



Roj: **SAP MA 3561/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:3561**

Id Cendoj: **29067370062017100968**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **30/11/2017**

Nº de Recurso: **951/2015**

Nº de Resolución: **1125/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LA SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE MARBELLA

PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO Nº 141/2014

**ROLLO DE APELACIÓN CIVIL N.º 951/2015**

**SENTENCIA N.º 1125/17**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don Antonio Alcalá Navarro

Magistradas:

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

En Málaga, a 30 de noviembre de 2017.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Divorcio Nº 141/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Marbella, seguidos a instancia de D. Nemesio , representado en el recurso por la procuradora Dª Ana María Rodríguez Fernández y defendido por el letrado D. Francisco Sánchez Jiménez, frente a Dª. Adolfina , representada en el recurso por la procuradora Dª Rocío Jiménez de la Plata Javaloyes y defendida por la letrada Dª. Noemí Pérez Chaves, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Marbella dictó sentencia el 13 de febrero de 2015 en el Juicio de Divorcio nº 141/15 del que este Rollo dimana, cuyo Fallo es el siguiente: *Que estimando parcialmente la demanda de divorcio presentada por el procurador D. Juan Carlos Palma Díaz, en nombre y representación de D. Nemesio , frente a Dª. Adolfina , acuerdo:*

*Primero: DECLARAR DISUELTO POR CAUSA DE DIVORCIO el matrimonio celebrado entre los esposos litigantes en día 1 de junio de 1974, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.*

*Segundo: Confirmar y mantener las medidas que hasta el momento han venido rigiendo la separación de los cónyuges, establecidas en Sentencia de separación matrimonial de fecha 19 de abril de 2006 a excepción del importe de la pensión compensatoria que el Sr. Nemesio viene obligado a satisfacer a la Sra. Adolfina , el cual se fija en SETECIENTOS CINCUENTA EUROS MENSUALES (750 euros por mes).*



*Tercero: No se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes.*

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia formuló recurso de apelación el demandante, del que se dio traslado a la otra parte litigante, presentado escrito de oposición al recurso, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse admitido la prueba propuesta, ni considerarse necesaria la celebración de la vista, previa deliberación de la Sala el 17 de octubre de 2017, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Il.tra. Sra. D<sup>a</sup> Soledad Jurado Rodríguez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constituyen los siguientes los antecedentes de la cuestión sometida a esta Sala:

A) Tras 32 años de matrimonio, el 7 de marzo de 2006 los cónyuges suscriben convenio regulador de separación en el que acuerdan: a) La vivienda que ha constituido el domicilio familiar (sita en Marbella) seguirá en uso y disfrute de ambos cónyuges que la ocuparán conjuntamente hasta que se proceda a su venta, a lo que se añade (estipulación 2<sup>a</sup>) *En el caso que uno cualquiera de ellos decida abandonarla voluntariamente, el uso y disfrute de la vivienda quedará para el que permanezca en ella y hasta que se produzca su transmisión por venta*; b) El esposo abonará pensión compensatoria a la esposa en la cantidad de 1200 € mensuales, *que se revisará en el momento en que se produzca una variación significativa en los ingresos económicos de alguno de los dos* (estipulación 3<sup>a</sup>). No obstante esta última estipulación, por otros acuerdos de los cónyuges, la pensión compensatoria quedó fijada, fuera del convenio, en 900 € mensuales.

B) El 9 de noviembre de 2013, transcurridos más de siete años desde el dictado de la sentencia de separación, estando actualizada la pensión compensatoria en 990 € mensuales, el esposo formula demanda de divorcio en la que solicita la modificación de medidas acordadas en el convenio regulador de separación interesando la extinción de la pensión compensatoria y la atribución del uso del domicilio familiar a ambos cónyuges conjuntamente, pretensiones que fundamenta en los siguientes hechos: a) los ingresos del esposo al tiempo de la separación ascendían a 4473 € mensuales, pero en 2013 el esposo se ha prejubilado pasando a percibir unos 2000 € mensuales; b) la situación económica de la esposa ha mejorado al percibir las rentas por el alquiler de dos viviendas de su propiedad sitas en Madrid, y al vivir la madre con la misma; c) tras la separación, el esposo abandonó el domicilio familiar fijando su residencia a Ronda (a unos 63 km. de Marbella), ciudad a la que debía desplazarse a diario por motivos laborales pero, una vez jubilado, ha vuelto a residir en Marbella.

