



Roj: **SAP M 9605/2021 - ECLI:ES:APM:2021:9605**

Id Cendoj: **28079370242021100240**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **16/07/2021**

Nº de Recurso: **344/2021**

Nº de Resolución: **695/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NATALIA VELILLA ANTOLIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimocuarta

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 13 - 28020

Tfno.: 914936211

37007740

N.I.G.: 28.074.00.2-2018/0005094

Recurso de Apelación 344/2021 SECCIÓN DE REFUERZO 2 TFNO 91 493 01 85

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 03 de DIRECCION000

Autos de Familia. Divorcio contencioso 412/2018

APELANTE-DEMANDANTE: D. Luis Francisco

PROCURADOR: D. José Javier Freixa Iruela

APELADA-DEMANDADA: D^a. Rosaura

PROCURADORA: D^a. María Jesús Gutiérrez Aceves

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Natalia Velilla Antolín

SENTENCIA N° 695/2021

Magistradas:

Ilmo. Sra. D^a. María Emelina Santana Páez

Ilma. Sra. D^a. María Jesús López Chacón

Ilma. Sra. D^a. Natalia Velilla Antolín

En Madrid, a 16 de julio de dos mil veintiuno.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24^a Bis de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Divorcio supuesto contencioso con el nº 412 de 2018, procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Madrid, seguidos entre partes:

De una, como apelante-demandado D. Luis Francisco , representado por el Procurador de los Tribunales D. José Javier Freixa Iruela.

Y de otra, como apelada-demandada D^a. Rosaura representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Jesús Gutiérrez Aceves.

Siendo parte el Ministerio Fiscal.



VISTO, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. NATALIA VELILLA ANTOLÍN.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Que en fecha 11 de febrero de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000 , se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Estimando en parte la demanda interpuesta por don Luis Francisco representado por el procurador Sr. Freixa Iruela y bajo la dirección técnica del letrado Sr. Mata Camacho contra doña Rosaura representada por la procuradora Sra. Gutiérrez Aceves y bajo la dirección técnica de letrado Sr. Freire Diéguez, siendo parte el Ministerio Fiscal, procede declarar disuelto por divorcio el matrimonio de los cónyuges don Luis Francisco y doña Rosaura con los efectos legales inherentes a dicha solicitud, entre ellos la disolución del régimen económico matrimonial y la revocación de los poderes y consentimientos que cualquiera de ellos se hubiese otorgado.*

"Se atribuye a la madre doña Rosaura la guarda y custodia de la hija menor de edad Ana María , siendo compartida la patria potestad, atribuyendo a la madre y a las hijas Ana María y Adoracion el uso y disfrute del domicilio conyugal, junto con el ajuar doméstico de la misma, sito en la CALLE000 , nº NUM000 de DIRECCION000 . Ambos progenitores correrán con el pago de los suministros, las tasas e impuestos, y la cuota de las comunidades de propietarios de los inmuebles en los que en cada momento vivan, así como con los de los seguros que graven sus viviendas y cuantos otros gastos estén directamente relacionados con el uso de la propiedad de las mismas. Y cada parte sufragará los demás gastos inherentes a los bienes inmuebles de su propiedad, sus vehículos, préstamos hipotecarios y/o personales.

"En cuanto al régimen de visitas de la hija menor de edad Ana María , se estará a lo que pacten al respecto padre e hija.

"Se impone a don Luis Francisco la obligación de abonar en concepto de pensión de alimentos para sus hijas, la cantidad de 3.500 euros al mes y por cada hija, mayor y menor, 7.000 € en total, pensión que se extenderá una vez adquirida la mayoría de edad por tanto pero mientras las hijas no hayan terminado su formación por causa que no le sea imputable, cantidades pagaderas por meses anticipados entre el día 1 al 5 de cada mes ingresadas dentro de la cuenta bancaria que se indique por el progenitor custodio, cantidades por otra parte actualizables anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle. Cada progenitor abonará el 50 % de los gastos extraordinarios de sus hijas, siempre previo acuerdo de ambas partes, salvo los gastos médicos de carácter urgente.

"No procede expresa imposición de las costas procesales".

Por auto de rectificación de fecha 5 de marzo de 2020, se corrigió el nombre de la hija Adoracion que erróneamente en la sentencia había sido citada como Ana María .

TERCERO.- Notificada la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Luis Francisco , en los términos que constan en el escrito obrante en autos. Por la representación procesal de D^a. Rosaura se presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario y por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición.

