



Roj: **SAP MA 4120/2021 - ECLI:ES:APMA:2021:4120**

Id Cendoj: **29067370062021101595**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **17/12/2021**

Nº de Recurso: **413/2021**

Nº de Resolución: **1796/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARMEN MARIA PUENTE CORRAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 1 DE FUENGIROLA.

JUICIO DIVORCIO CONTENCIOSO Nº 10/2020.

ROLLO DE APELACIÓN CIVIL Nº 413/2021

SENTENCIA Nº 1796/2021

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D.^a INMACULADA SUÁREZ BÁRCENA FLORENCIO

Magistrados:

D. ENRIQUE SANJUAN Y MUÑOZ

D.^a CARMEN M^a PUENTE CORRAL

En la ciudad de Málaga a 17 de diciembre de dos mil veintiuno

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio de Divorcio Contencioso número 10/2020, procedentes del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 1 de Fuengirola, seguidos a instancia de D. Jose Pedro , representado en el recurso por la Procuradora D^a. Mercedes Núñez Camacho y defendido por la Letrada D^a. Daniela Mascaro Paula, contra D^a. Antonia , representada en el recurso por el Procurador D. José Luis Rey Val y defendida por el Letrado D. Antonio Tejedor Cervera, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora e impugnación de Sentencia deducida por la parte demandada contra la sentencia dictada en el citado juicio en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 1 de Fuengirola dictó sentencia de fecha 3 de noviembre de 2020 en el juicio de Divorcio Contencioso número 10/2020 del que este rollo dimana cuya parte dispositiva dice así: << **FALLO**

DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Núñez Camacho, actuando en nombre y representación de don Jose Pedro , contra doña Antonia sobre disolución de matrimonio por divorcio, debo dictar Sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º) *Denegar la petición de disolución por divorcio de matrimonio formulada en la antes referida demanda.*

2º) *No efectuar pronunciamiento sobre los restantes pedimentos efectuados por una y otra de las partes en litigio.*



3º) *NO HACER especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas.>>*

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la representación procesal de don Jose Pedro, el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario y por el Ministerio Fiscal, impugnando asimismo la Sentencia la representación procesal D^a. Antonia, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde haberse resuelto sobre la prueba interesada mediante Auto de 7 de junio de 2021 y no estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día de 2 de noviembre de 2020, quedaron las actuaciones conclusas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo ponente el Ilmo. Sra. D^a. CARMEN MARIA PUENTE CORRAL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Jose Pedro, disconforme con el fallo judicial definitivo dictado en la anterior instancia, solicita la estimación de la demanda de divorcio y se declare haber lugar al mismo, con la consiguiente disolución del vínculo matrimonial, debiéndose pronunciar sobre las demás pretensiones deducidas en la demanda. Señala que en atención al Reglamento (UE) 2016/1191, el certificado de matrimonio aportado debe ser aceptado, sin exigencia alguna de traducción, indicando que se aportó la Certificación Registral donde se contrajo el matrimonio, esto es, Gibraltar siendo prueba de ello el Decreto de 26 de febrero de 2020 dictado por la LAJ el cual, una vez examinada la demanda, comprobados los documentos aportados, entre ellos la certificación de la inscripción de matrimonio referida, admitió a trámite la demanda. Destaca igualmente que la sentencia también argumentó su decisión en base al artículo 61 CC refiriendo que la inscripción del matrimonio en el Registro Civil no es constitutiva del estado civil correspondiente, sino que determina los efectos del matrimonio frente a terceros, no inter partes siendo consecuencia de ello que la no inscripción del matrimonio en España no afecta su existencia y eficacia jurídica siendo el matrimonio perfectamente válido y eficaz entre las partes. Refiere que en el presente supuesto no existe duda de la existencia del matrimonio el cual ha sido reconocido por la demandada al contestar la demanda confirmando que contrajo matrimonio el 11 de febrero de 2015. Conclusión de todo ello es que el juez a quo no puede exigir la inscripción del matrimonio en el Registro Civil competente y certificación de dicha inscripción del mismo para desestimar la demanda de divorcio puesto que la inscripción no es requisito constitutivo del matrimonio. Igualmente señala que la sentencia gozará de efectividad puesto que podrá solicitarse su posterior exequatur, trayendo a colación las consideraciones de la STC 199/2004 de 15 de noviembre a cuyo tenor la inscripción no goza de valor constitutivo conforme a las disposiciones del apartado primero del artículo 61 del Código Civil, razones por las cuales solicita se revoque la sentencia recurrida y se estime la demanda de divorcio interpuesta declarando haber lugar al divorcio con la consiguiente disolución del vínculo matrimonial y pronunciamiento sobre las demás pretensiones deducidas en aquella.

