



Roj: **SAP NA 193/2005 - ECLI:ES:APNA:2005:193**

Id Cendoj: **31201370022005100042**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **2**

Fecha: **23/02/2005**

Nº de Recurso: **219/2004**

Nº de Resolución: **42/2005**

Procedimiento: **Apelación sentencias restantes**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA** Nº: **42/2005**

Presidente

D. JOSE FRANCISCO COBO SAENZ

Magistrados

D. FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO

D. RICARDO J. GONZALEZ GONZALEZ

En Pamplona/Iruña, a 23 de febrero de 2005.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el Rollo Civil de Sala nº **219/2004**, derivado de Separación contencioso nº 1742/2003, del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona/Iruña; siendo parte apelante, D. Matías , representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. ELENA DÍAZ ALVAREZ DE MALDONADO; parte apelada, D<sup>a</sup>. Flora , representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> TERESA IGEA LARRAYOZ y asistida por la Letrada D<sup>a</sup>. KARMEN ARAMBURU ALBIZU.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO .

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

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de junio de 2004, el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en Separación contencioso nº 1742/2003 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora, Sra. Igea, en nombre y representación de DOÑA Flora , frente a DON Matías , representado en autos por la Procuradora, Sra. Díaz, debo declarar y declaro la separación matrimonial de los litigantes respecto al matrimonio celebrado en Pamplona el 16 de octubre de 1957 con los efectos inherentes a dicha declaración y la adopción de las siguientes medidas:

- El Sr. Matías deberá abonar a su esposa en concepto de pensión por desequilibrio la cantidad mensual de 563,71 euros que será deducida en origen de las pensiones públicas que percibe el Sr. Matías del INSS y se ingresará en la cuenta número NUM000 titularidad de la actora dentro de los cinco primeros días de cada mes y se revalorizarán en enero de cada año de conformidad con el IPC que publique el INE u Organismo que legalmente le sustituya.

Se confirma la prohibición de disposición de la vivienda sita en la CALLE000 número NUM001 NUM002 NUM003 de esta capital acordada en auto de medidas provisionales hasta que tenga lugar la efectiva liquidación del patrimonio común que deberá instarse en el plazo de los dos meses siguientes a la presente resolución.



TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de D. Matías .

CUARTO.- La parte apelada, D<sup>a</sup>. Flora , evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO.- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a esta Sección Segunda, en donde se formó el Apelación sentencias restantes nº **219/2004**, señalándose el día 16 de febrero de 2005 para su deliberación y fallo, habiéndose observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SE ACEPTAN los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, salvo en lo que se opongan a los de la presente resolución.

SEGUNDO.- La presente litis tiene su origen en la demanda de separación formulada por D<sup>a</sup>. Flora , frente a D. Matías , en la que con base en los hechos y fundamentos que expone en su escrito rector, solicita se acuerde la separación matrimonial de los cónyuges, con los efectos que son inherentes, así como la fijación de una pensión por desequilibrio a favor de la actora y a cargo del demandado, por importe de 563,71 euros mensuales.

Personado en autos el demandado, contestó a la demanda, oponiéndose a la misma y solicitando con carácter principal su desestimación, y subsidiariamente que se fije la pensión a cobrar por la actora en la cantidad de 250 euros.

La sentencia de instancia estima la demanda, declarando la separación matrimonial de los litigantes, con los efectos que son inherentes a dicha declaración, y con la adopción de las siguientes medidas: a) El Sr. Matías deberá abonar a su esposa, en concepto de pensión por desequilibrio, la cantidad mensual de 563,71 euros, que será deducida en origen de las pensiones públicas que percibe el Sr. Matías del INSS, ingresándose en la cuenta corriente que indica la sentencia dentro de los cinco primeros días de cada mes. Pensión que será actualizable anualmente conforme al IPC que publique el INE u organismo que legalmente le sustituya. B) Se confirma la prohibición de disponer de la vivienda sita en la C/ CALLE000 nº NUM001 , NUM002 NUM003 de esta capital, acordada en Auto de Medidas Provisionales, hasta que tenga lugar la efectiva liquidación del patrimonio común, que deberá instarse en el plazo de los dos meses siguientes a la presente resolución.