CUARTO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 8 de julio de 2021.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, en lo que al recurso de apelación interesa, resuelve imponer al recurrente el pago de 7.000 euros mensuales para las dos hijas del matrimonio, una de ellas menor de edad, así como un régimen de visitas de la hija menor con el padre de forma pactada entre ambos. El apelante basa su recurso en cinco motivos: en cuatro de ellos se recurre el importe de la pensión de alimentos y en el último el establecimiento de un régimen de visitas libremente pactado entre la hija menor y el padre. La demandada ahora recurrida se opone al recurso interpuesto de contrario. El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso en los términos que constan en las actuaciones.

SEGUNDO.- El recurso se divide, como hemos dicho, en cinco motivos, cuatro de los cuales se refieren a la pensión de alimentos establecida en la sentencia. El primero de ellos denuncia vulneración del derecho a la



tutela judicial efectiva al haberse negado la prueba pericial del perito economista D. Maximiliano, apuntando que, además, la madre no acreditó cuáles eran las necesidades de las hijas, por lo que pedía la nulidad de actuaciones y reposición al momento de práctica de la prueba propuesta. El segundo, vulneración del principio de congruencia de las resoluciones judiciales, al rechazar la homologación del acta de manifestaciones de las partes por no ser el procedimiento adecuado y, sin embargo, tomar dicho acta como referencia para la decisión a adoptar. El tercero, por vulneración del artículo 9.3 CC por cuanto no se habían determinado cuáles eran las necesidades de las hijas. El cuarto, alega la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de fecha 15 de marzo de 2012, en cuanto a la ausencia de relación con el padre, víctimas de una alienación parental. Finalmente, el quinto motivo se refiere a la vulneración del principio que establece el superior interés del menor en los procesos familiares, debiéndose establecer un régimen de visitas del padre con la hija menor ordinario, no pactado. A dicho recurso se han opuesto tanto la parte demandada como el Ministerio Fiscal.

Comenzando por la nulidad de actuaciones pretendida, el recurrente considera que como en primera instancia no se admitió una determinada prueba, hay nulidad de actuaciones. El demandado pretendió aportar un informe pericial de un economista que acreditaba que el patrimonio del mandante se había visto reducido a la mitad, lo que justificaría el cambio de actitud del demandado en la actualidad frente al manifestado el día 14 de enero de 2014 en que se documentó el Acta de Manifestaciones en la que se comprometía a abonar 3.500 euros por hija y el de la presentación de la demanda, en septiembre de 2018.

Para que pueda apreciarse la existencia de una indefensión judicial, proscrita constitucionalmente en el artículo 24 de la Constitución Española, conforme a una uniforme doctrina jurisprudencial (SSTC Nº 62/2009, 14/2008, 126/2006, 287/2005, 237/2001, 184/2000, 82/1999, 137/1996, 111/1996, 116/1995, 181/1994, 199/1992, 56/1992, 8/1991, 145/1990, 101/1990, 52/1990, 112/1989, 102/1989, 101/1989, 62/1989, 93/1987, 90/1986, 109/1985, 314/1984, 69/1984, 48/1984, así como el Auto del mismo Tribunal de 15 de enero de 1996; y las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2011 (STS 1798/2011, recurso 1271/2007), 27 de diciembre de 2010 (STS 7351/2010, recurso 965/2007), 29 de noviembre de 2010 (STS 6262/2010, recurso 361/2007), 28 de octubre de 2010 (STS 5793/2010, recurso 2268/2006), 23 de junio de 2010 (STS 4381/2010), 18 de julio de 2007, 2 de febrero de 2007, 11 de octubre de 1996 y 7 de abril de 1995, entre otras muchas), se requiere:

1.- Que se trate de una indefensión material efectiva: No toda irregularidad procesal genera indefensión a la parte, hasta el punto de justificar la pretendida nulidad de actuaciones, sino solamente aquellas infracciones que originan una disminución de las oportunidades procesales de alegar y probar todo lo conducente a la defensa en el proceso. Hay que evitar que cualquier irregularidad formal se convierta en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, es preciso que esa irregularidad genere una "efectiva indefensión de carácter material, y no meramente formal, pues no toda infracción procedimental genera indefensión material. Ello supone privar o minorar de forma significativa el derecho de defensa; la afectación sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes; siempre que genere un impedimento o un obstáculo serio a una de las partes de la posibilidad de alegar y probar en el proceso, o replicar la posición contraria en igualdad de condiciones.

2.- Ha de causarla el órgano jurisdiccional: Para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen directo en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional.

3.- No debe ser la parte quien se haya causado esa indefensión: Le es exigible actuar con una diligencia razonable; no siendo atendible cuando la indefensión se la ha generado la propia parte, bien de forma voluntaria, bien por la propia desidia, impericia o negligencia de la parte. Queda excluida de la protección del artículo 24 Constitución Española la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan.

