

# EDJ 2009/385925

AP Madrid, sec. 24ª, S 2-12-2009, nº 1227/2009, rec. 501/2009

Pte: Hernández Hernández, Rosario

## Resumen

*Desestima la AP el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la resolución que acordó la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes. Confirma la Sala el pronunciamiento, entre las diversas cuestiones planteadas, y rechazando la nulidad de actuaciones alegadas por supuesta indefensión, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente, debe considerarse el momento que determina si existe o no desequilibrio económico y por lo tanto el derecho a la pensión compensatoria, el de la separación o el divorcio, y las circunstancias posteriores no darán lugar a aumento, disminución, o surgimiento de la pensión.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.225 , art.770.2

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial  
art.238

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.96 , art.97 , art.100 , art.101

## ÍNDICE

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

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### FUENTES DEL DERECHO

DOCTRINA CIENTÍFICA

### JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIONAL

DEL TRIBUNAL SUPREMO

MENOR DE LAS AUDIENCIAS

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Supuestos diversos

Pensión compensatoria

Denegación

Incremento de ingresos del cónyuge obligado

Otras cuestiones

### PROCESO CIVIL

NULIDAD DE ACTUACIONES

### RECONVENCIÓN

FORMA; RECONVENCIÓN TÁCITA

CUESTIONES DIVERSAS

### TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento:Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.225, art.770.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.238 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.96, art.97, art.100, art.101 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial  
Cita RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones SAP Madrid de 19 julio 2002 (J2002/42040)

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Que en fecha de veintinueve de enero de dos mil nueve, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Pozuelo de Alarcón, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. ESTEBAN MUÑOZ NIETO, en nombre y representación de D. Torcuato, contra Dª Covadonga debo declarar y declaro la DISOLUCIÓN POR CAUSA DE DIVORCIO del matrimonio formado por ambos cónyuges, con los efectos legales inherentes a tal declaración.

No procede hacer expresa imposición a las partes de las costas causadas en la tramitación del presente procedimiento."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de Dª Covadonga mediante escrito de fecha veinticinco de marzo de dos mil nueve, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, cuyo contenido se da por reproducido en aras a la brevedad procesal.

CUARTO.- Frente a estas pretensiones, la parte apelada D. Torcuato mostró su oposición por las razones expresadas en su escrito de fecha diecisiete de abril de dos mil nueve, al que en aras de la brevedad nos remitimos y damos aquí por reproducido.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandada en proceso de divorcio, interpone recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia a fecha 29 de enero de 2.009, interesando de la Sala la anulación de la sentencia impugnada y/o retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno, para práctica de pruebas necesarias, con el dictado de otra resolución en la que se resuelva lo solicitado por ella en el escrito de contestación a la demanda.

Se razona en la resolución disentida que las pretensiones de la demandada no fueron introducidas en legal forma en el debate procesal, lo que impide un pronunciamiento de fondo respecto de las mismas.

SEGUNDO.- El Tribunal Supremo, sobre la base de la regulación procesal establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 EDL 1881/1, venía declarando que cualquier petición de la parte demandada que no fuera la simple absolución, debía ser tenida como reconvencción, aunque no se formulara sobre la base de singulares hechos y fundamentos de derecho, en cuanto desglosada y a continuación de la contestación a la demanda (Sentencias, entre otras muchas, de 24 de abril de 1982, 11 de julio de 1983 y 5 de febrero de 1990).

En el antiguo sistema, se admitía tanto la reconvencción expresa, esto es la formulada tras la contestación, con la debida separación de la misma y observando las formalidades, requisitos y solemnidades del artículo 524, y la implícita o tácita, que suponía cualquier pretensión del demandado distinta de la de su absolución, prescindiendo de las antedichas formalidades.

En cualquiera de las alternativas, era exigencia ineludible el traslado a la parte demandante para su contestación, en aras de la observancia de los principios de audiencia y contradicción imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, que omitidos impiden todo pronunciamiento en orden a tal particular (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983).