Frente a dicha resolución interpone el presente recurso de apelación la representación procesal de D. Matías , con base en las alegaciones que estimó oportunas y con el suplico de que se dicte sentencia en los términos señalados en el escrito de contestación a la demanda.

TERCERO.- El recurso de apelación formulado por la parte demandada, interesa la revocación de la sentencia, y que se dicte otra conforme a lo señalado en el escrito de contestación a la demanda, que recordemos, con carácter principal solicitaba la desestimación de la demanda y subsidiariamente que la pensión que se fije a favor de la esposa, lo sea en la cantidad de 250 euros mensuales.

Con carácter previo a entrar en el examen del fondo de la cuestión impugnada en el recurso, éste plantea dos cuestiones que debemos analizar: a) La denuncia de incongruencia de la sentencia de instancia y b) la denuncia de indefensión habida en el procedimiento.

a) En relación a la primera cuestión previa, la incongruencia se señala respecto a la prohibición de disponer de la vivienda conyugal, no solicitada en la demanda de separación.

Ciertamente la demanda de separación no solicita la medida de prohibición de disponer de la vivienda, que fue conyugal, sin embargo no apreciamos en la sentencia de instancia incongruencia, en la modalidad de ultra petita, ya que dicha medida, eminentemente cautelar se acuerda como confirmación o mantenimiento de lo adoptado en Medidas provisionales, pues no cabe desconocer la cuestión litigiosa que sobre el inmueble en concreto pende entre los litigantes. Medida cautelar que, por otra parte se establece con carácter temporal hasta que se haga efectiva la liquidación del patrimonio común, por lo que no es correcta la manifestación de la parte apelante de quedar atado de pies y manos para toda su vida.

Medida cautelar, especialmente teniendo el carácter litigioso que pesa sobre su titularidad privativa o de la sociedad de conquistas, que resulta prudente, no especialmente gravosa para el demandado y apoyada en lo que dispone la Ley 55 del Fuero Nuevo y concordante art. 1.320 del Código Civil .



Así, a tenor de la citada Ley: "Se necesitará el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial para disponer inter vivos o sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda habitual del matrimonio o sobre el mobiliario ordinario de la misma, aunque pertenezcan a uno sólo con carácter privativo".

En similares términos se pronuncia el art. 1320 del Código Civil .

En consecuencia, procede desestimar el motivo analizado.

b) La segunda cuestión previa planteada refiere la indefensión habida en el procedimiento, respecto a la declaración de una testigo. La referencia a la indicada indefensión, no demasiado clara, en todo caso queda diluida en la petición de que se vuelva a repetir su declaración en la segunda instancia, si bien posteriormente no se solicita formalmente en el escrito de recurso, por lo que no cabe apreciar la citada indefensión, habiendo podido la parte interesar la repetición y no haberlo hecho.

CUARTO.- Entrando en el fondo de la cuestión litigiosa objeto del recurso, esto es la fijación de la pensión por desequilibrio a favor de la Sra. Flora , queda establecida en la sentencia de instancia en la cantidad solicitada por la demanda, esto es 563,71 euros mensuales, actualizables anualmente.

No niega la parte recurrente, y así lo señala expresamente en su escrito de recurso la procedencia de la pensión compensatoria, como también lo ponía de relieve en el escrito de contestación a la demanda.

Por otra parte, a la vista de la prueba practicada, resulta acreditado que la separación produce en la actora una situación de desequilibrio económico, en relación a la situación matrimonial anterior, por lo que, de conformidad con lo que dispone el art. 97 del Código Civil , es correcto el pronunciamiento de la sentencia de instancia en cuanto declara el derecho de la actora a percibir una pensión compensatoria.

En definitiva va a ser el quantum de la pensión lo realmente discutido por la parte recurrente, o al menos el alcance de lo que debamos resolver.

