro en situaciones como la presente, en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación o división, o a la venta, susceptibles de desplegar por el beneficiado en exclusiva con el uso, que hicieran irreales e ilusorios los derechos dominicales del legítimo cotitular.



Tal pronunciamiento conlleva que el ocupante al que en cada momento corresponda la alternancia, haga frente a los gastos derivados del uso, tales como suministros, consumos, cuotas de comunidad de propietarios ordinaria (no así derramas), tasa de recogida de residuos urbanos o basuras (insistimos en la ausencia de incongruencia al amparo del artículo 218 de la L.E.Civil ), y demás propios de la ocupación, manteniendo la obligación de abono por mitad de los inherentes a la propiedad del inmueble.

Y ello al ser criterio constante de las Secciones de Familia de esta Audiencia Provincial, coincidente con el sentir del de otras Audiencias Provinciales, que haga frente por sí y en exclusiva, el ocupante a quien venga atribuido el uso al amparo del artículo 96 del Código Civil , como único que se beneficia con la utilización, a cuantos gastos ordinarios y comunes origine el empleo de la vivienda familiar, desembolsos entre los que se incluyen las repetidas cuotas mensuales ordinarias de comunidad de propietarios, en cuanto derivan y son propias del mantenimiento y conservación (no así las derramas, cargas y tributos que afecten directamente al derecho de propiedad, o el seguro del hogar, cuya cobertura beneficia por igual a uno y otro cotitular), siendo dicho usuario del inmueble el final beneficiario de los servicios que se sufragan con cargo a la mensualidad, superando la aplicación mera y automática de la vigente Ley de Propiedad Horizontal, y en la perspectiva del contenido de los artículos 491 a 512 y 523 a 529, así como concordantes, todos ellos del Código Civil , donde se regulan las obligaciones del usufructuario, así como el uso y la habitación.

En este sentido se puede mencionar la sentencia de esta misma Sala, de 12 de marzo de 2.008 , en la que se expresa:

"Cierto es que, conforme declara el Tribunal Supremo (vid Sentencias de 25 de mayo de 2.005 y 1 y 20 de junio de 2.006 ), el artículo 9-5º de la Ley de Propiedad Horizontal , de 1.960, al igual que el 9º.1 f de la vigente de 1.999, impone al propietario, de una forma clara e inequívoca, el pago de los gastos de comunidad, lo que, en dichas resoluciones, conduce a considerar que el abono de los mismos realizado por uno solo de los cónyuges cotitulares de inmueble, al que, en la litis matrimonial, se le atribuyó su uso, constituye un crédito de este contra la sociedad de gananciales en liquidación.

No podemos, sin embargo, olvidar que las cuotas ordinarias de comunidad tienen por objeto cubrir económicamente una serie de servicios, tales como los de portería, limpieza, luz o, en general, mantenimiento de zonas comunes que, en supuestos como el presente, tan solo benefician de modo directo y personal a uno de los cotitulares, esto es aquel que ostenta el derecho exclusivo y excluyente de uso. En lógica y justa correspondencia, según viene de modo reiterado manteniendo esta Sala, ha de recaer sobre el beneficiario de tales servicios el gasto inherente a la ocupación del inmueble, en cuanto originados por quienes moren en el mismo, redundando en su exclusivo beneficio.

Al respecto, dentro de la regulación del derecho de uso y habitación, figuras que guardan evidente similitud con la del artículo 96 del Código Civil , el artículo 500, por la remisión genérica efectuada en el 528, previene que el usufructuario (en este caso el usuario) está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo; y se añade que se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Obvio es que si uno solo de los cónyuges está percibiendo una utilidad económica derivada del derecho de uso, que le otorga la posesión del inmueble a los fines de cubrir en el mismo sus necesidades cotidianas de alojamiento, ha de entenderse que las cuotas de comunidad forman parte de los gastos que derivan del mantenimiento y uso del inmueble que dicho consorte, con exclusión del otro, hace del mismo y de sus instalaciones comunes, por lo que no parece forzado incluir aquellos gastos dentro de las obligaciones que incumben al usuario, bajo la cobertura del artículo 504, en relación con el 500, dentro del concepto de contribuciones que recaigan sobre los frutos o utilidades."

En lo que afecta a la tasa de recogida de basuras, el pago de este impuesto municipal sin duda corresponde al usuario del inmueble, tal y como viene estableciendo este Tribunal respecto de las cuotas de la comunidad de propietarios, en proyección a cuanto se dispone respecto del impuesto de basuras y a lo que da forma y sustento legal lo dispuesto en los artículos 20.4 y 23 del Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo , en cuanto a la regulación del sujeto pasivo de dicho tributo, determinando al efecto al usuario del inmueble.