La parte apelada, Doña Antonia se opone al recurso de apelación interpuesto de contrario compartiendo los razonamientos del juzgador para denegar la solicitud de divorcio mostrándose igualmente en contra de las pretensiones aducidas por la parte actora en la demanda relativas, fundamentalmente, a un presunto derecho de crédito sobre el valor del inmueble titularidad de Doña Antonia y al derecho de uso de un vehículo. Igualmente con carácter subsidiario y caso de que se estime la pretensión de disolver el matrimonio, impugna la sentencia a efectos de defender la procedencia de establecer una pensión compensatoria a favor de la ahora apelante. En su escrito de oposición al recurso de apelación solicita la confirmación de la sentencia de instancia al compartir los razonamientos jurídicos expuestos para denegar la solicitud de divorcio por cuanto que el artículo 6.1 Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) número 1024/2012, exime de traducción en determinados supuestos, entre los que se encontraría el objeto de controversia, señalando que ninguno de los requisitos que señala el precepto concurren con la certificación del matrimonio expedida por Gibraltar y redactada en inglés, circunstancia que unida a lo establecido los artículos 231 LOPJ y 144 LEC así como el artículo 61 CC, determinan la decisión del juez a quo de desestimar la solicitud de divorcio por la parte, la cual es compartida. Igualmente muestra su oposición al resto de pretensiones esgrimidas en la demanda. Así en relación al crédito reclamado la parte actora se refiere a una de las disposiciones de la escritura de capitulaciones prenupciales otorgadas el 15 de diciembre de 2014 y aportada como documento número 2 junto con la demanda en donde se establecía "en caso de separación o divorcio... los comparecientes acuerdan conceder a D. Jose Pedro un derecho de crédito ascendente al 50% del valor de mercado de la vivienda habitual menos el saldo hipotecario vivo al momento de la separación o el divorcio", sosteniendo Doña Antonia la falta absoluta de eficacia de dicha disposición y su nulidad al amparo del artículo 1328 CC, indicando que teniendo en cuenta que el matrimonio fue contraído entre un ex futbolista



con un elevado nivel de vida y una azafata que dejó su trabajo para cuidar de su marido, es evidente que la disposición será forzosamente nula por haber vulnerado y limitado la igualdad de derechos de los cónyuges. Respecto a la reclamación efectuada en la demanda de la entrega por esta al D. Jose Pedro del vehículo Mercedes-Benz matrícula SXX cabe destacar que el mismo también fue solicitado en las Diligencias Previas 11/2020 instruidas por el mismo Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Fuengirola siendo denegada mediante providencia de 26 de febrero de 2020, toda vez que Doña Antonia consta también como prestatario en el contrato de financiación del vehículo. Por último, con carácter subsidiario y para el caso de que se considere procedente decretar el divorcio, con impugnación de la sentencia de instancia, se opone al segundo pronunciamiento de la sentencia referido a no efectuar pronunciamiento sobre los restantes pedimentos efectuados por una y otra de las partes en el litigio. Mantiene la posibilidad de establecer una pensión compensatoria a través de la contestación a la demanda, manifestando que se ha pronunciado sobre tal posibilidad de forma afirmativa el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de septiembre de 2012, señalando que cuando la parte demandante solicita que no se fije la pensión compensatoria e introduce su discusión en el debate, es posible fijarla si la parte demandada la solicita en su contestación, aun cuando no formule reconvencción expresa, indicando a tal efecto que tal solicitud de pensión compensatoria fue realizada procesalmente de manera correcta y concurren todos los requisitos necesarios para estipularla en favor de la solicitante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 97 CC. Por todo ello interesa: -Declarar la nulidad de pleno derecho de la estipulación contenida en capitulaciones pre nupciales de un derecho de crédito en favor del sr. Jose Pedro sobre el 50% del valor del inmueble Doña Antonia ; -Declarar la nulidad de pleno derecho de la estipulación contenida en capitulaciones prenupciales por la que los cónyuges renuncian en caso de separación o divorcio a cualquier tipo de pensión compensatoria; -Declarar que la Sra. Montero tiene derecho a usar el vehículo Mercedes-Benz con matrícula SXX hasta la finalización del contrato relativo al mismo.- Imponer al Sr. Jose Pedro la obligación de abonar a la Sra. Antonia en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 2000 € mensuales.

