

## EDJ 2007/64376

Audiencia Provincial de Málaga, sec. 6ª, S 6-2-2007, nº 80/2007, rec. 1053/2006

Pte: Suárez-Bárcena Florencio, Inmaculada

Comentada en "Enfoque actual de la pensión compensatoria"

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL

SUPUESTOS DE INDEFENSIÓN

ALIMENTOS

PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Modificación

Otras cuestiones

CARGA DE LA PRUEBA

EL ARTÍCULO 217 DE LA NUEVA LEC

OTRAS CUESTIONES

MATRIMONIO

SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Mutuo acuerdo

Convenio regulador

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Denegación

Otros supuestos

NULIDAD DE ACTUACIONES

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita Ley 15/2005 de 8 julio 2005. Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.2.3, art.97, art.100, art.101 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Bibliografía

Comentada en "Enfoque actual de la pensión compensatoria"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Málaga dictó sentencia de fecha 23 de marzo de 2006 en el juicio de Divorcio núm. 529/05 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO.- Debo declarar y declaro disuelto, por divorcio, el matrimonio entre D. Manuel Y Dª Catalina , con los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento, continuando las medidas acordadas en la sentencia de separación, con excepción de la pensión alimenticia del hijo, Carlos, que queda extinguida, y fijándose respecto a María del Mar la limitación temporal de dos años a contar desde la fecha de esta resolución, y manteniéndose la pensión compensatoria fijada.

No es procedente hacer especial pronunciamiento sobre costas."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación el actor, el cual fué admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, donde, al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día 6 de febrero de 2007 , quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Inmaculada Suárez Bárcena Florencio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda rectora de esta litis, el actor D. Manuel , pretendía, además de la disolución, por Divorcio, del vínculo matrimonial que le unía con la demandada Sra. Catalina , la modificación de las Medidas adoptadas en su día en la sentencia recaída en 12 de julio de 2002, en los autos de separación conyugal núm. 11/02 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 6 de Málaga, concretamente que se declarase extinguida la pensión compensatoria que en la misma se fijó en favor de la Señora Catalina , así como la pensión alimenticia fijada en favor del hijo Carlos, dada su edad, 27 años, y el nulo rendimiento académico que obtiene, y en cuanto a los alimentos de la hija M<sup>a</sup> del Mar se redujera la cuantía de la misma de 1.502 euros mensuales en que venía fijada, a la suma de 800 euros al mes. La sentencia dictada en la instancia, amén de declarar legalmente disuelto por Divorcio el matrimonio que en su día contrajeron ambos litigantes, mantiene la vigencia de las medidas que se adoptaron en el previo proceso de Separación, con la excepción de la pensión alimenticia correspondiente al hijo Carlos que queda extinguida, y fijado respecto de la que corresponde a la hija María del Mar la limitación temporal de dos años a contar desde la fecha de la sentencia, manteniéndose la pensión compensatoria en favor de la esposa, sin hacer especial imposición de costas. Frente a esta sentencia se alza en apelación el actor D. Manuel , a través de su representación procesal.