TERCERO.- Por lo que respecta a la pensión compensatoria por desequilibrio que reclama Dª. Leonor , al amparo del artículo 97 del Código Civil , es factible anticipar la procedencia de la desestimación de la concreta pretensión, con confirmación de la sentencia apelada en tal aspecto, como absolutamente correcta, ajustada al ordenamiento jurídico y doctrina que lo interpreta, así como al criterio reiterado de esta Sala en la materia, toda vez que no acredita con seriedad y rigor, cuando tan solo a ella incumbe el onus probandi o carga de la prueba ( artículo 271 de la L.E.Civil ), que el divorcio, que no ha interferido notoriamente en su trayectoria profesional, le haya generado desequilibrio, en términos del artículo 97 del Código Civil , esto es, como empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en relación con la posición de Dº. Melchor , en quien también la ruptura



ha repercutido de manera negativa, debiendo recordarse que el beneficio de la pensión compensatoria, no es de automática concesión a toda separación o divorcio, ni un derecho absoluto e ilimitado, ni concebido para igualar economías dispares.

La prolongada duración del matrimonio y de la convivencia, la existencia de dos hijos comunes, o el apartamiento del mercado laboral por parte de la ex esposa, son extremos que no determinan sin más al reconocimiento de pensión compensatoria.

D<sup>a</sup>. Leonor dispone de ingresos autónomos fijos, regulares, periódicos y estables procedentes de la pensión pública que percibe por Incapacidad Permanente Total para el ejercicio de su profesión habitual de peluquera, cifrada en el año 2.012 en 371,81 € netos al mes, sin incluir la prorrata de pagas extraordinarias, que se concreta en 433,77 € con dicha prorrata. Dispone además de un capital de al menos 90.000 € de liquidación extrajudicial de saldos comunes. No ha de afrontar cargas económicas ni familiares, pues los hijos quedan conviviendo con el progenitor, sin haberse fijado alimentos a cargo de la madre. Presenta plenamente cubiertas todas sus necesidades, que, por cierto, no constan excesivas, incluida la básica de vivienda, sin que ello le suponga desembolso adicional, puesto que lo hará en la familiar cuando le corresponda la alternancia, y en la de su progenitor cuando torne al ex marido, siendo que en ella no resulta ninguna patología ni afección de salud, más allá de la alergia a productos de peluquería, que determina una minusvalía por cierto mínima, de tan solo un 10 % (documentos obrantes a los folios 86 y siguientes, así como 158 y siguientes de autos).

D<sup>o</sup>. Melchor por su parte es parado de larga duración, quedando concretados sus ingresos en los 426 € mensuales del subsidio de desempleo, debiendo hacer frente a la totalidad de las necesidades de los hijos comunes, así como afrontar parte de cuotas mensuales de amortización de hipoteca concertada para la adquisición de una nave industrial, que vienen a suponer un desembolso de unos aproximados 900 € al mes, según se indica en la disentida.

En estas circunstancias, es absolutamente inviable fijar pensión compensatoria a D<sup>a</sup>. Leonor , al no existir desequilibrio derivado del divorcio, pues es visto que ambos ex consortes quedan en situación semejante, y, de detectarse alguna diferencia, no deriva esta del matrimonio, de los hijos habidos o de la necesidad de dedicarse a los mismos y a la familia, o de D<sup>o</sup>. Melchor .

No existe dedicación presente a la familia, y la pasada no se evidencia intensa, pues para los hijos comunes se recurrió desde temprana edad a guardería, y al ser escolarizados, se emplearon los servicios de comedor escolar; una vez estos alcanzaron la suficiente madurez pasaron a colaborar en la realización de las tareas domésticas, como también a los hijos y al hogar contribuyó D<sup>o</sup>. Melchor , llevando a los menores a las consultas pediátricas, así como a las de urgencias cuando era preciso, aprovisionando de víveres y efectuando compras, realizando tareas de mantenimiento de los elementos del inmueble familiar, así como gestiones bancarias y económicas del núcleo.

En el supuesto de autos la quiebra del matrimonio ha incidido negativamente también, como se dijo, en la economía del ex marido, a quien le afectan dolencias de importancia, y ahora, al quedar el uso de la vivienda familiar en años alternos en beneficio de la ex esposa, hasta su venta o división de la cosa común, habrá de costear alquiler para dar cobertura no solo a la básica necesidad que de ella presenta el mismo, sino incluso los hijos comunes, a diferencia de D<sup>a</sup>. Leonor .