La Ley 1/2000, de 7 de enero EDL 2000/77463, en un intento de clarificación del debate procesal, ha venido a establecer un sistema distinto, pues admitiendo la posibilidad de ejercicio por el, en principio, demandado de nuevas acciones que se puedan acumular a las ya deducidas de contrario, exige, sin embargo, de una manera inequívoca (vid. Artículo 406-3), que la reconvencción se proponga a continuación de la contestación, acomodándose a lo que para la demanda se establece en el artículo 399, habiendo además de expresarse con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor; por si alguna duda aún subsistiera al respecto, el referido artículo, en la rúbrica que lo encabeza, declara la inadmisibilidad de la reconvencción implícita.

En tal modo, y para que una nueva pretensión del demandado pueda ser analizada en cuanto al fondo, se hace ineludible el cumplimiento de todas y cada una de las formalidades del escrito de demanda, sin que pueda refundirse en el de contestación por el mero condicionante de contener el suplico de la misma aquel petitum respecto de una materia a la que no se refería el escrito del actor.

Tal normativa de carácter general tiene una proyección específica en los procedimientos matrimoniales, el exigir la regla 2ª del artículo 770 la formulación de demanda reconvenccional, expresa en todo caso según los antedichos preceptos, en aquellos supuestos en que se solicite por el demandado, además de la separación, divorcio o nulidad por causas distintas de las invocadas de contrario,

la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

TERCERO.- Conforme a ello, es correcta la decisión de la Juez "a quo", toda vez que en el supuesto hoy enjuiciado la recurrente no formuló demanda reconvenional en la forma anteriormente expresada, sino que se limitó a solicitar, en el suplico de su contestación, el uso para sí de la vivienda familiar hasta el momento de la definitiva liquidación de la sociedad legal de gananciales, con abono por parte del esposo del 80 % de las cargas de sostenimiento del inmueble, así como una pensión compensatoria a su favor vitalicia y en importe de 800 ₡ al mes.

De dicha reconvenión implícita no se dio traslado a la parte adversa, siendo que, en virtud de providencia de 20 de octubre de 2.008, se tuvo por cumplido el trámite de la contestación a la demanda, sin tener por formulada reconvenión, y convocándose a las partes a la celebración de vista principal de juicio.

Notificada oportunamente dicha resolución a la apelante a 23 de octubre de 2.008 (folio 78 de las actuaciones, al que nos remitimos), ninguna objeción se puso a ello por su parte ni tampoco nada adujo en el curso de la vista que tuvo lugar a 20 de enero del presente año, sin que sea dable al Juez o Tribunal suplir las deficiencias de la parte, pues ello entra en abierta contradicción con los principios de rogación, dispositivo, de congruencia e igualdad de armas en el proceso, que inspiran nuestro ordenamiento formal.

Es así inviable la postulada declaración de nulidad de actuaciones, pues no se advierte por la Sala indefensión para la parte recurrente, derivada de haberse prescindido de norma alguna de procedimiento, no decimos ya esencial, al tramitar el presente proceso, ni limitación de los recursos, medios y mecanismos de defensa por actuar incorrecto del Juzgado de Primera Instancia, por lo que no concurren los presupuestos que conforme al contenido de los artículos 238 y siguientes de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 y 225 y siguientes de la L.E.Civil EDL 2000/77463, abocan a la declaración de nulidad de actuaciones, preceptos en los que se dispone:

"Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1° Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2° Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

3° Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4° Cuando se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.

5° En los demás casos en que esta Ley establezca."

Bien al contrario, de haberse entrado en el examen de las pretensiones deducidas en el suplico del escrito de contestación al inicial del proceso, la indefensión se hubiera producido para la contraparte, vulnerando el principio de igualdad de estas.

Procede en consecuencia desestimar el recurso con confirmación de la sentencia de instancia, en la que no se hace otra cosa que observar escrupulosamente la norma en vigor, de cuya estricta aplicación nunca puede derivar indefensión para las partes, sin más que hacer referencia al criterio que en esta materia se viene siguiendo tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, al señalar que no puede invocar nulidad de actuaciones el que con su conducta negligente ha propiciado o consentido un defecto procesal, siendo la nulidad de actuaciones un remedio reparatorio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal, que constituye una de las metas a cubrir por la justicia, como servicio que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hace a los órganos judiciales.

