



Roj: **SAP OU 288/2005 - ECLI:ES:APOU:2005:288**

Id Cendoj: **32054370012005100107**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **18/04/2005**

Nº de Recurso: **3/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ARCOS ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, don Abel Carvajales Santa Eufemia, Presidente, doña Josefa Otero Seivane y don **José Arcos Álvarez**, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM.

En la ciudad de Ourense a dieciocho de abril de dos mil cinco.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de separación procedentes del Juzgado Mixto de Celanova, seguidos con el nº. 70/04 , rollo de apelación núm. 3/05, entre partes, como apelante D. Eugenio , representado por el Procurador D. JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ VERGARA, bajo la dirección del Letrado D. JOSÉ REZA FERNANDEZ y, como apelado, D. Trinidad , representado por la procuradora D^a. ELISA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, bajo la dirección del Abogado D. FRANCISCO VELOSO GONZÁLEZ. Es ponente el Ilmo. Sr. D. **José Arcos Álvarez**.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado Mixto de Celanova, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 18 de octubre de 2004 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando sustancialmente la demanda interpuesta por D^a. Trinidad contra D. Eugenio debo decretar y decreto la separación del matrimonio celebrado entre ambos, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, es, la suspensión de la vida en común, el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, la revocación de los poderes otorgados entre los cónyuges y la disolución del régimen económico matrimonial; sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas y acordando las siguientes medidas: -D. Eugenio abonará a D^a. Trinidad y en concepto de pensión compensatoria 50 euros mensuales, actualizables el primero de enero de cada año conforme al IPC y que deberán ser ingresados por D. Eugenio dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se designe al efecto. -Se establece a favor de las hijas del matrimonio y con cargo a D. Eugenio una pensión alimenticia por importe de 100 euros mensuales, actualizables el primero de enero de cada año conforme al IPC Y que deberán ser ingresados por D. Eugenio dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se designe al efecto. -Se atribuye el uso de la vivienda familiar sita en la C/ DIRECCION000 NUM000 , NUM001 - NUM002 de Celanova y el uso de los objetos de uso ordinario en ella a D^a. Trinidad .".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de Eugenio recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Es objeto de esta alzada la sentencia dictada por del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Celanova, de fecha 18 de octubre de 2004, en autos de separación contenciosa nº 70/2004 , resolución en cuya fallo, y a los efectos que aquí nos interesan, se estable a favor de la actora y ahora apelada, en concepto de pensión compensatoria, a cargo del demandado y ahora recurrente, la suma de 50 euros mensuales actualizable anualmente según las variaciones que experimente el IPC. También se fija a cargo del recurrente y a favor de las hijas del matrimonio, en concepto de pensión alimenticia, un importe de 100 euros mensuales y asimismo actualizable y, finalmente, se le atribuye el uso de la vivienda familiar a Doña Trinidad .

Frente a los citados efectos de la separación invoca el apelante, en sede de error en la valoración de las pruebas, en resumen, respecto de la pensión compensatoria, que no se acreditó el desequilibrio económico con la posición de D. Eugenio que implique un empeoramiento en la situación que Dña. Trinidad venía disfrutando durante el matrimonio. En cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar a Dña. Trinidad , el apelante alega que debe limitarse dicha atribución temporalmente y, por último, se invoca vulneración del principio de proporcionalidad en cuanto a la pensión de alimentos que se concede a favor de sus hijas.

Por su lado, la parte apelada, se opone al recurso formulado por el demandado interesando la confirmación de la resolución apelada razonando en el sentido de la sentencia objeto de apelación.

SEGUNDO.- Respecto a la justificación de la pensión compensatoria, como reiteradamente tiene declarado la doctrina y la jurisprudencia, la pensión que establece el art. 97 del C.C ., se caracteriza por constituir un derecho de crédito que ostenta el cónyuge al que el hecho de la separación o divorcio le impone un desequilibrio económico respecto del otro cónyuge, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, pensión que responde a una finalidad cual es, según señala la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 , que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía durante el matrimonio.

En el caso de que se trata, y según el interrogatorio de la parte demanda y demandante, se deriva que existe una separación de hecho de más de siete años, periodo durante el cual tuvo que hacer frente Dña. Trinidad a todos los gastos habidos en el seno familiar sin que D. Eugenio contribuyese económicamente al respecto, situación de la cual se deduce una cierta capacidad económica de la demandante. Unido a lo anterior, no consta acreditada cuál era la situación económica durante la convivencia de los pleiteantes, motivos ambos (sin olvidar que los actuales ingresos del recurrente son de 252 euros) que nos llevan, en virtud del art. 217.1 de la LEC , a no tener por acreditado el desequilibrio económico en la situación de Dña. Trinidad que suponga un empeoramiento con respecto a la situación durante la convivencia matrimonial. Por todo ello, prospera el primer motivo de impugnación de la resolución apelada.

TERCERO.- En lo atinente a la atribución del uso de la vivienda familiar a Dña. Trinidad , del escrito de recurso de D. Eugenio , se deduce la conformidad con dicha atribución y lo que parece discutirse es que no se haya limitado temporalmente.

Pues bien, teniendo en cuenta el art. 96 del C.C ., en el caso de que se trata, tal y como se deriva del interrogatorio de la parte actora así como de las testificales practicadas en el acto del juicio, del matrimonio entre los ahora pleiteantes nacieron dos hijas (actualmente mayores de edad, tienen 30 y 22 años), hijas que conviven con la madre no siendo ninguna de ellas independiente económicamente por cuanto la hija menor se encuentra estudiando mientras que la hija mayor es disminuida, atendidas estas circunstancias, por ser el interés más necesitado de protección, procede la atribución de la vivienda a Dña. Trinidad sin que merezca favorable acogida la pretensión de limitación temporal de dicha atribución en vista de las circunstancias aludidas, sin perjuicio de que, caso de modificación o alteración de las mismas, se pueda instar la modificación de dicha medida.

CUARTO.- En cuanto al último motivo de impugnación invocado por D. Eugenio contra la sentencia de instancia, vulneración del principio de proporcionalidad en cuanto a la pensión de alimentos que se concede a favor de sus hijas, no puede recibir favorable acogida.

En el caso tratado quedó acreditado en autos que las hijas habidas en el matrimonio conviven con la madre, hijas ambas mayores de edad pero ninguna de ellas independiente económicamente como ya antes se expuso. Una por razones de estudio (universitarios) y otra de las hijas por causa de enfermedad (disminuida). Por eso, a esas necesidades de ambas hijas, según las circunstancias concurrentes, parece procedente, que el progenitor no custodio contribuya con los 100 euros al mes fijados en la resolución apelada, cuantía que ha de ponerse en relación con el caudal del alimentista (art. 146 del C.C .), constando únicamente ingresos mensuales por importe de 252 euros. Decae así el último de los invocados motivos de impugnación esgrimidos por el recurrente en esta alzada.



QUINTO.- En atención al art. 398.2 de la LEC , en cuanto a las costas de esta alzada, no procede hacer declaración expresa de las mismas a ninguna de las partes.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Eugenio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número nº 1 de Celanova, en autos de separación contenciosa nº 70/2004 , rollo de apelación 3/05, de fecha 18 de octubre de 2004, que se revoca sólo en cuanto que no procede la fijación de pensión compensatoria a cargo del recurrente y a favor de la apelada, confirmándose en todos los demás pronunciamientos la sentencia apelada, sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Al notificarse esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el art. 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO