



Roj: **SAP C 617/2006 - ECLI:ES:APC:2006:617**

Id Cendoj: **15030370042006100172**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **06/04/2006**

Nº de Recurso: **964/2005**

Nº de Resolución: **164/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ-MONTELLS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

LA CORUÑA/A CORUÑA

SENTENCIA: 00164/2006

ARZUA

Rollo: RECURSO DE APELACION 964 /2005

FECHA REPARTO: 27.5.05

VISTA: 3/4/06

SENTENCIA

Nº 164/06

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta

Ilmos. Sres. Magistrados:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ

En LA CORUÑA, a seis de Abril de dos mil seis.

Vistos por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, integrada por los señores que al margen se relacionan los presentes autos de juicio SEPARACIÓN Nº 358/04, sustanciado en el JUZGADO 1ª INSTANCIA DE ARZÚA, que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes de una como DEMANDANTE-APELADA DOÑA Marí Jose , representada en 1ª instancia por la Procuradora SRA. GOMIL MARTÍNEZ y en esta alzada por el SR. IGLESIAS FERREIRO y dirigida por la Letrada SRA. SIERRA RODRÍGUEZ, y de otra como DEMANDADO-APELANTE DON Lázaro , representado en 1ª instancia por el Procurador SR. PATIÑO ANTIQUEIRA y en esta alzada por el SR. REYES PAZ y dirigido por la Letrada SRA. RODRÍGUEZ GÓMEZ; versando los autos sobre SEPARACIÓN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el JUZGADO 1ª INSTANICA DE ARZUA, con fecha 7.3.05. Su parte dispositiva literalmente dice: FALLO: Que resolviendo sobre la demanda formulada por la Procuradora Dª Mª Rita Goimil Martínez, en nombre y representación de Dª Marí Jose , contra D. Lázaro , representado por el Procurador D. Alberto Patiño



Antiqueira, debo declarar y declaro la separación del matrimonio existente entre los litigantes, con todos los efectos legales que le son inherentes, y debo acordar y acuerdo la adopción de las medidas siguientes:

- Se atribuye a D^a Marí Jose el uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en Teo, DIRECCION000 , Bloque NUM000 , NUM000 NUM001 , y a D. Lázaro , el del domicilio sito en la CALLE000 , nº NUM002 , 1º de Arzúa.
- Se fija en concepto de pensión compensatoria que el Sr. Lázaro deberá abonar a la Sra. Marí Jose , la cantidad de 900 euros, que deberán ingresarse por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se designe al efecto, y que serán actualizados anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC según el INE o instituto que legalmente le sustituya.
- Se declara disuelta la sociedad de gananciales entre D^a Marí Jose y D. Lázaro , pudiendo cualquiera de las partes instar su liquidación a falta de acuerdo por las normas de los artículos 806 y siguientes de la LEC .
- No se hace especial pronunciamiento en costas.

Comuníquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, así como, una vez firme, al Registro Civil en que se halle inscrito el matrimonio de los solicitantes.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, que será resuelto por la Audiencia Provincial de A Coruña".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por DON Lázaro , se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido ponente el lltmo. Sr. Magistrado DON ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación de Don Lázaro , contra el auto de 23 de diciembre de 2004 , desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente al auto de 22 de noviembre del mismo año por el que se inadmitía la reconvenición formulada por la parte demandada, como frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Arzúa, que declaró la separación legal del matrimonio.