C) Oponiéndose la demandada a la modificación de las medidas pactadas en el convenio regulador de separación, la sentencia de instancia estima parcialmente la demanda reduciendo a 750 € mensuales el importe de la pensión compensatoria, desestimando el resto de pretensiones al considerar, en lo que se refiere a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, que el convenio de separación ya previó la posibilidad de que una de las partes abandonara la vivienda voluntariamente, supuesto en el que tal uso y disfrute "quedará para el que permanezca en ella y hasta que se produzca su transmisión por venta" (Apartado Segundo del Convenio), y no es discutido que el Sr. Nemesio dejó aquel domicilio en forma voluntaria para residir en Ronda hace ocho años, por lo que no cabe acceder a establecer nuevamente el uso compartido del inmueble, sin que el actor represente un interés superior al de la demandada en el uso del domicilio. En lo que se refiere a la pensión compensatoria, perdura el desequilibrio económico existente al tiempo de la separación del matrimonio, por lo que no ha lugar a su extinción pues si bien el esposo se halla actualmente jubilado, percibe una pensión por importe de 2002 euros mensuales, cuenta con depósitos en cuenta corriente por importe superior a 70.000 euros, y ha reconocido haber adquirido un vehículo de 29.000 euros, y, por el contrario, a la esposa no le constan otros ingresos que una renta por importe de 440 euros por el alquiler de una vivienda de su propiedad de 27 metros cuadrados sita en Madrid y que estaría gravada con una hipoteca por la que satisficaría 190 euros mensuales, sus depósitos bancarios son inferiores a 5000 euros, y sin que el hecho de que la demandada haya percibido 18.000 euros como 50% de un fondo de pensiones del actor modifique tal conclusión, debiendo estarse a la situación patrimonial actual de las partes.

D) Frente a esta sentencia interpone recurso de apelación el demandante a fin de que sea estimada la modificación de medidas solicitada en la demanda de divorcio, pretensión revocatoria que fundamenta en las siguientes alegaciones: a) la sentencia incurre en vulneración del artículo 217 LEC al imponer un rigor probatorio al demandante que no se ha exigido a la demandada, resultando de las pruebas practicadas que los ingresos de ambas partes son más parejos que los que resuelve la sentencia recurrida; b) se incurre en error en la valoración de la prueba al concluir que el esposo abandonó voluntariamente el domicilio familiar pues el traslado a Ronda fue por motivos laborales, y dicha circunstancia ha variado con la jubilación, habiéndose partido en el convenio regulador de la pronta venta de la vivienda, lo que no ha ocurrido; c) el desequilibrio



económico entre los excónyuges ha desaparecido, habiendo incurrido la sentencia en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre el uso compartido de la vivienda.

**SEGUNDO.** - La STS de 23 de noviembre de 2011 (con antecedentes en la de 17 de Marzo de 2010), plantea la disyuntiva de si la sentencia de divorcio debe siempre aceptar las medidas tomadas en la separación, o bien pueden producirse efectos distintos cuando las circunstancias han cambiado y sean inútiles las anteriores medidas, pronunciándose en el sentido de que no necesariamente, como regla general, los efectos de la separación se consolidan con el divorcio porque el divorcio es una situación nueva que puede dar lugar a unos efectos distintos a la separación, derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio, tal como establece el art. 86 CC , afirmando: "El divorcio es distinto de la separación y por ello pueden replantearse todas las medidas tomadas en la primera (...) La ley ha previsto un procedimiento de modificación de medidas para los casos en que la situación de base que ha solucionado la crisis matrimonial no haya cambiado; por ello, con mayor razón, puede plantearse una modificación en el procedimiento de divorcio, puesto que se trata de una nueva situación que exigirá nuevas soluciones. Por ello se va a exigir que se pida la ratificación de las anteriores medidas, ya que de otro modo, deberían plantearse de nuevo todas y cada una de ellas. En conclusión, el divorcio constituye una nueva y distinta solución que será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia, que en este aspecto, es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio ( STS 106/2010, de 17 marzo y las allí citadas, entre otras).