Por la representación procesal de D. Jose Pedro se muestra su disconformidad con lo interesado por la Sra. Antonia indicando en relación al derecho de crédito que dice ostentar sobre el 50% del valor del mercado de la vivienda habitual de la Sra. Antonia sita en la URBANIZACION000 de Calahonda que ello se debió a un acuerdo libre y voluntario alcanzado entre las partes en escritura pública de capitulaciones prenupciales otorgadas ante notario el 15 de diciembre de 2014 siguiendo un negocio jurídico válido. En relación al vehículo Mercedes-Benz matrícula SXX indica que el Sr. Jose Pedro no sólo es el titular del vehículo sino también abona las cuotas mensuales por su adquisición, sus servicios de mantenimiento, seguro e impuestos de circulación. Respecto a la solicitud de pensión compensatoria señala que la demandada debió formular reconvencción expresa para solicitarla al ampliarse la contestación a extremos no tratados específicamente en la demanda, no resultando posible tras la reforma de la LEC admitir la reconvencción implícita o tácita (artículos 406 y 770.2 LEC), no pudiendo subsanarse después de prescrito el plazo para hacerlo con la contestación, pretendiendo ahora para subsanar su error hacer una interpretación forzosa de las capitulaciones prenupciales. Por último, indica que caso de no compartirse por la Sala los argumentos expuestos se considere igualmente excesivo 2.000 € solicitados en concepto de pensión compensatoria debiéndose reducida dicha cantidad teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en el artículo 97 CC, sin haber la contraria acreditado los ingresos que tiene el Sr. Jose Pedro , debiendo estar limitada temporalmente y no establecerse de forma vitalicia como se pretende de contrario. Por todo ello solicita que revocando la sentencia recurrida se estime la demanda de divorcio interpuesta declarando:-haber lugar al divorcio con la consiguiente disolución del vínculo matrimonial; -se abone su derecho de crédito sobre el 50% de la valor de mercado de la vivienda habitual sita en URBANIZACION000 de Calahonda , DIRECCION000 , CALLE000 nº NUM000 , menos el saldo hipotecario vivo al momento de la separación o del divorcio; -se deniegue la petición de contraria de hacer uso del vehículo Mercedes-Benz matrícula SXX hasta la finalización del contrato de financiación debiéndose restituido al Sr. Jose Pedro ; -no haber lugar a la concesión de pensión compensatoria por importe de 2.000 € mensuales por el defectuoso cauce procesal de su petición al no haber sido solicitada mediante demanda reconvenccional y para el improbable supuesto de que se conceda, esta debe ser reducida teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en el artículo 97 CC sin haber la contraria acreditado los ingresos, debiendo ser limitada temporalmente.

SEGUNDO.- Expuestos la argumentación de una y otro parte, lo primero que ha de analizarse, por razones de pura lógica expositiva, es la desestimación de la demanda que efectúa el juzgador al no entender cumplimentado la exigencia del artículo 770.1º LEC que requiere acompañar a la demanda de divorcio, certificación de la inscripción del matrimonio por cuanto que, según indica, pese a que se diga en el escrito de demanda relativo a que se acompaña *certificación de matrimonio expedida por el Registro Civil de Gibraltar*, lo que se aporta es "una copia de documento en lengua extranjera, que no se ajusta a la exigencia legal ni en cuanto al fondo ni en cuanto a la forma," a lo cual opone la parte recurrente que olvida el juzgador que el Reglamento UE 2016/1191 que se aplica desde 16 de febrero de 2019 sobre los documentos públicos,