CUARTO.- Pese a ser ello por completo innecesario, a mayor abundamiento, aún cuando oportunamente se hubiera deducido la pretensión de uso del domicilio familiar, proporción de contribución al pago de cargas de la vivienda dicha y pensión compensatoria, ninguna de ellas hubiera podido prosperar.

En efecto, por lo que a la primera de las mencionadas respecta, en ausencia de hijos menores de edad, así como mayores no independizados, en igualdad de condiciones, tanto por edad, como estado de salud y capacidad de autosustento digno, otra cosa no se acredita en el proceso, el interés de ninguno de los consortes consta necesitado de mayor protección, ni resulta circunstancia que lo haga aconsejable, al amparo del artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1.

Tampoco existe apoyatura alguna para vincular al ex esposo al pago del 80 % de las cargas del inmueble que deriven en exclusiva de la titularidad, pues las del uso, habrán de ser satisfechas por el usuario. D<sup>a</sup> Covadonga dispone hoy por hoy de salario y participa y se beneficia en igual proporción que el esposo de la propiedad, de donde en igual porcentaje que este deberá soportar meritadas cargas.

Finalmente, por lo que respecta a la pensión compensatoria, dado que la apelante ha venido prescindiendo de ella ya desde el momento mismo de la separación de hecho, producida en enero del año 2.000, extremo este incontrovertido, sin nada reclamar en todos estos años, y no haciéndolo, por cierto, sino aprovechando el proceso entablado por el marido, es evidente en el momento actual la ausencia de desequilibrio que la origine el divorcio, criterio este que se viene siguiendo con reiteración en la Sala en supuestos semejantes al de autos, al expresar que el fundamento de este mecanismo es el de paliar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio pueda causar a alguno de los cónyuges.

Reiteradamente se viene señalando en esta materia que si el cese efectivo de la convivencia se produjo, como aquí acontece, con mucha antelación al divorcio y por tanto desde entonces ambos cónyuges han mantenido vidas económicamente independientes y ajenas por completo la una a la otra, la sentencia de divorcio que se dicte y este por ende, no podrá producir desequilibrio económico alguno que compensar.

Las vicisitudes laborales de la esposa resultan por completo ajenas al matrimonio, a la familia, al marido y a la ruptura, dependen de factores tangenciales a estos, y no puede hacerse de los mismos responsable al esposo, en cuanto no hacen a la apelante tributaria de pensión compensatoria a su favor.

De la lectura del artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1, se deduce que el desequilibrio económico que debe valorarse a efecto de generar derecho a compensación es el que se produce en el momento de la ruptura de la convivencia, comparado con la situación inmediatamente anterior de normalidad matrimonial. Por ello no es posible fijar dicha pensión cuando la misma se solicita después de un prolongado período de separación, en que los cónyuges han tenido vida independiente, donde cada uno ha constituido su propio régimen económico de vida sin que la nueva situación jurídica produzca alteraciones sobre la misma

En este sentido cabe citar la sentencia de 19 julio 2002, de esta misma Audiencia Provincial EDJ 2002/42040, en la que señalamos:

"TERCERO.- El derecho de pensión por desequilibrio que regula el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 exige, para su nacimiento, que la separación o el divorcio produzcan a uno de los cónyuges, esto es a aquél que reclama su reconocimiento judicial, un deterioro económico respecto de la situación disfrutada durante el matrimonio, siempre que además su nivel pecuniario sea notablemente inferior a aquel en que queda su consorte.