Sentado lo anterior, en la demanda de divorcio se solicita la atribución del uso del domicilio familiar a ambos cónyuges conjuntamente, para lo que se parte de que ese fue el pacto contenido en el convenio regulador de separación de 2006, posteriormente el esposo abandonó el domicilio familiar tras dicho convenio y ahora, al modificarse sus circunstancias laborales y no ser necesaria su residencia en Ronda, pretende que nuevamente se le atribuya dicho derecho respecto de ese inmueble a fin de usarlo conjuntamente con la esposa. Este planteamiento resulta erróneo pues, como resuelve la sentencia recurrida, la circunstancia de que uno de los cónyuges abandonara el domicilio familiar se preveía en el propio convenio, en el que se establecía como efecto de dicho abandono que *el uso y disfrute de la vivienda quedará para el que permanezca en ella y hasta que se produzca su transmisión por venta*, previsión que se cumplió al abandonar el esposo el domicilio familiar pasando a ser su uso exclusivo de la esposa, situación que se consolida durante los siete años posteriores a la separación. En consecuencia, para adoptar las medidas correspondientes al divorcio ha de partirse de esa situación pactada de que el uso del domicilio familiar lo tiene atribuido en exclusiva la esposa y, encuadrada así la cuestión jurídica, el recurso procede ser desestimado pues la pretensión actora carece de amparo legal ya que la misma ha de resolverse conforme a las reglas contenidas en el artículo 96 CC respecto a la atribución del uso del domicilio familiar tras la ruptura del matrimonio, precepto que no contempla como solución el uso conjunto de ambos exconyuges de la vivienda. En consecuencia, la sentencia no incurre en incongruencia respecto de esa pretensión sino que se limita a desestimarla, resultando además acertados los razonamientos en los que fundamenta dicho pronunciamiento, sin que los mismos queden desvirtuados por las alegaciones recurrentes pues el argumento de que la salida del domicilio familiar fue forzoso y no voluntario se plantea ex novo en el recurso ya que la demanda parte de que era mas conveniente para el demandante residir en Ronda por motivos laborales, lo que en todo caso constituye la salida voluntaria del domicilio familiar prevista en el convenio.

**TERCERO.**- Resuelto lo anterior, denunciándose en el recurso que la sentencia vulnera el artículo 217 LEC , ha de indicarse que, conforme a la mas reiterada jurisprudencia (entre otras, STS de 8 de abril de 2016 y 22 de febrero de 2017 ), la institución procesal de la carga de la prueba "no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 LEC , no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba ( arts. 281 a 298 LEC ), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De tal manera que solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el citado art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia.

En el caso en **juiciado, carece de todo fundamento dicha alegación recurrente pues** la extinción de la pensión compensatoria que se interesa en la demanda y se reitera en el recurso se basa en el artículo 101 CC al establecer que el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, en consecuencia, **conforme al mencionado precepto, no correspondía acreditar a la demandada que no ha desaparecido el desequilibrio económico que motivó el establecimiento de la pensión compensatoria, sino que es el demandante el que tiene la carga de probar el cese de dicha causa.**



**Aclarado lo anterior, la sentencia estima parcialmente la demanda reduciendo la cuantía de la pensión compensatoria en función de la reducción de ingresos que para el esposo ha supuesto la jubilación, pero desestima la pretensión de extinción de dicha obligación al considerar que no está acreditada el cese de la causa de su establecimiento que** se concreta en el desequilibrio económico que se produjo entre los cónyuges, en perjuicio de la esposa, al momento de la separación, y de un nuevo examen por esta Sala de las actuaciones, se llega a idéntica conclusión que la contenida en la sentencia recurrida pues la pensión se estableció tras 32 años de matrimonio (teniendo la esposa 54 años) y transcurridos unos siete años desde entonces, no ha quedado acreditada la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho ( STS 3 y 27 de Octubre de 2011 , entre otras muchas), pues habiéndose tenido en cuenta la reducción de ingresos del obligado al pago para reducir la cuantía de la obligación, las demás circunstancias en las que se incide en el recurso que se resuelve no suponen la desaparición del desequilibrio y así, por una parte, no ha quedado acreditado que suponga una alteración de circunstancias ocurrida tras la separación que la esposa perciba rentas del alquiler de vivienda de su propiedad; por otra, el hecho de que la madre de la esposa viva con ella y perciba una pensión, como ya se resolvió en el auto dictado por esta Sala denegando la práctica de pruebas en esta segunda instancia, no supone una alteración de la capacidad económica de la esposa pues quién percibe la pensión es su madre pero no ella; y, en tercer lugar, no cabe considerar que el desequilibrio haya podido desaparecer por los gastos voluntarios que asume el esposo tras la separación.

**CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, cuando sean desestimadas las pretensiones de un recurso de apelación, las costas se impondrán a la parte que las haya visto rechazadas.**

Vistos los artículos citados y los demás de legal y oportuna aplicación,

#### FALLAMOS

:Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Carlos Palma Díaz en nombre y representación de D. Nemesio contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Marbella en el procedimiento de Divorcio nº 141/14, la debemos confirmar y confirmamos en todos sus pronunciamientos, con imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabrían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conforme al Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dichos recursos, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno no Jurisdiccional de 27 de enero de 2017.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/