SEGUNDO.- Respecto de la decisión judicial de inadmisión de la reconvenición formulada en la que se aducía causa distinta de separación a la alegada por la parte actora, así como se suplicaba la adopción de determinada medida relativa a un perro de los cónyuges, razón por lo que se suplica la nulidad de actuaciones con las graves consecuencias que la retroacción del proceso a aquel momento procesal conlleva, máxime tratándose de un procedimiento de separación matrimonial. Si bien hemos de coincidir con el recurrente que de conformidad con el art. 770 regla 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil , según redacción vigente en aquel momento, cabría la admisión a trámite de la reconvenición formulada, al fundarse en causa distinta la alegada de separación matrimonial, y que se pretendía en la misma la adopción de una medida definitiva no solicitada en la demanda y sobre la que el tribunal no tiene que pronunciarse de oficio, consideramos en el presente caso que no procede la nulidad de actuaciones cuando ninguna indefensión se causa a la parte reconviniente. Así, es doctrina reiterada que en nuestro sistema legal concibe la separación como un remedio para resolver la crisis matrimonial. En efecto, si bien en nuestro sistema legal la separación puede ser consensual y causal, la primera de ellas, tal y como mantiene la jurisprudencia, no necesariamente tiene que implicar acuerdo en el motivo que la origina y menos cuál de los cónyuges a dado lugar a ella, por lo que dentro del número 1º del art. 81, hay que incluir no sólo el supuesto en que ambos cónyuges pidan conjuntamente la separación, o uno con el consentimiento del otro, sino que también comprende la petición por separado cuando, en un proceso contencioso, el demandado formula reconvenición, o sin hacerlo explícitamente, alega causas distintas imputables al contrario, y en definitiva se muestra conforme con la estimación del pedimento relativo a la separación, de ahí la innecesariedad de la acreditación de la causa de separación legal alegada por cada uno de los litigantes, esto es, de entrar a valorar los incumplimientos que recíprocamente se imputan los cónyuges. Y esto es así hasta el punto que la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, desaparecen las causas de separación matrimonial, ya que como se recoge en su exposición de motivos "el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación", y así se reconoce en la misma exposición que "Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley y han evitado, de un lado, la inconveniencia de



perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas". En consecuencia, decretada la separación matrimonial de los cónyuges en la sentencia apelada por razón de la falta de afecto conyugal, aun cuando se reconoce probada la causa 1ª del art. 82 del Código Civil según redacción vigente de aplicación, consideramos que ninguna indefensión se causa a la parte demandada que se le inadmite la reconvencción en el auto recurrido. Por otra parte, respecto a la medida solicitada relativa a una especie de régimen de visitas o comunicaciones para con un perro propiedad del matrimonio, consideramos anacrónica su adopción en un proceso de separación matrimonial tal como se propone en línea similar a las medidas relativas previstas en la ley para con los hijos comunes, por ello entendemos las razones expuestas por la Juzgadora de instancia para su inadmisión que mantenemos, aun cuando podamos reconocer el cariño que procesa al animal el recurrente y su voluntad de tenerlo también en su compañía, sin perjuicio de que la parte en fase de ejecución de sentencia pueda solicitar del Juez la adopción de medida de adjudicación del semoviente de carácter ganancial entre los cónyuges, previo traslado por cinco días en su caso a la parte contraria para poder formular las alegaciones que estime por conveniente, y resolver en consecuencia, admitir la nulidad de actuaciones por dicho motivo supondría dejar sin efecto el decreto de la separación matrimonial, por dicho motivo entendemos que produciría mayores perjuicios a las partes que beneficios, de ahí la solución jurídica que propugnamos sobre dicha cuestión.

TERCERO.- Respecto a las adjudicaciones de las viviendas familiares que se hace en la sentencia apelada, una vez acreditado que las mismas eran usadas como tales de forma indistinta por los cónyuges según periodos de tiempo, consideramos que ninguna infracción legal se comete en la sentencia apelada cuando se adjudica la sita en el ayuntamiento de Teo, propiedad del matrimonio, a la aquí parte apelada, y ello aun cuando no hubiere hijos comunes, que debe entenderse hasta el resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial, vivienda donde por cierto desarrolla su trabajo la esposa y es el domicilio que se contempla en la medida acordada de alejamiento en el dictado del oportuno auto en diligencias penales.

CUARTO.- Como expusimos en no pocas ocasiones, el derecho a pensión compensatoria, previsto en el art. 97 del Código Civil, que no tiene carácter alimenticia, es un mero mecanismo corrector del perjuicio económico que la separación o el divorcio puede producir en uno de los cónyuges, teniendo por ello un carácter compensatorio o reparador del descenso del nivel de vida, en relación al que conserve el otro y en función del que venía disfrutando con anterioridad, durante el matrimonio, operando en definitiva, como remedio del desequilibrio económico ocasionado.

Por ello debe atenderse al tiempo inmediatamente anterior al cese de la convivencia matrimonial, en cuanto que su fin es permitir la continuidad en el disfrute de un nivel de vida o al que se tenía con anterioridad a la ruptura conyugal, y a favor de aquel de los cónyuges que no dispone de medios económicos suficientes que le aseguren aquel nivel de vida.

