



Roj: **SAP BA 288/2020 - ECLI:ES:APBA:2020:288**

Id Cendoj: **06015370022020100166**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **18/03/2020**

Nº de Recurso: **850/2019**

Nº de Resolución: **220/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**BADAJOZ**

SENTENCIA: 00220/2020

Modelo: N10250

AVDA. COLÓN Nº 8,2ª PLANTA

-

**Teléfono:** 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: 03

**N.I.G.** 06095 41 1 2018 0000420

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000850 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** SCT SEPARACION CONTENCIOSA 0000532 /2018

Recurrente: Estanislao

Procurador: LOURDES NUÑEZ MIRA

Abogado: JUAN GINES GONZALEZ CAYERO

Recurrido: Rosario

Procurador: ANA ESTHER PALACIOS RODRIGUEZ

Abogado: JUAN MIGUEL MENDEZ PEÑA

**SENTENCIA N°220/2020**

**ILMOS. SRES...../**

**PRESIDENTE:**

**DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (PONENTE)**

**MAGISTRADOS:**

**DON ISIDORO SÁNCHEZ UGENA**

**DON FERNANDO PAUMARD COLLADO**

=====



Recurso civil número 850/2019.

Separación contenciosa 532/2018.

Juzgado de 1ª Instancia de DIRECCION000 .

=====

En la ciudad de Badajoz, a dieciséis de marzo de dos mil veinte.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del procedimiento de separación contenciosa 532/2018 del Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 ; siendo apelante, don Estanislao , representado por la procuradora doña Lourdes Núñez Mira y defendido por el letrado don Juan Ginés González Cayero; y apelada, doña Rosario , que ha comparecido representada por la procuradora doña Ana Esther Palacios Rodríguez y defendida por el letrado don Juan Miguel Méndez Peña.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 , con fecha 28 de junio de 2019, dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así:

*<< ESTIMAR Parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Don Cesar Augusto García Rebollo, decretando EL DIVORCIO Y DISOLUCION DEFINITIVA del matrimonio formado por Doña Rosario y D Estanislao , con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración en concreto, cesa la presunción de convivencia entre los cónyuges, pudiendo vivir separados, quedando, también, revocados todos los consentimientos y poderes que se hayan otorgado entre sí.*

*En cuanto las medidas se establecen las siguientes:*

*En cuanto a la pensión de alimentos, para su hijo, Miguel será de 200 euros.*

*La pensión de alimentos se abonará por meses anticipados los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe por la actora, actualizándose anualmente conforme al IPC que publique el INE u organismo que legalmente lo sustituya.*

*Los gastos extraordinarios serán al 50% entre ambos progenitores debiendo ser consentidos por ambos, únicamente, aquellos gastos extraordinarios innecesarios o superfluos, según la doctrina jurisprudencial dominante.*

*D. Estanislao , deberá abonar a Doña Rosario , en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 100 euros mensuales, que se abonará por meses anticipados los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe la demandante, actualizándose anualmente conforme al IPC que publique el INE u organismo que legalmente lo sustituya.*

*El uso y disfrute de la vivienda familiar sito en AVENIDA000 n° NUM000 de DIRECCION000 y del mobiliario y ajuar doméstico existente en la misma, se atribuye a Dª Rosario y al hijo Miguel mayor de edad debiendo abonar ésta todos los gastos de consumo de la misma, correspondiendo los gastos de propiedad, tales como IBI y comunidad a Don Jesús Manuel , sin perjuicio de lo que se acuerde en la liquidación de gananciales.*

*No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas>>.*

SEGUNDO. Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de don Estanislao .

TERCERO. Admitido el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

CUARTO. Tras la oposición de doña Rosario , se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia. Tras ello se señaló para deliberación y fallo el día 12 de febrero de 2020, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente el magistrado don Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. Resumen de los hechos relevantes.**

Como se desprende de las pruebas practicadas, constan sucintamente los siguientes:

- a) Don Estanislao , nacido el NUM001 de 1966, y doña Rosario , nacida el NUM002 de 1968, contrajeron matrimonio canónico en DIRECCION000 (Badajoz) el 31 de diciembre de 1988.
- b) Fruto de dicha relación tuvieron dos hijos, Arcadio y Miguel . Este último nació el NUM003 de 1994 y convive actualmente con su madre.
- c) Don Estanislao tiene cotizados 9.744 días. Ha trabajado en actividades varias, pero principalmente en el ámbito agropecuario.
- d) Doña Rosario , se ha dedicado al cuidado de la familia y ha trabajado dentro del Régimen Especial Agrícola, teniendo cotizados 4.262 días.