Partiendo de tales condicionantes legales, el derecho debatido ha de ser excluido en el supuesto analizado, dado que, al tiempo de plantearse la demanda de separación, la convivencia matrimonial estaba ya interrumpida desde hacía casi tres años, sin que en el intervalo transcurrido los esposos hayan intercambiado ayudas económicas, unilaterales o recíprocas, manteniendo, en consecuencia, una total independencia en tal aspecto; por ello difícilmente puede concluirse que la sanción judicial de tal status prolongado de quiebra fáctica convivencial y económica produzca desequilibrio a uno de los cónyuges, pues la separación matrimonial que ahora se decreta se limita a consagrar legalmente una situación que, en sus diversos aspectos y entre ellos el de no dependencia pecuniaria, ambos cónyuges habían asumido pacíficamente durante una amplio lapso temporal.

Y tales factores han de incidir, de modo negativo y excluyente, en las previsiones del inciso inicial del citado artículo 97, lo que aboca al acogimiento de la pretensión revocatoria deducida por el apelante".

En la línea apuntada, el art. 100 C. Civil establece que la pensión compensatoria sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge; es decir su modificación cuantitativa está legalmente condicionada ya que el carácter taxativo y excepcional de las causas de revisión de las pensiones, al margen de las actualizaciones previstas, lo evidencia el adverbio "sólo" y el adjetivo "sustanciales" empleados en el texto legal.

Es cierto que el citado artículo prevé la posibilidad de variar el "quantum" inicialmente establecido en los términos señalados, lo que podría hacer pensar en la posibilidad tanto de un incremento como de una aminoración de la pensión; sin embargo es difícilmente concebible, salvo supuestos excepcionales, la primera de las alternativas ya que como se ha dicho, el desequilibrio que ha de valorarse y corregirse es el que existe al tiempo del cese de la convivencia. En la mayoría de los supuestos el hipotético incremento ulterior de fortuna del obligado obedecerá además, en la mayor parte de los casos, a su propio esfuerzo individual, ya sin la cooperación del otro cónyuge ajeno a la bonanza económica sobrevenida y que podría situarle además en determinados casos en un nivel superior al disfrutado en el matrimonio, lo que, en definitiva rompería una de las bases en que se asienta la figura examinada a tenor del inciso inicial del art. 97 .Civil. Por ello la mayor parte de la doctrina sostiene que, como norma general, la modificación cuantitativa sólo puede ser a la baja y ello bien por el empeoramiento de la fortuna del deudor o por mejora de la del acreedor siempre que tales alternativas no supongan un reequilibrio susceptible de extinguir el derecho en los términos que contempla el inciso inicial del art. 101 C. Civil .

Abundando en lo expuesto y como señala algún autor, cuando las alteraciones se producen con independencia de la situación existente ya en el matrimonio cuya disolución causa el desequilibrio (adquisición de una herencia, premio de lotería etc.) no existe derecho a pedir la modificación de la pensión; por estas mismas razones, no es posible pedir pensión cuando con posterioridad y no existiendo desequilibrio económico en el momento del divorcio o la separación, el deudor aumenta posteriormente su fortuna: la pensión tiene un carácter indemnizatorio fijado en un momento concreto, por ello no nace un derecho posterior si el supuesto no se produjo en el momento previsto por la Ley.

Por ello y como regla general, se debe afirmar que el momento que determina si existe o no desequilibrio económico y por lo tanto pensión, es el de separación o el divorcio, y las circunstancias posteriores no darán lugar a aumento, disminución, o surgimiento de la pensión, ya que el art. 100 C. Civil utiliza criterios objetivos y no se basa en las necesidades personales de los interesados.

QUINTO.- Pese a la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia de instancia, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada en atención a la naturaleza de la materia que nos ocupa, a las circunstancias concurrentes, así como jurisprudencia recaída en casos análogos, y habida cuenta la posibilidad abierta a ello, aún ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la L.E.Civil EDL 2000/77463 .

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

## FALLO

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Covadonga, contra la sentencia de fecha veintinueve de enero de dos mil nueve, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pozuelo de Alarcón, en autos de divorcio número 381/08; seguidos con D. Torcuato, representado por el Procurador D. JUAN ANTONIO VELO SANTAMARÍA, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución; todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. EDL 1985/8754 con expresión de sus derechos a las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid a

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370242009100684