



Roj: **SAP CU 71/2010 - ECLI: ES:APCU:2010:71**

Id Cendoj: **16078370012010100071**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cuenca**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2010**

Nº de Recurso: **271/2009**

Nº de Resolución: **32/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ERNESTO CASADO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CUENCA

**SENTENCIA: 00032/2010**

AUDIENCIA PROVINCIAL

CUENCA

Apelación Civil Rollo nº **271/2009**

Juicio Divorcio Contencioso 389/2008

Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Motilla del Palancar

SENTENCIA **32/2010**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Sr. Díaz Delgado

Magistrados:

Sr. Ernesto Casado Delgado

Sra. Vicente de Gregorio

En la ciudad de Cuenca, a veintidós de Marzo de dos mil diez

Vistos ante esta Audiencia Provincial, en trámite de recurso de apelación, los autos de Juicio de Divorcio Contencioso nº 389/2008, procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Motilla del Palancar y su Partido, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Brigida, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María del Carmen Martínez Ruiz y asistida por el Letrado D. Inocente Collado Castillo, contra D. Mario, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>o</sup>. Cristina Poves Gallardo y asistido por el Letrado D. Manuel Díaz García; en virtud de sendos recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de las partes litigantes contra la sentencia dictada en primera instancia de fecha diez de abril de dos mil nueve, actuando como Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ernesto Casado Delgado, quién expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- En los autos indicados al margen, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Motilla del Palancar se dictó, en el seno del Juicio de Divorcio Contencioso nº 389/2008, sentencia de fecha diez de abril de dos mil nueve, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:



"Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Martínez Ruiz, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Brigida , contra D. Mario , declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por los cónyuges litigantes, estableciéndose las siguientes medidas definitivas:

1º.- Se atribuye a la esposa el uso del domicilio familiar.

2º.- Se establece a cargo del padre y a favor de la hija Pilar una pensión alimenticia de 500 euros mensuales, que se abonarán dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o de ahorro que, a tal efecto, designe la beneficiaria por ser mayor de edad. Dichas cantidades se actualizarán automáticamente a fecha 1 de enero de cada año conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo según los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

3º.- Los gastos extraordinarios de la hija mayor de edad Pilar serán por cuenta de ambos progenitores a partes iguales.

4º.- Se declara la disolución de la sociedad legal de gananciales

No se hace especial pronunciamiento sobre costas procesales.

Firme que sea esta sentencia, procedase a su inscripción en el Registro Civil".

Segundo.- Notificada la anterior resolución a las partes, Doña M<sup>a</sup> Carmen Martínez Ruiz, Procuradora de los Tribunales y de D<sup>a</sup>. Brigida , preparó e interpuso recurso de apelación por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, interesó de la Sala "... dicte sentencia por la que, estimando el recurso, revoque la de instancia y dicte otra en la que, de conformidad con el suplico de la demanda, declare, además de la pensión alimenticia establecida a favor de la hija Pilar :

1º.- Establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la demandante de 1.000 euros mensuales, a cargo del demandado D. Mario , pagaderas por meses anticipados, mediante ingreso en la cuenta corriente que se aportará, con carácter retroactivo desde la fecha de la sentencia de instancia y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el INE , u Organismo Oficial que lo sustituya.

2º.- Establecimiento de la obligación del demandado de pago de los tres préstamos reseñados en el cuerpo de la presente demanda"

Doña Cristina Poves Gallardo, Procuradora de los Tribunales y de D. Mario , preparó e interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en la instancia por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando a la Sala la revocación parcial de la sentencia de instancia en los términos contenidos en el cuerpo del recurso de apelación.

Tercero.- Admitidos a trámite ambos recursos de apelación y conferido que fue el preceptivo traslado a la contraparte, se presentaron sendos escritos por las representaciones procesales de las partes litigantes en los que dedujo oposición al recurso interpuesto de contrario.

Cuarto.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, se procedió a formar el correspondiente Rollo de Apelación, asignándole el número **271/2009**, se turnó ponencia que recayó en el Magistrado de este Tribunal Ilmo. Sr. D. Ernesto Casado Delgado y por auto de fecha siete de octubre de dos mil nueve se acordó no haber lugar a la práctica de prueba en segunda instancia solicitada por la representación procesal de D. Mario y, firme la anterior resolución, se celebró la deliberación, votación y fallo en la fecha señalada al efecto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los razonamientos jurídicos de la sentencia que se revisa en estos trámites.

Primero.- Se alzan las partes litigantes frente a la resolución dictada en la instancia en base a diferentes motivos, a saber:

1º.- Recurso interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Brigida .