**SEGUNDO. Primer motivo del recurso: prohibición de la *mutatio libelli* y vulneración del principio de contradicción en el proceso.**

Don Estanislao pide la revocación parcial de la sentencia de instancia para que no se establezca pensión compensatoria o, subsidiariamente, para que se fije por dos años y con un importe de 100 euros; y para que la pensión de alimentos del hijo se reduzca a 150 euros mensuales y se eliminen también las medidas relativas a los gastos extraordinarios y gastos de propiedad.

En primer lugar, el recurrente hace ver que la actora, en su demanda de separación, pedía una pensión compensatoria de 100 euros y una pensión de alimentos a favor del hijo común de 150 euros. Añade que, además de oponerse, él planteó una demanda reconventional interesando el divorcio y la aprobación a su cargo de una pensión de alimentos a favor del hijo de 150 euros. Reconvencción, se dice, frente a la cual no se hicieron alegaciones. Sin embargo, sigue contando el recurrente, en el acto del juicio, su esposa cambió sus peticiones.

A este motivo se opone doña Rosario . Replica que, al momento del juicio, habían cambiado las circunstancias económicas y laborales del esposo. De ahí, dice, que entre en juego el artículo 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y quepa variar las pretensiones iniciales.

Este motivo debe prosperar.

El artículo 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que cita la recurrida no es aplicable. En este procedimiento, donde los hijos son ya mayores de edad, estamos ante materias sobre las que las partes pueden disponer libremente ( artículos 751.3 y 752.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

En consecuencia, existe la infracción denunciada. Se ha alterado indebidamente la pretensión, infringiéndose así el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que prohíbe el cambio de demanda.

**TERCERO. Motivo segundo: improcedencia de la pensión compensatoria.**

Don Estanislao defiende que no existe desequilibrio económico entre él y su esposa. Alega que él tiene que pagar un alquiler de 250 euros y que ella, en 2018, cobró 1.952,21 euros por parte de la empresa "Hacienda Murillo, SL", 305,51 euros del Ayuntamiento de DIRECCION000 y 2.405,48 euros del subsidio de empleo. Resalta que su esposa nació en 1968, que ha venido trabajando con regularidad y que tiene buena salud.

Por su parte, doña Rosario manifiesta que carece de estudios y de cualificación profesional. Reseña que ella ha trabajado constante el matrimonio la mitad de tiempo que su esposo y, además, con salarios inferiores. Afirma que el desequilibrio existe.

Este motivo solo puede prosperar en parte.

Para empezar, debemos recordar que, por vía del recurso de apelación, se transfiere al tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión. Como dice el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el recurso se resuelve mediante un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo tanto ante el Juzgado como, en su caso, ante la propia Audiencia.

Como es sabido la pensión compensatoria tiene por objeto reequilibrar la situación dispar resultante de la ruptura matrimonial, pero no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios, que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.



Dicho esto, a la vista de las actuaciones, comprobamos que, por razón de su dedicación a su familia, doña Rosario solo tiene cotizados a la Seguridad social la mitad de días prácticamente que su esposo. También ha quedado probado que los ingresos anuales del esposo, sin ser elevados, son superiores a los de su mujer.

En estas circunstancias, debemos reconocer que, por razón del divorcio, doña Rosario ha sufrido un empeoramiento en su situación económica. Empeoramiento que es consecuencia de su dedicación a la familia, en especial, por la atención y cuidado de sus dos hijos. Por razón del matrimonio, restringió mucho su actividad laboral. Y se encuentra ahora, con 52 años y tras 30 años de matrimonio, retomando su trabajo. El esposo, sin embargo, ha trabajado ininterrumpidamente constante la vida en común.

El hecho de que, en la actualidad, ambos trabajen no es impedimento para devengar una pensión compensatoria. Lo importante es que el desequilibrio exista y aquí concurre (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo 100/2020, de 12 de febrero).