SEGUNDO.- En primer lugar entiende el apelante que la juzgadora a quo a infringido el artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en cuanto que, aportado por dicha parte junto con el escrito de demanda, un informe pericial tendente a acreditar los ingresos que proporciona a la demandada el patrimonio privativo de la misma y habiendo solicitado la citación judicial del perito para que ratificase y aclarase el informe, se inadmitió esta prueba, sin conocerse los motivos de ello, lo que le ha provocado absoluta indefensión. El apelante, no obstante dicha alegación, no alude al contenido del artículo 459 de la LEC EDL 2000/77463 , ni acredita que denunció oportunamente la infracción por haber tenido oportunidad para ello, ni pide nulidad de actuaciones, ello bastaría, por sí solo, para desestimar el motivo de apelación, pero es que, además, no se ha conculcado por parte de la juzgadora a quo, precepto procesal, ni constitucional alguno, pues es lo cierto que si bien es verdad que el apelante acompañó con su demanda el aludido informe pericial, no es menos cierto que en el otro sí digo de la demanda, aunque afirmó su intención de valerse del dictamen pericial que nos ocupa y de un dictamen médico, se limitó a reglón seguido a decir que los peritos "...en su momento serán propuestos para que ratifiquen, aclaren o amplíen en juicio...". más tarde por providencia de 23 de enero de 2006, el juzgado acordó citar a las partes a la vista del procedimiento para el día 24 de febrero de 2006 , apercibiéndoles que debían comparecer con las pruebas de que intentaran valerse, debiendo indicar, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la citación, qué personas habían de ser citadas por el tribunal como testigos o peritos, facilitando los datos para su citación, ante lo que la parte hoy apelante aportó escrito de 30 de enero de 2006, pidiendo la citación judicial de los peritos, lo que denegó el juzgador por providencia de 2 de febrero de 2006, al considerar que los peritos testigos propuestos, no eran necesarios. Contra esta providencia la parte hoy apelante no formuló recurso alguno, ni denunció que se hubiera incurrido en infracción procesal alguna, ni ello se puso de manifiesto en el acto de la vista que en su día se celebró, pues la parte se limitó a reproducir la petición de tales pruebas, que fueron denegadas por la juzgadora a quo. Con ello tenemos que la parte apelante, al consentir la providencia por la que se denegó la citación a juicio de los peritos-testigos por ella propuestos, por no considerarlo necesarios la juzgadora a quo, consintió dicha denegación, y perdió la oportunidad para denunciar lo que a su juicio, constituye hoy una infracción procesal, lo que impide, conforme al artículo 459 LEC EDL 2000/77463 , estimar dicha cuestión pero es que además, no puede alegar la parte actora que ha habido indefensión, porque, contrariamente a lo que afirma, sí conocía los motivos de la denegación, pues en la providencia, claramente se manifiesta que era por no considerar necesaria la práctica de tal prueba, lo que perfectamente permite a jueces y tribunales el contenido del artículo 283 LEC EDL 2000/77463 , que permite rechazar por inútiles, aquellas pruebas que no vayan a contribuir, en su práctica, al esclarecimiento de los hechos controvertidos, criterio de inutilidad que también es compartido por esta Sala, como ya se expuso en la resolución de denegación de prueba en esta alzada, pues el dictamen pericial dirigido, a acreditar los ingresos que le proporciona a la esposa su patrimonio privativo, resulta inútil a los efectos de valorar si procede o no la extinción de la pensión compensatoria, que es la cuestión controvertida, pues cuando tal pensión se fijó, ya quedó acreditado que la esposa era propietaria de un patrimonio privativo, patrimonio que, lógica y naturalmente, debía producir, en ese momento y en el futuro, un rendimiento por lo que resulta claro que dicha circunstancia ya existía y era conocida y, sin duda se tuvo en cuenta, cuando se fijó la pensión compensatoria, por lo que dicha circunstancia en nada ha de incidir, a la hora de analizar si procede o no la extinción de la pensión compensatoria, como pretende el apelante, siendo por tanto indudable, la inutilidad de su práctica, por lo que no cabe hablar de indefensión de la parte, debiendo perecer así, el motivo de apelación.

TERCERO.- En el recurso de apelación la parte apelante pide la extinción de la pensión compensatoria fijada en favor de la esposa o, en su defecto se reduzca su importe en 300 euros al mes, o, subsidiariamente se limite temporalmente fijando su extinción en el término de un año desde la interposición de la demanda. Introduce así ex novo, dos pretensiones nuevas, una la relativa a la reducción de la cuantía y otra, la relativa a la fijación de un límite temporal a la misma, pretensiones éstas que no había formulado en la primera instancia. La apelante alega que debe declararse extinguida la pensión compensatoria en favor de la esposa que en la sentencia de separación se estableció en la suma de 1.202 euros al mes, por entender que la esposa goza de una situación económica mucho más desahogada que el recurrente, teniendo un importante patrimonio privativo que detalla, del cual dice carece él, y que, por tanto, hay