Los motivos de discrepancia con la resolución dictada en la instancia son:

- Interesa se revoque el pronunciamiento judicial por el que no se estima procedente el establecimiento de una pensión compensatoria a su favor y a cargo de D. Mario por importe de 1.000 euros mensuales alegando, en esencia, el error padecido por el Juzgador de Instancia por cuánto, según su tesis, ha resultado acreditada la existencia de un desequilibrio patrimonial como consecuencia del divorcio en relación con la situación preexistente en el matrimonio.



- Interesa, igualmente, se establezca que el demandado debe satisfacer los tres préstamos que gravan la vivienda que fue familiar, la nave industrial en la que se ubica el negocio explotado por el demandado y el leasing del vehículo afecto a la explotación del negocio del demandado.

2º.- Recurso interpuesto por la representación procesal de D- Mario .

Centra la parte recurrente su discrepancia con el pronunciamiento judicial de la instancia en los siguientes motivos:

- Improcedencia de la fijación de alimentos a favor de la hija mayor de edad.

- Conveniencia, en su caso, de señalar un límite temporal para la pensión alimenticia establecida a favor de su hija mayor de edad.

- Existencia o no de desequilibrio a la vista de los rendimientos de los negocios de los litigantes y relevancia de los recursos económicos propios a la hora de fijar el importe de la pensión alimenticia.

Segundo.- El artículo 97 del Código Civil determina, que el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición de otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en resolución judicial, teniendo en cuenta una serie de circunstancias, entre las que se encuentran, la edad y estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, así como el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, e interpretando el citado artículo, es constante el criterio de las Audiencias Provinciales, en el sentido de que la pensión compensatoria cumple la finalidad de evitar, en la medida relativa que se infiere de los módulos cuantificadores que tal norma contempla, que la separación o la disolución del matrimonio origine a uno de los cónyuges una situación de desequilibrio que se considera injusto, en atención a la concurrencia de dos factores o condiciones comparativas, temporal la una, esto es que el que reclama dicho derecho se sitúe en una situación de inferioridad económica a la disfrutada durante el mantenimiento de la unión nupcial, y personal la otra, en cuanto además es imprescindible que el status económico del posible beneficiario de la pensión sea de peor nivel que el del otro consorte, habiendo de confluir ambas condiciones, al no bastar una sola de ellas, para que pueda surgir el derecho regulado en el antedicho precepto, por lo que es evidente que la concesión de la pensión compensatoria no puede ser una medida automática, ni presumirse tampoco la concurrencia de tales requisitos, sino que los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general que sobre la carga de la prueba, y ello sin atenuación ni privilegio procesal de clase alguna. Siendo requisito indispensable del derecho a la pensión compensatoria la producción del desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, según exige el artículo 97 del Código Civil, ese desequilibrio debe acreditarlo quien lo alega para demostrar que como consecuencia de la ruptura convivencial se le ha producido un empeoramiento con respecto a la situación que venía teniendo durante el matrimonio.

En el supuesto que se somete a revisión en la presente alzada, esta Sala considera adecuada, conforme a derecho, la no fijación de la pensión compensatoria solicitada por D<sup>a</sup>. Brigida y ello por cuánto en el seno del presente procedimiento no ha conseguido acreditarse la existencia de dicho desequilibrio y ello, por otro lado, sin que por este Tribunal se considere acreditado que los beneficios netos que arrojan los dos negocios sean los preconizados por la parte que interesa la pensión compensatoria, dado que no obra en la causa prueba terminante que pudiera corroborar dicha manifestación. Al hilo de lo anterior, debe manifestarse que éste Tribunal no consideró procedente la práctica de la pericial interesada por la representación procesal de D. Mario ( auditoría de ambos negocios ) por la sencilla y elemental razón de que dicha parte sostenía la inexistencia de dicho desequilibrio económico y, en buena lógica, de acuerdo con los principios inspiradores de las reglas de distribución sobre la carga de la prueba contenidas en el artículo 217 de la LEC, incumbía a la parte que alega dicho desequilibrio acreditar su existencia, hecho éste que no puede considerarse acreditado en base al mero cálculo efectuado en la demanda rectora y que se reproduce en la presente alzada. Expuesto lo anterior, lo que si se ha acreditado es que ambos litigantes explotan dos negocios que les proporcionan los suficientes ingresos como para subvenir a sus necesidades y que, en lógica consecuencia, determina la improcedencia de fijar una pensión compensatoria a favor de D<sup>a</sup>. Brigida .