Ahora bien, sí debemos reconocer que, en las circunstancias de doña Rosario, existe un buen pronóstico de que ella pueda superar el desequilibrio. El juicio prospectivo es positivo por las siguientes razones: i) ella cuenta ahora con 52 años; ii) tiene buen estado de salud; iii) ha venido trabajando de forma discontinua constante el matrimonio; y iv) lo ha hecho en una actividad, la agrícola, para la cual sigue estando capacitada.

Dicho con otras palabras, es de esperar que, pasados unos años, pueda regularizar su situación laboral y, con ello, se incrementen sus ingresos. No se olvide, como es notorio, que en estos momentos el salario mínimo interprofesional asciende a 950 euros mensuales.

En consecuencia, fijamos que la pensión compensatoria de 100 euros, suma no discutida, sea percibida por doña Rosario durante siete años desde la fecha de la sentencia del Juzgado.

**CUARTO.** Tercer motivo: infracción del artículo 93 del Código Civil.

Don Estanislao, por las razones más arriba expuestas, interesa que la pensión de alimentos de su hijo Miguel quede fijada en 150 euros. Recuerda que ese es el importe pedido tanto en la demanda como en la reconvencción. Insiste en que la elevación del montante en el acto del juicio no es factible.

La apelada argumenta que, desde el cese de la convivencia, los 200 euros venían siendo abonados voluntariamente por el padre. Se destaca que el hijo, con 26 años recién cumplidos, estudia medicina, reside en el domicilio familiar y no percibe ingreso alguno. Incluso, como consuelo para el padre, se pronostica que tiene expectativas de trabajo una vez termine sus estudios.

El motivo debe prosperar.

Ciertamente, la cuantía de los alimentos es proporcionada a los ingresos del alimentante y a las necesidades del alimentista. Es encomiable que el matrimonio litigante, con sus humildes recursos, haya podido proporcionar a su hijo Miguel unos estudios como los de medicina, que son estudios propios de la élite profesional. Pero es igualmente cierto que, cuando está a las puertas de su acceso al mercado laboral, un joven médico tiene que seguir afrontando importantes gastos. Solo el coste de la academia para preparar el examen del MIR (médico interno residente), puede consumir buena parte de la pensión.

Pero con todo, al ser un hijo mayor de edad, nos encontramos de nuevo con los principios dispositivo y de justicia rogada. En la demanda principal y en la demanda reconvenccional, se postuló que el importe de los alimentos quedase fijado en 150 euros mensuales. Siendo así, no queda otra alternativa que reducirlos a dicho montante.

**QUINTO.** Cuarto y último motivo: incongruencia e infracción de los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El apelante rechaza que deba soportar los gastos extraordinarios de su hijo Miguel y los gastos de comunidad y de contribución urbana de la vivienda familiar. Refiere que la juez de instancia los ha concedido de oficio.

La señora Rosario impugna en parte este motivo. Admite que esos gastos no se pidieron, pero recuerda que los gastos extraordinarios, al tener carácter alimenticio, no se rigen por el principio dispositivo y son irrenunciables.

El motivo debe prosperar.

Tratándose de un hijo mayor de edad, como ya hemos dicho, rige el principio dispositivo, con lo cual los gastos extraordinarios no pueden reconocerse.

Y en cuanto a los gastos de la vivienda familiar, reiterar que las pretensiones quedan fijadas en la demanda, de modo que no pueden alterarse de forma sobrevenida.

**SEXO. Costas y depósito.**

Dada la estimación parcial de la apelación, no se hace especial pronunciamiento en costas ( artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). Asimismo, acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

**FALLO**

Primero. Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por don Estanislao contra la sentencia de 28 de junio de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 en el procedimiento de separación contenciosa 532/2018, revocamos en parte dicha resolución, fijamos la pensión compensatoria con carácter temporal (siete años desde la sentencia del Juzgado de Primera Instancia), reducimos la cuantía de la pensión de alimentos a la cantidad de ciento cincuenta euros (150) y dejamos sin efecto los pronunciamientos sobre gastos extraordinarios y gastos de propiedad.

Segundo. No se imponen las costas en esta alzada y acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.