una supremacía económica de la esposa, siendo su situación económica mucho peor a la de ella, dado además, que por su edad y los padecimientos que tiene, ha disminuido su capacidad de ganancias. Sabido es que la pensión compensatoria responde a la finalidad de evitar que la separación, nulidad o divorcio origine a uno de los cónyuges una situación de desequilibrio injusto, en atención a la concurrencia de dos factores o condiciones comparativas, temporal una, es decir, que el cónyuge que reclama dicho derecho se sitúe en una situación de inferioridad económica a la disfrutada durante la unión conyugal, y personal, la otra, en cuanto que es imprescindible que el estatus económico del beneficiario sea de peor nivel que el del otro cónyuge, autorizando el artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1 la extinción de tal derecho, una vez establecido, entre otras causas que no vienen al caso, cuando cese la causa que lo motivó, es decir, cuando cese el desequilibrio económico, viniendo, conforme al artículo 217 LEC EDL 2000/77463 , obligado quien pretende la extinción, a acreditar que ha desaparecido esa situación de desequilibrio económico que autorizó su establecimiento. En el caso de autos, analizada la sentencia recaída en el procedimiento de Separación, se colige que dicha resolución concluía la situación de desequilibrio en la que tras la ruptura de la convivencia conyugal quedaba la esposa, la cual, para fijar a favor de la misma la pensión compensatoria tenía en cuanta que la fuente de ingresos del matrimonio había sido la actividad profesional del marido, que contaba con importantes ingresos provenientes de su profesión como médico-estomatólogo, en tanto que la esposa solo ha trabajado como auxiliar, ayudando a su esposo en la consulta, dedicándose, además, a la atención de la familia y del hogar. Además dicha resolución, también valoraba que tras la escritura de 25 de marzo de 1.992 de capitulaciones matrimoniales, la esposa adquiere algunos inmuebles que constan como privativos suyos, que le producen frutos, no obstante lo cual, afirma la sentencia, la separación produce desequilibrio a la esposa en relación a la posición del marido, ya que ambos continúan poseyendo, en forma compartida un gran patrimonio, siendo de capital entidad los ingresos del marido por su trabajo, que continuará, tras la separación trabajando, además de contribuir con los rendimientos que le producirá el patrimonio acumulado durante los años del matrimonio, por lo que termina fijando la pensión a favor de la esposa en cuantía de 1.207 euros al mes. Mantiene el apelante que en la actualidad la posición económica de la esposa es mucho mas desahogada pues obtiene considerables ingresos producto de los bienes privativos que ostenta. Esta circunstancia no determina la desaparición del desequilibrio económico que determinó la fijación de la pensión compensatoria, por cuanto que ya se contempló en la sentencia de Separación y no obstante ello se concluyó que existía situación de desequilibrio económico, es decir, no hay nada nuevo en la posición económica de la esposa, ni como tal puede considerarse el que dicho patrimonio se venda, o produzca rentas o rendimientos, puesto que ello ya se contempló en la sentencia de Separación y son circunstancias fácilmente deducibles del solo hecho de tener un patrimonio, pero que no implican cambio alguno en relación a las circunstancias que existían al tiempo de la separación. Por otro lado alega el apelante, para apoyar su pretensión extintiva en que, en la actualidad su capacidad económica está mermada, pues dada su edad y los padecimientos físicos, ha disminuido su capacidad económica. No ha acreditado el apelante, y al mismo incumbía conforme al artículo 217 de la LEC EDL 2000/77463 , que en la actualidad su capacidad económica esté mermada, pues la edad con que cuenta, supone plena capacidad para trabajar, y buena prueba de ello es que sigue trabajando como médico dentista del SAS, y tiene abierta una clínica dental en Torremolinos, trabajos estos que ya desempeñaba al tiempo de la separación, sin que haya acreditado, como, al parecer tampoco lo hizo en el procedimiento de separación, cuáles sean los ingresos reales obtenidos por tales actividades profesionales, falta de prueba que, en modo alguno puede beneficiar a la parte que fácilmente pudo y debió aportarla. Por otro lado, en cuanto a las dolencias físicas y psíquicas alegadas por el Señor Manuel , no ha acreditado el mismo que influyan en su capacidad para trabajar, ni que le impidan seguir dedicándose a su trabajo en el SAS y en la consulta privada, y que lo sean de forma permanente, por lo que no puede ello ser tenido en cuenta a los fines pretendidos. Por otro lado la situación de la esposa continúa siendo la misma que al tiempo de la separación, cuenta con un patrimonio propio del que obtiene los correspondientes frutos, cuenta con más edad que la que tenía al tiempo de la separación, carece de cualificación profesional y durante el matrimonio, además de al cuidado de la familia se dedicó a colaborar con su marido, como auxiliar, en la consulta privada del mismo, actividad que ahora no puede desarrollar, por lo que lo cierto es que las circunstancias concurrentes en la actualidad, son las mismas que concurrían al tiempo de la separación, tanto en la esposa, como en el hoy apelante, y ello permite concluir que continúa la situación de desequilibrio económico en la misma y, en consecuencia que no ha desaparecido la causa que determinó la fijación de una pensión compensatoria en su favor, procediendo por ello a denegar la extinción pretendida, así como la reducción de su cuantía, no solo porque esta pretensión no se formuló en la instancia, introduciéndose ex novo en el recurso de apelación, lo que es inadmisibleso riesgo de causar indefensión a la parte apelada, sino también porque conforme al artículo 100 del Código Civil EDL 1889/1 , no se han acreditado alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge, siendo así que solo estas alteraciones sustanciales autorizarían el aumento o la reducción de la cuantía fijada en la sentencia de separación.