garantiza que los documentos públicos emitidos en un país de la Unión Europea sean aceptados como auténticos en otro estado miembro sin necesidad de llevar una estampilla de autenticación, o apostilla y que también se ha suprimido la obligación de presentar documentos públicos, entre ellos, el de matrimonio traducido, por lo que en base a la normativa europea, el certificado de matrimonio aportado debe ser aceptado sin exigencia alguna de traducción pues tal y como se refirió en el escrito de demanda, el matrimonio figura inscrito en el Registro Civil de Gibraltar conforme figura al pie de la certificación de matrimonio obrante en autos indicando su inscripción al tomo 461, página 79 del Registro Civil de Gibraltar. Añade el apelante que lo que se aporta es una certificación registral expedida por la autoridad competente en este caso, Gibraltar, lugar de celebración del matrimonio, habiendo sido admitida la demanda por Decreto de 26 de febrero de 2020 dictada por la Letrada de la Administración de Justicia que, tras examinar la demanda y comprobar los documentos aportados, entre ellos, la certificación de matrimonio, admitió a trámite la demanda por lo que considera la parte recurrente que si la Letrada de la Administración de Justicia consideró cumplido el requisito del artículo 770.1 LEC no parece lógico que el Juez, revocando tácitamente el Decreto, haya cambiado de criterio para desestimar la demanda con posterioridad a la celebración del juicio, por lo que entiende vulnerado la tutela judicial efectiva produciendo una total indefensión al actor prevista en el artículo 24 CE en cuanto al derecho al acceso a la jurisdicción por cuanto que debió de haber existido una coordinación entre el Juez y la Letrada de la Administración de Justicia a fin de garantizar una tramitación racional del procedimiento dando la oportunidad a la parte subsanar un posible defecto. Pues bien, cierto es que el documento número uno que presenta la parte actora y al que denomina "certificación de matrimonio expedida por el Registro Civil de Gibraltar", en realidad, se trata de una mera copia de documento en lengua extranjera (f13). Ciertamente Gibraltar constituye un territorio británico en ultramar, por lo que de esta forma, igualmente queda afectado por la salida del Reino Unido de la Unión Europea, también conocida comúnmente como **Brexit, habiéndose aprobado definitivamente** el Acuerdo de Retirada a las 00:00 horas del sábado 1 de febrero de 2020, por el que Reino Unido abandonó automáticamente la Unión Europea a las 23:00 horas (hora británica) del día anterior, existiendo un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020, por lo que presentada la demanda en fecha 13 de febrero de 2020, es de aplicación el Reglamento (UE) 2016/1191, que suprime la legalización y el requisito de apostilla entre Estados miembros para determinados documentos públicos y simplifica otros trámites. Se señala que a fin de fomentar la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, los documentos públicos a los que se aplica el presente Reglamento y sus copias certificadas deben quedar exentos de toda forma de legalización y trámite similar y con el objeto de superar las barreras lingüísticas, facilitando así aún más la circulación de documentos públicos entre los Estados miembros, deben crearse impresos estándar multilingües en cada una de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión para los documentos públicos relativos al nacimiento, al hecho de que una persona está viva, a la defunción, al matrimonio (incluidos la capacidad para contraer matrimonio y el estado civil), siendo que la finalidad de los impresos estándar multilingües ha de ser facilitar la traducción de los documentos públicos a los que se adjuntan. Los impresos estándar multilingües establecidos en el Reglamento deben reflejar el contenido de los documentos públicos a los que se adjuntan y eliminar, en la medida de lo posible, la necesidad de traducir esos documentos públicos. El artículo 6.1 b) del Reglamento se establece que aquellos documentos públicos relativos al nacimiento, al hecho de que una persona está viva, a la defunción, al matrimonio, a la unión de hecho registrada, al domicilio, o a la ausencia de penales no será necesaria traducción *siempre y cuando vayan acompañados, de conformidad con las condiciones establecidas en el presente Reglamento, de un impreso estándar multilingüe, siempre que la autoridad a la que se presente dicho documento considere que la información incluida en el impreso es suficiente para tramitar el documento público*. Si bien es verdad, como bien dice la parte apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación que la parte actora no ha presentado, junto al documento número uno, el impreso estándar multilingüe al que se refiere el Reglamento UE 2016/1191, es igualmente cierto que cuando el LAJ dictó el Decreto de fecha 26 de febrero de 2020 y acuerda la admisión a trámite de la demanda, efectúa el control de admisibilidad que la ley procesal le impone, en el ámbito de sus competencias, al amparo del artículo 404 de la LEC, adquiriendo tal decreto firmeza al no haber sido recurrido por la parte demandada quien presentó escrito de contestación a la demanda sin que ninguna alegación se efectuara al respecto. Es más, plasmándose en el hecho primero de la demanda que las partes habían contraído matrimonio el día 11 de febrero de 2015 acompañándose la "correspondiente certificación de matrimonio expedida por el Registro Civil de Gibraltar como DOCUMENTO NÚMERO 1", el hecho primero de la contestación a la demanda es del siguiente tenor literal: "Conforme con el correlativo", mostrando la parte también su conformidad con el hecho segundo de la demanda en el que se expone que "De dicha unión no ha habido descendencia" e igualmente con el hecho tercero de la demanda en cuanto al correlativo referido a que el régimen económico matrimonial es de separación de bienes, a lo que no obsta que en el acto de la vista y al inicio de su alocución, el letrado de la parte demandada (minuto 10:50) invoque a la falta de competencia del Tribunal dado que el matrimonio había sido contraído en Gibraltar y no estaba inscrito en ningún Registro Civil Español, (contradiendo los propios fundamentos de derecho de su contestación a la demanda pues respecto a los expresados en la demanda I a VI muestra su conformidad con los correlativos, esto es, jurisdicción, competencia objetiva y