4.- Quien la alega debe exponer y justificar la realidad de la indefensión, relacionándola con el caso concreto y los términos del debate judicial: corresponde a la parte justificar la realidad de la indefensión, y relacionarla con el caso concreto y los términos del debate. No bastando con acudir a genéricas y vagas argumentaciones sobre la supuesta indefensión.

5.- La citada infracción ha de denunciarse en el momento en que se produce en la instancia.

Pues bien, el rechazo de una prueba no tiene por qué por sí misma generar indefensión a la parte, puesto que de ser así todas las inadmisiones de prueba serían causantes de indefensión y, por tanto, de nulidad de actuaciones, dejando en manos de las partes el proceso ante la imposibilidad de que por parte del órgano judicial pudiera rechazarse ninguna prueba. La actividad probatoria es libre, si bien ha de responder a criterios de proporcionalidad, pertinencia, utilidad, necesidad y facilidad probatoria. En el presente caso, sin desconocer la pertinencia que el informe pericial propuesto pudiera tener para la causa, existiendo como hay



medios documentales óptimos, necesarios y útiles acreditativos de la capacidad económica del demandado, la utilización de una prueba de parte, desproporcionada y extraordinaria, por no ser prueba habitual para acreditar este tipo de cuestiones, lleva a entender que con la actividad probatoria mencionada se pretende ocultar lo que otras pruebas más sencillas, oficiales y públicas pueden arrojar. Por tanto, la inadmisión de la prueba -que ha sido reproducida en esta instancia- no es incorrecta, por tratarse de una prueba innecesaria, desproporcionada e inútil. Por todo ello, no cabe decretar la nulidad de actuaciones pretendida.

TERCERO.- El segundo motivo se refiere a la vulneración del principio de congruencia de las resoluciones judiciales ya que se establece en la sentencia que no es este el procedimiento en el que ha de validarse o invalidarse el acta de manifestaciones de 14 de enero de 2014, cuando durante el procedimiento se aportó copia de demanda presentada para solicitar la nulidad de donaciones y manifestaciones, que no ha sido tenida en cuenta, tomando el juez *a quo* dicha acta como base para el establecimiento de la pensión de alimentos.

Lo cierto es que tiene razón el juez *a quo* cuando dice que no es el procedimiento de divorcio el cauce adecuado para reclamar la nulidad de la donación recogida en el Acta, tal y como se dice en la sentencia. Ahora bien, también es cierto que para establecer una pensión de alimentos han de valorarse varias cosas, no las manifestaciones realizadas en un acta cuatro años antes de la presentación de la demanda de divorcio por parte del demandante. No puede negarse que el Acta de Manifestaciones efectuada en 2014 ante notario constituye una valiosa prueba de la voluntad de las partes, por cuanto el fedatario público ante el que se otorgó examinó la capacidad de consentir de cada otorgante y no apreció vicios del consentimiento, lo cual impide que la Sala tenga en consideración el posible vicio de nulidad en estos momentos, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el proceso declarativo que corresponda, pudiendo dar lugar a una modificación de medidas definitivas. No consta que se haya resuelto en sentido anulatorio, por lo que, a todos los efectos, el Acta de Manifestaciones otorgado ante notario en 2014 tiene plena validez.

Lo cierto es que la pensión pactada por las partes es elevada. El demandante fue beneficiario de un premio de lotería de 15 millones de euros en mayo de 2012, cuando la pareja se hallaba casada en separación de bienes, por lo que dicho premio, complementado con una paga anual durante 22 años de 72.000 euros anuales, redundó en su propio beneficio. El demandante argumenta que se ha descapitalizado, habiendo perdido la mitad de lo que ganó por una mala gestión y administración de su patrimonio, entre otras cosas porque donó a la demandada 3 millones de euros y un millón de dólares, además de comprometerse a pagar a las hijas la cantidad de 7.000 euros para las dos en concepto de alimentos.

El hecho de que se acordara un importe distinto al ofrecido en la demanda no responde a otra cosa que al hecho del paso del tiempo y a un cambio de opinión, pero no puede ser asumido sin más por el juzgador por el mero hecho de haber accedido a dicho pacto cuatro años antes de presentarse la demanda. Si así fuera no sería necesario obligar a las partes a acudir a juicio, bastando la escritura pública para vincularles.