CUARTO.- En cuanto a la fijación de un límite temporal a la pensión compensatoria, amén de que, como ya se ha dicho resulta absolutamente inadmisibles, introducir en la alzada pretensiones que no se han deducido en la instancia, por la indefensión que ello conlleva para la parte apelada, que se ve así imposibilitada de defenderse frente a las mismas, es lo cierto que concebida la pensión compensatoria para evitar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio puedan producir en uno de los cónyuges y destinada, no sólo a cubrir las necesidades vitales, sino también, y fundamentalmente, a restablecer el perjuicio económico derivado para uno de los cónyuges de la ruptura de la vida conyugal, es decir, conforme al contenido del artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 , dicha prestación tiene su fundamento en la disminución de expectativas de bienestar económico que la situación de ruptura matrimonial ha generado al otro cónyuge, y, si bien es verdad que la Ley 15/200, de 8 de Julio, ha dado una nueva redacción al citado precepto , estableciendo ahora, expresamente, la posibilidad de temporalizar la pensión compensatoria, a diferencia de lo ocurría con la redacción anterior del citado artículo que no contemplaba tal posibilidad, no podemos olvidar que la actual redacción del precepto en cuestión no resulta de aplicación al supuesto de autos por cuanto que la Ley entró en vigor el día 10 de julio de 2005, conforme dispuso la disposición final cuarta de la misma (se publicó en el BOE de 9 de julio de 2005 ), y la demanda rectora de esta litis se presentó ante el Juzgado Decano de Málaga el día 13 de abril de 2005 , por lo que el contenido del precepto, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio EDL 2005/83414 , no es aplicable al supuesto de autos, ya que, con arreglo al contenido del artículo 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 , la aplicación retroactiva de la ley en cuestión no se ha contemplado expresamente en la misma, y por ello,

para resolver la cuestión planteada se ha de estar al contenido del artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 , en la redacción vigente al momento de interponerse la demanda, ello, sin olvidar la actual normativa legal y la realidad social imperante, así como sin desconocer que un sector de la jurisprudencia se mostraba favorable a la posibilidad de temporalización de la pensión compensatoria, aún cuando la ley no contemplase expresamente dicha posibilidad, sector jurisprudencial que, no obstante, requería para acceder a la temporalización que se constatará o concurriera una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que hiciera no aconsejable la prolongación de la pensión de forma indefinida, es decir, que exista una pensión o certidumbre o potencialidad real y acreditada por altos indicios de probabilidad de que al acreedor podrá desenvolverse autónomamente. En el caso de autos la Señora Catalina tiene en la actualidad 60 años de edad, carece de formación académica y su experiencia laboral queda limitada a la colaboración prestada a su marido como auxiliar en la consulta privada que él mismo venía regentando, habiendo estado dedicada, durante los muchos años de duración del matrimonio, de forma primordial al cuidado del hogar y los hijos habidos en su matrimonio, por lo que sus posibilidades de acceder al mercado laboral, obviamente, son muy reducidas y alejadas de ese requisito de certidumbre que venía exigiendo, para la temporalización, la correspondiente jurisprudencial proclive a dicha posibilidad, si tenemos en cuenta que aunque nos encontremos en una situación que si bien es de bonanza económica, también la sociedad actual es muy competitiva, y lo normal, y ello es un hecho notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, es que el mercado laboral demande personas jóvenes, cualificadas académicamente y si cabe con experiencia, por lo que no es nada fácil, ni siquiera probable, que acceda al mismo una persona con 60 años de edad, sin preparación académica, y escasa experiencia profesional. Por ello, atendiendo a las circunstancias del caso y a las del mercado laboral expuestas, no puede entenderse, en modo alguno, que concurra esa situación de idoneidad o aptitud para la superación del desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión, por lo que esta Sala debe rechazar el motivo de apelación.

QUINTO.- Ante la íntegra desestimación del recurso de apelación, conforme a los artículos 398.1 y 394.1 ambos de la LEC EDL 2000/77463 , las costas de esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante.

VISTOS los preceptos citados y los demás de legal y oportuna aplicación.

## FALLO

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Manuel , frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. Séis de Málaga en los autos de Juicio de Divorcio núm. 529/05 a que este rollo se refiere y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución con imposición a la parte apelante de las costas procesales correspondientes a esta alzada.

Devuélvanse los autos originales con certificación de esta sentencia al Juzgado del que dimanen para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 29067370062007100005