funcional, territorial, legitimación, postulación y procedimiento a seguir - f 51), cuestión ésta que fue zanjada por el juzgador indicando que estaba alterando los términos de su contestación a la demanda produciendo una *mutatio libelli* prohibida por el ordenamiento jurídico al causar indefensión ante lo cual el letrado nada adujo ni formuló protesta aquietándose a las afirmaciones del juzgador (minuto 11:25), extremo por el que esta Sala vista los términos de la contestación a la demanda y en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de núm. 23/2016, de 3 de febrero, concluye que la realidad de la celebración del matrimonio ni su fecha ni lugar han supuesto un hecho controvertido en la instancia.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la falta de inscripción del matrimonio en el Registro Civil Español como óbice a la pretensión de disolución del vínculo conyugal, hemos de indicar que respecto a dicha pretensión ambas partes mostraron su conformidad en la instancia puesto que basta ver el suplico de la contestación a la demanda, en cuyo punto primero, la parte demandada, hoy apelada, pretendía se dictara una sentencia por la que se acuerde: " 1 .- *Declarar disuelto el matrimonio entre ambos cónyuges por causa de divorcio.*" (f 55), por lo que tampoco constituía la disolución del vínculo un hecho controvertido. En relación a la falta de inscripción en Registro Civil español del matrimonio celebrado en Gibraltar, hemos de recordar que dispone el art. 49 del CC. que " *Cualquier español podrá contraer **matrimonio** dentro o fuera de España... y que también podrá contraer **matrimonio** fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración* " de forma que contraído el **matrimonio** en el extranjero en cualquiera de las formas establecidas por la *lex loci* de aquel país, se considera válido. Por su parte, el art. 61 del mismo Código dispone que " *El **matrimonio** produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su **inscripción** en el Registro Civil. El **matrimonio** no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas* ", de manera que los efectos civiles y económicos del **matrimonio** se producen desde su celebración entre los contrayentes. La **inscripción**, que se hará conforme a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil y su Reglamento, no tiene efectos **constitutivos**, es decir que los efectos del **matrimonio** se producen entre los cónyuges con independencia de que la misma se haya o no efectuado. En su consecuencia *la inscripción o no del matrimonio contraído no afecta a su existencia y **eficacia** jurídica, pudiendo acreditarse la celebración del matrimonio por otros medios de prueba ajenos al acta de inscripción (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984). La Dirección General del Registro, en resolución de 23 de diciembre de 1981 ha proclamado que el hecho de que el enlace no haya sido aún inscrito, no constituye motivo bastante para negar la existencia y efectos del matrimonio, que nacen desde su celebración. Igualmente la STS nº 36/2006 de 24 de enero de 2006, declara que siendo indudable la existencia del **matrimonio**, sin acreditarse su falta de validez de acuerdo con la *lex loci*, recuerda que el requisito de su **inscripción** no le privaría de efectos entre los cónyuges (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1996, de 11 de enero de 1999, de 12 de febrero de 1994, de 11 de abril de 1995, de 1 de julio de 1989, etc). Desde esta perspectiva ni el artículo 61 del Código **Civil** ni ninguna otra norma de dicho Código o de la legislación del **Registro civil** autorizan a erigir a la **inscripción** en elemento de valor constitutivo en el perfeccionamiento del acto del matrimonio; la **inscripción** del matrimonio no tiene otro valor que el de título de legitimación privilegiado que es propio de la generalidad de las **inscripciones** del **Registro civil**, por lo que estando ambas partes conformes en la **disolución del vínculo matrimonial, no habiendo sido controvertido en la instancia ni el acto de celebración del matrimonio ni el lugar (Gibraltar) ni la fecha (11 de febrero de 2015) deberá estimarse el recurso de apelación en este extremo y ello sin perjuicio de que las partes puedan dar los pasos oportunos para que el divorcio sea inscrito, en su caso, en el Registro Civil del país donde consta la inscripción del matrimonio, así como pueda la parte apelada dar los pasos para inscribir el matrimonio en el Registro Civil español (de acuerdo con lo que establece el artículo 59.2 LRC atendiendo a que la parte apelada tiene **nacionalidad** española) y, una vez cumplido, sí que el tribunal, a instancias de la parte, ordenará inscribir el divorcio de acuerdo con lo previsto en el artículo 61 LRC también mencionado. En tal sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección Segunda, Sentencia nº 46/2015, de 9 de marzo de 2015.***