Se discute por la representación del marido el derecho al percibo de la pensión compensatoria de la esposa, dado que percibe ingresos económicos periódicos derivados del trabajo por cuenta ajena que tiene, que alega ascienden a la cantidad mensual aproximada de 1.200 euros, que intenta acreditar con la prueba documental practicada en esta alzada, mientras que el recurrente percibe mensualmente la cantidad de 813 euros, lo que no podemos admitir. Estamos ante una empresa individual de transportes, que es administrada por el recurrente y declara a Hacienda por módulos, se justifica un importante patrimonio de la misma, con seis vehículos destinados a la actividad empresarial, y contratados dos conductores por cuenta ajena, que se reconoce se les abona mensualmente unas cuatrocientas mil pesetas, cierto se alega que se trata de salario bruto, incluyendo gastos, sin descuentos, lo que no puede ser aceptado desde el momento que la facilidad probatoria sobre dichas remuneraciones la tiene el recurrente, que se encuentra en su poder la documentación de la empresa y lo cierto es que no se aportan las nominas como prueba, de ahí que no aceptemos la argumentación dada por la parte apelante. Desconocemos los beneficios exactos de la empresa, en la que colaboró en su actividad la esposa como conductora de camiones durante unos 13 años y en la misma administración empresarial, ostentando incluso el título de transportista. Por otra parte se reconoce la falta de necesidad de solicitar préstamo alguno durante el matrimonio para la adquisición de bienes, sean cabezas tractoras y remolques, que suponen un importante desembolso económico, de lo que no cabe deducir otra cosa que la buena marcha de la empresa, que se encuentra saneada. Consta acreditado también la falta de necesidad de financiación ajena para la adquisición de inmuebles durante el matrimonio, y los depósitos e inversiones titularidad de los cónyuges en el Banco de Galicia, que asciende su total a unos 409.047,20 euros, y el importante saldo en cuenta corriente. En definitiva, estamos en presencia de un muy importante patrimonio familiar, lo que justifica un elevado nivel de vida durante el matrimonio, perteneciente aquel en mayor medida a la sociedad de gananciales, pendiente de liquidar, lo que en principio no supone alteración alguna en la capacidad económica de los cónyuges porque ostentan hasta la disolución del régimen económico matrimonial, la cualidad de



titulares, como comuneros, del patrimonio familiar, momento aquel en el cual se disuelve la sociedad, y surge el derecho a una cuota determinada, que se materializa, precisamente, en la liquidación, pero sin cambio alguno en cuanto a su alcance valorativo, que permanece inmutable aunque el derecho se individualice en bienes concretos. Ya hemos visto que esta clase de pensión no tiene carácter alimenticio, es claro que la ruptura matrimonial ha producido un desequilibrio económico para la esposa, al carecer de medios económicos suficientes que le aseguren esa independencia económica en la actualidad, aun cuando sea circunstancial, dado que los ingresos económicos de la mujer en este momento devienen exclusivamente de su trabajo, mientras que el marido administra la empresa, revocando los poderes concedidos a aquella en su día, lo que debe ser compensado con la fijación de la pensión compensatoria, como acertadamente se dispuso en la sentencia apelada. Sin perjuicio que una vez liquidada la sociedad de gananciales pueda el marido solicitar por cambio sustancial de circunstancias, según lo adjudicado a su esposa, la modificación o extinción de dicha medida, que podría dejar de tener sentido su establecimiento, ya que uno de los parámetros que deben ser tenidos en consideración, según dispone el art. 97 del CC es el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, que condiciona en el caso aquella circunstancia la situación presente de desequilibrio real entre las partes, cuya realidad nada obsta a que el Juez tenga en cuenta situaciones que puedan llegar a producirse en el futuro, momento en que tanto un esposo como el otro deberían de ser capaces de hacer frente a sus necesidades según su resultado.

QUINTO.- Procede por tanto la confirmación de la sentencia apelada, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta alzada dada la materia de que se trata.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Lázaro , contra la resoluciones judiciales impugnadas dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de Arzúa, en los autos de los que dimana el presente rollo, CONFIRMAMOS la resolución recurrida, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.