En relación con las circunstancias que señala el art. 97 del Código Civil para fijar la cuantía de la pensión por desequilibrio, hay que destacar en el caso presente que estamos ante un matrimonio celebrado en 1957, por lo que han estado casados 46 años; fruto del cual han nacido y viven 7 hijos. Durante el matrimonio la esposa, que cuenta en la actualidad 70 años, se ha ocupado del hogar, del marido y de los hijos. No consta que tenga cualificación profesional alguna, siendo obvio que no hay ninguna posibilidad de que pueda obtener un trabajo para subvenir a sus necesidades.

Frente a la situación de la actora, el demandado, de 73 años, está jubilado, percibiendo varias pensiones: Dos del INSS por importes de 604,29 euros y 265,57 euros mensuales. Y otra de un seguro privado por importe de 120 euros al mes. En total: 989,86 euros al mes.

Posee un fondo rescatado recientemente de 14.711,97 euros y aparece como de su titularidad privativa un piso de protección oficial, sito en la c/ CALLE000 , si bien ya apuntábamos que dicho carácter privativo es objeto de un litigio, al considerar la parte actora que debe tener naturaleza de conquistas.

Por otra parte el demandado se encuentra actualmente ingresado en la Clínica Psiquiátrica Padre Menni, ocupando una plaza privada por la que abona 65 euros diarios, lo que supone un coste mensual promedio de 1950 euros.

Por último la prueba practicada en esta segunda instancia pone de relieve que, con fecha 26 de octubre de 2004, el demandado solicitó del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud, del Gobierno de Navarra, el ingreso y/o prestación económica para estancia en Centros Gerontológicos.

Dicha petición ha sido informada positivamente por la trabajadora social que atiende al demandado, respecto de la que se ha practicado testifical en esta segunda instancia. De momento no hay aun nada resuelto por la Administración.

Atendido lo anterior, nos encontramos ante el reconocimiento de un derecho a percibir una pensión por desequilibrio económico a favor de la actora, a lo que no se opone el demandado-obligado al pago, si bien éste cuenta con unos determinados ingresos, más el potencial patrimonial de tener una vivienda, que si bien limitada en cuanto a la posibilidad de disponer, hasta tanto no se resuelva el litigio pendiente, puede rentabilizar poniéndola en alquiler, como señala la parte apelada, caso de no usarla el mismo en el supuesto de ser factible un tratamiento ambulatorio, en cuyo caso no tendría que hacer frente a los gastos que le supone su estancia en la Clínica.

Por otra parte tiene también a su disposición un fondo rescatado, cuya cuantía le permite sufragar durante un año su estancia en la Clínica, tiempo en el que podrá resolverse el litigio sobre la titularidad privativa o de



conquistas de la vivienda, así como si tiene derecho a plaza en un centro gerontológico y/o una subvención para afrontar el gasto pertinente.

Evaluando todo ello, la situación de la actora, sin ningún tipo de prestación o ingreso, determinan que deba acogerse con carácter preferente, mediante el otorgamiento y confirmación de la pensión por desequilibrio fijada en la sentencia de instancia, sin perjuicio de que transcurrido el plazo de un año, pueda examinarse, mediante el oportuno procedimiento de modificación de Medidas definitivas, cuál es la situación del demandado, patrimonial y asistencial, sin olvidar, por otra parte que teniendo familia directa, pueda ejercitar las acciones en reclamación de alimentos entre parientes que sean procedentes.

Por lo expuesto procede desestimar el recurso planteado y confirmar la sentencia de instancia.

QUINTO.- No se hace expresa imposición de costas en esta segunda instancia, habida cuenta las circunstancias obrantes en la causa y que no hacen temeraria la formulación del recurso.

Vistos los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación al que el presente Rollo se contrae, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. ELENA DÍAZ ALVAREZ DE MALDONADO, en nombre y representación de D. Matías , contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2004 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 3 de Pamplona/Iruña en autos de Separación contencioso n<sup>o</sup> 1742/2003 , debemos confirmar y confirmamos la citada sentencia, sin hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia.

Líbrense por el Sr. Secretario certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias civiles de esta Sección.

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

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de la fecha me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. Doy fe, en Pamplona a 23 de febrero de 2005.