CUARTO.- Expuesto lo anterior es preciso tratar ahora las medidas interesadas con la demanda y reproducidas en la alzada. Así, relata el apelante que las partes suscribieron capitulaciones prenupciales ante el Notario de Fuengirola Don Gregorio I. Martín Mayoral el día 15 de diciembre de 2014 por el que estipulaba que el matrimonio que las partes estaban próximos a contraer se regiría por el sistema de separación absoluta regulado en el artículo 1.435 y siguientes del Código Civil, estableciendo en el exponendo segundo los efectos de la separación para los cónyuges y en el exponiendo tercero pactos adicionales, en cuyo seno en el apartado II se establece que en caso de separación o divorcio, en relación con los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, sito en URBANIZACION000 de Calahonda, DIRECCION000 , CALLE000 número NUM000 , los comparecientes acuerdan conceder a Jose Pedro un derecho de crédito ascendente al 50% del valor del mercado de la citada vivienda habitual menos el saldo hipotecario vivo al momento de la separación o el divorcio. Igualmente interesa se haga entrega de los muebles ubicados en la planta baja de la citada vivienda así como del vehículo marca Mercedes-Benz modelo A180D matrícula SXX . Pues bien, así las cosas, debe la Sala hacer previamente una breve consideración general sobre el objeto



de las medidas definitivas. La ley, tanto en el artículo 91 del Código Civil, como en el artículo 774.4 de la LEC, dispone que el juez establezca unas concretas medidas en ausencia de acuerdo de las partes, estableciendo así una norma de derecho necesario que no permite al tribunal ir más allá de lo que la norma legal precisa en los citados preceptos, en función de lo previsto en los artículos 92 a 101 del Código Civil, según dispone el antes citado artículo 91; quiere ello decir que, no existiendo acuerdo entre las partes, el tribunal debe suplir la falta de consenso, no pudiendo imponer a las partes otras medidas que no sean las contempladas en los citados preceptos. En este sentido, y a los efectos del motivo de apelación que nos ocupa, no caben en la Sentencia matrimonial pronunciamientos en el sentido interesado por la parte actora apelante y ello por cuanto que ninguna de dichas pretensiones puede ampararse en las medidas que contempla el artículo 91 del Código Civil y por tanto constituyen cuestiones que se sitúan extramuros de la litis que nos ocupa al ser pronunciamientos extraños a la consecuencia jurídica inherente a la declaración de disolución del vínculo matrimonial, pudiendo ser ejercitadas, si se estima conveniente, en el procedimiento correspondiente.

QUINTO.- La misma suerte desestimatoria a de correr la pretensión de la parte impugnante contenida en los tres primeros puntos de la impugnación de la sentencia, impugnación por la que pretende: 1º) Declarar la nulidad de pleno derecho de la estipulación contenida en capitulaciones prenupciales de un derecho de crédito en favor del señor Jose Pedro sobre el 50% del valor del inmueble; 2º) Declarar la nulidad de pleno derecho de la estipulación contenida en capitulaciones prenupciales por la que los cónyuges renuncian en caso de separación o divorcio a cualquier tipo de pensión compensatoria; y 3º) Declarar que la señora Antonia tiene derecho a usar el vehículo Mercedes-Benz con matrícula SXX hasta la finalización del contrato relativo al mismo, pronunciamientos todos ellos ajenos a las medidas que contempla el artículo 91 del Código Civil y por tanto, insistimos, situados extramuros del objeto del presente procedimiento, quedando a salvo el derecho de la parte a ejercitar las acciones, que estime por convenientes, en su caso, en el procedimiento correspondiente.