En definitiva, la pensión compensatoria en este caso, no obedece a las previsiones que se contemplan en el artículo 97 del Código Civil , en cuanto la finalidad de la misma, no es otra que la de colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo, o medios con los que autosustentarse, en que se encontraba antes de contraerlo, situación en la que desde luego se encuentra ya D<sup>a</sup>. Leonor , pues dispone de ingresos regulares, estables y periódicos, si bien exiguos, como los de la contraparte, si suficientes a su digno sustento, recordando que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria no es de automática concesión a toda separación o al divorcio, ni un mecanismo igualatorio de economías dispares, y que su finalidad es evitar, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionantes comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaba antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto; condicionantes o presupuestos que no pueden presumirse, por cuanto los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general del onus probandi, sin alteración ni privilegio alguno ( art. 217 de la L.E. Civil, anterior 1214 del C.C .).



En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y los divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de cada uno con la tenida en periodo de convivencia, por ello, la mayoría de la doctrina afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de los dos, sino hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos.

Por todas las razones expuestas, se ha de desestimar el recurso, con confirmación de la disidentida en lo que respecta a la pensión compensatoria por desequilibrio, como absolutamente correcta y ajustada al ordenamiento jurídico, sin que se evidencie error en la valoración del material probatorio obrante en autos por parte de la Juez "a quo", ni de aplicación o interpretación de la norma en vigor.

CUARTO.- El final motivo de recurso ha de correr igual suerte desestimatoria que el anterior, puesto que en el presente caso no procede compensación, tal y como en esta materia reiteradamente se ha venido a pronunciar desde antiguo esta Audiencia, al menos a partir del año 1.998.

En este sentido cabe citar, entre otras, las sentencias de fecha 12 de enero de 2001 o la de 1 de febrero de 2.006 , en las que señalamos:

"(...) resta ya analizar la solicitud formulada por la actora en esta alzada, habiéndose también interesado en la instancia, en relación al pago de la cuantía que se indica en la demanda, en concepto de compensación, por el trabajo dedicado a la casa, petición que se hace al amparo del artículo 1438 del Código Civil , y por cuanto que ha regido en el matrimonio el régimen de separación de bienes, según escritura otorgada con fecha de 11 de junio de 1993, y dispone dicho precepto: "los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación"; y todo ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 95 del Código Civil .

Atendiendo a los criterios jurisprudenciales, emanados, entre otros, de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, de fecha 9 de noviembre de 1999 , y a la doctrina sobre tal institución, puede apuntarse que, como su propia redacción expresa dicho precepto, nos situamos ante una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especies al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, que parece destina a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que puede determinar este régimen económico, especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pensada como una prestación susceptible de cuantificación económica que ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación.

Esta especial naturaleza dota a dicha previsión legislativa de autoría propia respecto de la denominada "pensión compensatoria", que contempla el artículo 97 del Código Civil . Así, pese a que ambos preceptos (artículos 97 y 1438) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión "dedicación a la familia" es equivalente en términos esenciales a la de "trabajo para el hogar") el fundamento de una y otra es distinto en esencia.

La pensión compensatoria no sólo se otorga en consideración a la contribución pasada, sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro en el matrimonio, y que está en conexión con el deber de socorro y asistencia mutua.

En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede general para uno de los cónyuges, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación, hasta la extinción del mismo; la conclusión es que es perfectamente compatible el derecho a pensión compensatoria con la indemnización que señala el artículo 1438, ambos del Código Civil .

De otro lado, y abundando en el concepto jurídico que se analiza, cabe afirmar que la compensación se traduce en una cantidad alzada, depende de que exista la desigualdad peyorativa tantas veces referida, pues se exige el desempeño de trabajos domésticos, vigente el matrimonio, es de carácter asistencia y está condicionada a las posibilidades económicas del deudor, partiendo de la premisa de declarar la procedencia de la compensación



Por otra parte, no es posible su equiparación con el derecho que reconoce el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, aprobado pro Ley 9/1999, de 15 de julio, dicha normativa reconoce el derecho al cónyuge, que sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge, siendo así que ello ha generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de los esposos, que implique un enriquecimiento injusto, siendo evidente que tal presupuesto material, en relación a la desigualdad patrimonial producida, no se contiene en el artículo 1438 del Código Civil .