Por otro lado, se solicita en el recurso que los tres créditos que gravan la vivienda, nave industrial y el leasing del vehículo Renault Laguna ....-GWS sean satisfechos por el demandado D. Mario y ello por cuánto, constante el matrimonio, con los beneficios obtenidos por el negocio que explotaba el esposo se sufragaban dichos créditos mientras que, por el contrario, los beneficios obtenidos por el negocio explotado por la esposa se destinaban a la satisfacción de las necesidades familiares. Al respecto, si bien es cierto que en el fallo de la resolución recurrida no se hace mención alguna a dicha pretensión oportunamente deducida en la demanda rectora, lo cierto es que en el fundamento de derecho tercero de la resolución recurrida expresamente se resuelve la misma por cuánto el Juzgador señala que, si bien no es objeto del presente procedimiento, los



préstamos deben ser satisfechos al 500 % hasta la liquidación de la sociedad conyugal. Pues bien, la Sala participa ,m en parte, con el criterio del Juzgador de Instancia, en concreto, con los préstamos que gravan la vivienda y la nave industrial en tanto que los mismos se concertaron por ambos litigantes y afectan a bienes gananciales, luego los mismos deben ser sufragados pro mita. En cambio, respecto del vehículo Renault Laguna dado que la propia parte reconoce que está afecto a la explotación del negocio regentado por D. Mario , siendo el uso exclusivo del mismo y del que obtiene los correspondientes beneficios fiscales, lo procedente es que D. Mario siga satisfaciendo las cuotas del leasing hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal.

Tercero.- Entrando a conocer del recurso de apelación deducido por la representación procesal de la parte demandada, el mismo merece acogimiento por parte de este Tribunal.

Al respecto, es hecho acreditado en el seno del procedimiento que la hija mayor de edad Pilar ha terminado los estudios de el Ingeniería industrial y que en fecha 10 de marzo de 2009 se matricula en cuatro asignaturas del segundo ciclo de Ingeniería de Organización Industrial ( folios 389 y 390). Del mismo modo, ha resultado acreditado que la hija mayor de edad tiene su domicilio en Valencia C/ DIRECCION000 , NUM000 , NUM001 ( folios 389) residiendo en el domicilio propiedad de los padres de su novio Moisés ( declaración de Pilar en sede de Medidas Provisionales 423/2008).

Al respecto, del artículo 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponden al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijo. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93.2 del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores.

Pues bien, a la luz de dichos datos y hechos, resulta claro que la pensión de alimentos establecida en la resolución judicial a favor de la hija mayor de edad no es procedente en tanto que la misma queda condicionada- ex artículo 93.2 del CC - a la convivencia del hijo/a mayor de edad en el domicilio del cónyuge que los reclama, circunstancia que no acontece en el presente caso y ello sin perjuicio de que Pilar pueda ejercitar las acciones propias entablando para ello un proceso independiente y frente a sus dos progenitores.

Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC operada una estimación parcial y otra total de los dos recursos de apelación, no se efectúa expreso pronunciamiento condenatorio respecto de las costas procesales de la presente alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña María carmen Martínez Ruiz, Procuradora de los Tribunales y de D<sup>a</sup>. Brigida , y estimando como estimamos íntegramente el recuro de apelación deducido por Doña Cristina Poves Gallardo, Procuradora de los Tribunales y de D. Mario , ambos contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Motilla del Palancar en los autos de Juicio de Divorcio nº 389/2008, al que se contrae el presente Rollo nº **271/2009** y, en su virtud, declaramos que DEBEMOS REVOCAR COMO REVOCAMOS PARCIALMENTE LA RESOLUCION RECURRIDA en el siguiente sentido:

1º. Se deja sin efecto la pensión alimenticia establecida a favor de la hija mayor de edad Pilar y a cargo de D. Mario .

2º.- Se suprime la obligación de ambos progenitores de hacer frente a los gastos extraordinarios que devengue la hija mayor de edad Pilar .

3º.- Se acuerda que los dos préstamos que gravan la vivienda familiar y la nave industrial donde explota su negocio D. Mario sean satisfechos al 50 % por ambos litigantes, siendo de cuenta y cargo exclusivo de D. Mario



hacer frente a las cuotas del leasing del vehículo Renault ....GWS que se encuentra afecto a la explotación de su negocio y, en todo caso, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal.

4º.- Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida.

Todo ello, sin efectuar expreso pronunciamiento condenatorio respecto de las costas procesales correspondientes a la presente alzada.

Cúmplase lo establecido en los artículos 248 de la LOPJ y 208 de la LEC

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