SEXTO.- Resta por último abordar la pretensión ejercitada en la contestación a la demanda y reproducida en la impugnación de la sentencia relativa a la imposición al señor Jose Pedro de la obligación de abonar a la señora Antonia, en concepto de pensión compensatoria, la cantidad de 2.000 € mensuales. Mantiene la impugnante la posibilidad de establecer una pensión compensatoria a través de la contestación a la demanda, señalando que se ha pronunciado sobre tal posibilidad de forma afirmativa el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de septiembre de 2012, señalando que cuando la parte demandante solicita que no se fije la pensión compensatoria e introduce su discusión en el debate, es posible fijarla si la parte demandada la solicita en su contestación, aun cuando no formule reconvencción expresa, indicando a tal efecto que tal solicitud de pensión compensatoria fue realizada procesalmente de manera correcta y concurren todos los requisitos necesarios para estipularla en favor de la solicitante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 97 CC. Por la representación procesal de D. Jose Pedro se señala que la demandada debió formular reconvencción expresa para solicitarla al ampliarse la contestación a extremos no tratados específicamente en la demanda, no resultando posible tras la reforma de la LEC admitir la reconvencción implícita o tácita (artículos 406 y 770.2 LEC), no pudiendo subsanarse después de prescrito el plazo para hacerlo con la contestación, pretendiendo ahora para subsanar su error hacer una interpretación forzosa de las capitulaciones prenupciales.

Planteado el debate en los términos expuestos hemos de señalar que la cuestión ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 10 de septiembre de 2012, que resuelve sobre la procedencia o no de otorgar una pensión o prestación compensatoria por desequilibrio económico (artículo 97 CC), cuya petición por el cónyuge demandado está sujeta a reconvencción, dado que no puede acordarse de oficio, debiendo estimarse comprendido en la excepción relativa a que la medida hubiera sido solicitada en la demanda (caso en que no es necesaria la reconvencción), el supuesto en que la parte demandante solicite expresamente que se deniegue la pensión o prestación, y la parte demandada, sin formular reconvencción, solicita en la contestación a la demanda que se conceda dicha medida; y aplica la doctrina que establece que no es necesaria reconvencción expresa si la parte demandante solicita expresamente que se deniegue la pensión compensatoria, siendo suficiente que se pida su concesión por la demandada en la contestación a la demanda. En dicha Sentencia nuestro Alto Tribunal, a la vista de las resoluciones divergentes de las Audiencias Provinciales, estima justificada la intervención de la Sala en interés de la ley, y comparte la argumentación de las Sentencias favorables a que en dichos supuestos no es necesaria reconvencción argumentando que, por una parte, no existe motivo, a raíz de la promulgación de la LEC 2000, para entender modificada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en un supuesto que guarda una absoluta semejanza, aunque la ley aplicable era la LEC de 1881 (STC de 10 de diciembre de 1984), declaró que una inexistente incongruencia no puede impedir el examen de la procedencia o no de una pensión compensatoria a favor de parte demandada si fue la propia parte demandante quien introdujo en el debate del proceso la cuestión atinente a la pensión compensatoria –aunque lo fuera para negar en su escrito de demanda la procedencia de la misma a favor de la demandada, anticipándose a una eventual y previsible petición–, y si además la demandada, por su parte, no se limitó en su escrito de contestación a solicitar su absolución respecto de las pretensiones del demandante, sino que pidió



la fijación de una concreta pensión compensatoria a su favor. Y añade, de otra parte, la citada Sentencia de 10 de septiembre de 2012, que cuando la LEC de 2000 exige reconversión expresa lo hace con el fin de someter a un régimen formal la ampliación o integración del objeto del proceso, de forma suficiente para garantizar la seguridad jurídico-procesal. En el supuesto en que la parte demandante se opone al reconocimiento de la pensión compensatoria, introduciendo el debate sobre su procedencia, debe admitirse que con ello integra en el objeto del proceso la pretensión relativa a la pensión por desequilibrio económico. Así se infiere del hecho de que el otorgamiento de una medida de esta naturaleza, discutida en el seno de un procedimiento familiar, no puede ser entendida de manera rígida como una pretensión de carácter unilateral frente a la que la otra parte se presenta con el carácter de sujeto pasivo, sino como una medida que debe ser ponderada y discutida simultáneamente en su anverso y en su reverso teniendo en cuenta diversas circunstancias atinentes a ambas partes en relación con la institución matrimonial, y ponderando intereses que están por encima de los individuales de uno y otro cónyuge. Esta es la razón por la que cuando la parte demandante solicita que no se fije esa medida, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla; interpretando la Sala Primera que cuando el artículo 710.2.ª d) LEC dispone, como uno de los supuestos en que se excusa la reconversión en los procesos familiares, aquel en que el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, no apreciables de oficio, "que no hubieran sido solicitadas en la demanda", la naturaleza de esta medida impone que se considere equivalente al supuesto de solicitud en la demanda, el caso en que se haya solicitado su denegación, pues tiene el mismo efecto contemplado en la LEC de ampliar a su discusión el objeto del proceso. Esta doctrina jurisprudencial ha sido después reiterada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 3 de junio y 15 de noviembre de 2013.