Dicho lo anterior, y descendiendo ya de modo concreto al supuesto específico de autos, hemos de señalar, analizando la prueba que se ha practicado en autos, que del mismo modo que el reconocimiento de la pensión compensatoria exige la demostración del desequilibrio económico, tal exigencia permanece vigente cuando se solicita del derecho a la compensación, en los términos cuantitativos que se indican, siendo de reiterar el razonamiento legal antes expuesto, en una correcta aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En ningún caso consta acreditado que la esposa se haya encargado de un modo directo, único y exclusivo, de las tareas de la casa, y de los trabajos domésticos habituales, pues al margen de las alegaciones que se contengan en el escrito de contestación a la demanda o en el de recurso, partiendo de la realidad laboral y personal de la esposa, quien prestó servicios por cuenta ajena constante el matrimonio, e incluso durante el mismo continuó con su formación profesional, en cuanto reconoce haber ganado la oposición de maestra en el año 1.991, no se niega el trabajo que la esposa haya podido desarrollar en el hogar, pero no se está en condiciones de afirmar que el marido igualmente no haya colaborado, personal y materialmente, en la medida de sus posibilidades y obligaciones laborales, como así ocurrió con la actora, mientras estuvo incorporado al mundo del trabajo, de tal manera que cabe afirmar que ambos esposos han contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio, y que mientras no se acredite lo contrario, lo han hecho proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos y sus correspondientes situaciones personales y posibilidades, no pudiéndose afirmar que haya concurrido una posición distinta tan esencial o significativa entre ambos que justifique la pertinencia del derecho señalado en el artículo 1.438 antes citado, o que motive, ni tan siquiera, una cuantificación de tal derecho inferior a la que señala la parte actora.

Debe tenerse presente que el artículo 1.438 que ahora se analiza fue introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981 , cuya filosofía inspiradora fue la de instaurar un régimen de igualdad entre el marido y la mujer en todos los órdenes, y por tanto, tal sistema familiar de igualdad ha de referirse no solamente tanto a los derechos, sino también a los deberes, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código Civil , en cierto modo aplicables, por cuanto que los deberes de ayuda mutua se traduce en la colaboración y en la atención por parte de ambos cónyuges a las cargas familiares, afrontando cada cual distintos y diversos cometidos, sin que haya probado la esposa la exclusividad en el cumplimiento de todos ellos; de tal modo que, a falta de acto concreto o convenio entre los cónyuges, a propósito del cumplimiento de tal deber jurídico, y como quiera que no se ha probado la existencia de acuerdo expreso sobre el modo de hacer frente a esas cargas, ha de entenderse, a falta de prueba en contrario, que el esposo ha contribuido a dichas cargas de igual manera que la recurrente, y por cuanto que la comunidad de vida que entraña el matrimonio tiene lugar en régimen de igualdad jurídica entre los cónyuges, de tal manera que la desigualdad natural o material, según la posición de uno y otro en el ámbito matrimonial y en el círculo de las tareas y los trabajos en el hogar, en la esfera personal, familiar y laboral, y a fin de obtener el crédito o indemnización que establece el artículo 1438, exige una cumplida demostración, so pena, de conculcar el espíritu de dicho precepto, generando un enriquecimiento injusto.

A mayor abundamiento, cabría añadir, para concluir, que, en principio, el artículo 1438 resulta ser un precepto contradictorio e incongruente con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada, que sin duda tuvo en cuenta el mandato del artículo 14 de la Constitución Española , en relación al principio de igualdad entre los españoles, y si bien es cierto que tal precepto puede tener acomodo en legislaciones en las que todavía un cónyuge prevalece sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento jurídico".

La dedicación de D<sup>a</sup>. Leonor a los hijos comunes y al hogar, como antes se dijo, no parece en el supuesto de autos intensa, o significativamente superior a la del ex marido; constante el matrimonio se dedico tiempo a sí misma, a ocio y formación, las tareas del hogar en algún tiempo se realizaron por empleada de servicio doméstico, el ex esposo contribuyo igualmente al cuidado y atención de los hijos, sobre todo en aspectos médicos, y en la realización de actividades de conservación, reparación y mantenimiento del inmueble que constituye domicilio familiar, así como de gestiones económicas relativas a la familia, de donde no resulta aquí un trabajo para la casa en términos que pudieran hacer a la recurrente acreedora de una compensación a su favor por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.438 del Código Civil .





QUINTO.- Al ser parcialmente estimado el recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en la presente alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil .

SEXTO.- La parcial estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido para recurrir en apelación, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

### III.- F A L L A M O S

Que, ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dª. Leonor frente a la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2.013 , recaída en el proceso de divorcio seguido entre aquella y Dº. Melchor bajo el nº. 1.190/2.012 ante el Juzgado de Primera Instancia nº. 85 de los de Madrid, debemos REVOCAR y REVOCAMOS también en parte meritada resolución, ACORDANDO: Se atribuye el uso de la vivienda familiar a ambos litigantes alternativamente por periodos sucesivos de 1 año, a computar desde la fecha de notificación de la presente resolución, comenzando por Dº. Melchor , siendo de cargo del ocupante al que corresponda la alternancia, los gastos derivados del uso, como cuotas de comunidad de propietarios, tasa de recogida de residuos urbanos, suministros, consumos y demás, y sufragándose al 50 % los inherentes a la propiedad, tales como IBI, o derramas de la comunidad de propietarios, todo ello hasta la división de cosa común o de la venta.

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Hágase devolución del depósito constituido para recurrir en apelación.

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 2844-0000-00-0247- 14, 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