Tal y como establece el código civil, los alimentos se pagan atendiendo a las necesidades del alimentista y al caudal del alimentante. Entran en juego dos premisas: necesidades y posibilidades. En el presente procedimiento no se ha probado ningún gasto de las hijas, si la mayor de edad trabaja o se está formando, si acuden a un centro de formación privada o pública, si tienen necesidades especiales o tratamientos médicos especialmente indicados para ellas, etc. Tampoco se ha desplegado actividad probatoria acerca de la capacidad económica de la madre. Se ha procedido a la averiguación patrimonial del recurrente, que arroja unos ingresos por actividades laborales de 2.520 euros anuales, pero multitud de inversiones producto del premio antedicho. No se hace referencia alguna a los ingresos de la recurrida.

Pues bien, ante la falta de prueba de las necesidades de las hijas y de la capacidad de los alimentantes, ha de concluirse que únicamente está probado que el demandante recibe 72.000 euros anuales más los rendimientos de todos sus fondos de inversión, mientras que se desconoce qué percibe la demandada. En consideración a lo anterior, no existe una obligación del padre de compartir en vida su patrimonio con sus hijas, más allá del deber de alimentos. Lo que se está pidiendo es que el padre reparta el premio recibido con sus hijas a través de una pensión de alimentos desproporcionada y que no encuentra la más mínima justificación a través de la prueba de los gastos de las hijas.

Atendiendo a lo anterior, al tiempo transcurrido entre el Acta de Manifestaciones y la demanda y la ausencia de prueba de los gastos de las hijas así como de la capacidad de la madre, esta Sala considera que la pensión de alimentos de 3.500 euros por hija es excesiva, debiendo ser sustituida por una pensión de alimentos de 1.500 euros por hija, cantidad acorde con la capacidad económica del padre.

La estimación parcial del motivo lleva a no entrar a valorar el motivo tercero, que se refiere a la vulneración del artículo 9.3 CC puesto que ya ha sido examinado de manera conjunta con el resultado de la estimación el mismo.



CUARTO.- En cuanto al cuarto motivo relativo a la ausencia de relación del padre con las hijas, lo cual, sin decirlo expresamente, parece querer significar que debe extinguirse la obligación de pago de la pensión de alimentos a estas en virtud de la reciente jurisprudencia al respecto, decir que la STS nº 104/2019 de 19 de febrero de la Sala Primera (rc. 1434/2018) establece que, si bien no existe una causa de desheredación expresa consistente en la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable al legitimario, como sí se halla recogida en el Código Civil Catalán, ha de entenderse que la falta de relación entre el hijo mayor de edad y el padre puede considerarse maltrato psicológico a los efectos del artículo 152.4º CC en relación con el artículo 853 del mismo texto legal, siempre que se acredite que dicha falta de relación sea imputable al hijo, interpretándose la prueba de forma restrictiva. No podemos, por tanto, considerar que el mero distanciamiento entre los hijos y el padre sea causa per se de extinción de la pensión de alimentos puesto que ello dejaría en manos del alimentante la posibilidad de extinguir su obligación con el mero distanciamiento voluntario. Para que pueda acogerse tal causa de extinción, es imprescindible que la ruptura de las relaciones haya sido causada por los hijos.

En el presente caso no es de aplicación en ningún caso la anterior jurisprudencia a la hija menor de edad y, en cuanto a la mayor, no se ha desplegado ningún tipo de prueba que acredite que la hija mayor de edad se haya apartado del padre por su única voluntad o por causa no achacable a este. Ante tal falta de prueba, la causa de desheredación ha de ser interpretada de forma restrictiva, por lo que no cabe su aplicación.

QUINTO.- Finalmente, el último motivo relativo al régimen de visitas que la sentencia ha impuesto de forma consensuada entre hija menor y padre, el recurrente considera que se estaría vulnerando el superior interés de la menor al no establecer un régimen de visitas determinado. Habida cuenta de que la hija menor nació el NUM001 de 2004 y cuenta en la actualidad con 17 años de edad y en nueve meses será mayor de edad, resulta ilógico imponer a una menor de tal edad, que no tiene relación con su padre, la obligación de establecer un régimen de comunicaciones y estancias, cuando el establecimiento de la relación es algo que debe trabajarse por ambas partes y contando con la voluntad de la hija menor de edad pero a punto de cumplir la mayoría de edad. El motivo, por tanto, se desestima.

SEXTO.- La estimación parcial del recurso de apelación formulado lleva a no imponer las costas a ninguna de las partes.

III.- FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Luis Francisco, frente a la sentencia de 11 de febrero de 2020, dictada en proceso de divorcio nº 412 DE 2018, tramitado en el juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000, que se revoca en el sentido de establecer que la pensión de alimentos que deberá pagar el padre a las hijas es de 1.500 euros por hija en lugar de 3.500 euros. Se mantienen el resto de pronunciamientos, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma puede haber la interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, si se dan algunos de los supuestos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 para ante el Tribunal Supremo en el plazo de VEINTE DÍAS.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.