En el caso de autos el demandante en la demanda no se pronuncia en absoluto sobre la procedencia o la improcedencia de la **pensión compensatoria**. No existe en la demanda si quiera la más mínima referencia a la medida compensatoria que ahora se discute, ni para afirmarla ni para negarla, por lo que la parte actora no la introdujo en el debate procesal de ninguna forma, invocando la escritura de capitulaciones prenupciales única y exclusivamente en lo referente al Exponen Tercero apartado II relativo al pretendido derecho de crédito establecido a su favor que ha intentado hacer valer en la presente litis, pero insistimos, sin referencia ni expresa ni tácita a medida compensatoria alguna, por lo que no puede admitirse que quedara integrada en el objeto del proceso, lo que hacía necesario que por la demandada se plantease reconversión expresa, lo que no se hizo pues se advierte que si bien se incluyó en la contestación a la demanda pretensión relativa a tal medida, con dicho escrito vino, según se advierte "...a comparecer en legal forma en las presentes actuaciones para CONTESTAR a la mencionada demanda...", suplicando al Juzgado tenga por "CONTESTADA LA DEMANDA,..." solicitando se dicte Sentencia en la que se acuerde la disolución del matrimonio por divorcio entre los conyugues y la adopción de determinadas medidas, entre las que se peticiona, se fije pensión compensatoria en importe de 2.000€. Mediante diligencia de ordenación de fecha 9 de julio de 2020 se tiene por contestada la demanda, citándose a las partes a la celebración de la vista, diligencia que no fue recurrida por ninguna de las partes. Cierto es que el demandante no formuló recurso alguno, a fin de interesar que se le diera el plazo de 10 días para contestar, pero es igualmente cierto que la parte demandada no formuló demanda reconventional por lo que difícilmente puede achacársele que no se oponga a una demanda no formulada a lo que debe unirse que, al inicio de la vista, visionada la grabación por esta Sala, tras la identificarse los letrados y procuradores, la parte actora con carácter previo, pone de manifiesto, dejando claro su postura, que no debe discutirse la pensión compensatoria al no haber sido objeto de demanda reconventional ni introducida de ningún modo en la demanda, ni afirmada ni negada en dicho escrito rector, por lo que ha de darse la razón al juzgador en este extremo, con desestimación de la impugnación de la Sentencia en tal sentido.

SÉPTIMO.- Respecto de las costas de la primera instancia, al estimar en parte la demanda, rige el art. 394.2 LEC, por lo que no se efectúa especial imposición de las costas. Estimando en parte el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 398.2 de la LEC, las costas procesales devengadas en esta alzada consecuencia del recurso de apelación, no son objeto de especial imposición a ninguno de los litigantes. Desestimada la impugnación de la Sentencia deducida por la representación procesal de D^a. Antonia, de conformidad con los artículos 398.1 y 394.1, ambos de la L.E.C, procede imponer las costas procesales devengadas en esta alzada a la parte impugnante.

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

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de don Jose Pedro y desestimar la impugnación de la Sentencia deducida por la representación procesal de D^a. Antonia frente



a la Sentencia dictada por el Ilustrísimo Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Fuengirola, en los autos de Divorcio Contencioso nº 10/20 a que este Rollo de Apelación Civil se refiere y, en su virtud, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de estimar en parte la demanda deducida por don Jose Pedro frente a D^a. Antonia y conforme a ello, declaramos legalmente disuelto, por divorcio, el matrimonio contraído en su día entre don Jose Pedro y D^a. Antonia, desestimando el resto de las pretensiones deducidas, sin perjuicio del derecho que asiste a las partes, si lo estiman conveniente, a ejercitar las acciones que, en su caso, pudieran corresponderles en el procedimiento legalmente oportuno; sin imposición de las costas causadas en primera instancia, y no haciéndose especial imposición a ninguno de los litigantes de las costas procesales derivadas del recurso de apelación devengadas en esta alzada, e imponiendo a la impugnante las costas causadas en esta alzada consecuencia de la impugnación de la sentencia.

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.

Devuélvanse los autos originales con certificación de esta Sentencia al Juzgado del que dimanen para su ejecución y cumplimiento.

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

E./

DILIGENCIA.- Seguidamente se documenta la anterior Sentencia la cual es pública. Doy fe.