

Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, Sentencia de 22 Dic. 2003, rec. 49/2003

Ponente: Torrecillas Cabrera, Antonio.  
Nº de Sentencia: 1182/2003  
Nº de Recurso: 49/2003  
Jurisdicción: CIVIL

DIVORCIO. Por cese de la convivencia conyugal. La convivencia conyugal se quebró desde los malos tratos inferidos por el esposo, habiéndose sobrepasado el período de cinco años que exige la Ley como causa de divorcio a petición de cualquiera de los cónyuges. El cese efectivo de la convivencia conyugal como causa de divorcio es compatible con que ambos cónyuges convivan en el hogar familiar en interés de los hijos. NULIDAD DE ACTUACIONES. La no comparecencia del Fiscal a la vista ha quedado subsanado con la emisión de un informe sobre todo el procedimiento sanando así cualquier posible nulidad de actuaciones.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Ciudad de Málaga a veintidós de diciembre de dos mil tres

SENTENCIA N° 1182.

AUDIENCIA PROVINCIAL MALAGA

Sección 5ª

PRESIDENTE ILMO. SR.

D.HIPOLITO HERNANDEZ BAREA

MAGISTRADOS, ILTMO. SRES.

D.ANTONIO TORRECILLAS CABRERA

D. MARIANO FERNANDEZ BALLESTA

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZG. N° 5 DE FUENGIROLA

ROLLO DE APELACIÓN N° 49/2003

JUICIO N° 229/2001

Visto, por la Sección 5ª de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de Divorcio Contencioso (N) seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso Juan María que en la instancia fuera parte demandada. Es parte recurrida Lina que está representada por la Procuradora Dª CECILIA MOLINA PEREZ, que en la instancia ha litigado como parte demandante .

ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 7 de Febrero de 2.002, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando en lo principal la demanda promovida por Doña Lina , representada por el Procurador de los Tribunales Don José Luis Mediavilla Fernández, frente a Don Juan María , representado por el Procurador Don Felix García Agüera, con la intervención del Ilmo. Sr. Fiscal en representación del Ministerio Fiscal ante la existencia de prole menor de edad, debo declarar y declaro disuelto por el divorcio el matrimonio contraído por los referidos litigantes con fecha treinta de Abril del año mil novecientos noventa y dos que figura inscrito en el Registro Civil de Suecia al haber sido contraído en el Consulado Sueco de Lisboa, Portugal, con todos los efectos inherentes por imperio de Ley que se producirán a partir de la firmeza de esta resolución y sin que pueda perjudicar a terceros de buena fe sino a contar desde su inscripción en el Registro Civil mencionado, determinándose como medidas la obligación de abonar las pensiones alimenticias de CIENTO TREINTA MIL PESETAS mensuales y equivalentes a SETECIENTOS OCHENTA Y UN EUROS CON TREINTA Y UN CÉNTIMOS como a cargo de divorciado esposo demandado a favor de su hija menor de edad llamada Araceli y además se hace atribución de su guarda y custodia a favor de su madre la demandante y siendo la patria potestad compartida por el divorciado progenitor demandante y el cual podrá tenerla consigo los fines de semana y periodos vacacionales que se expresaron al fundamento jurídico tercero de la presente resolución y que se reproducen íntegramente, con además atribución provisional del uso y disfrute de la vivienda que fue familiar y donde hasta ahora residían los divorciados esposos con la prole a favor de la actora e hija menor de edad y mientras no se justifique en el procedimiento adecuado que sea titularidad exclusiva del divorciado esposo o que tratándose de bien ganancial o conjunto de aquello se proceda a su división adjudicándose uno de ellos con pago de la mitad del valor al contrario o se venda en subasta pública como bien común proindiviso y que mientras tanto deberá abandonar el divorciado esposo llevándose si le conviniere su ropa y objetos personales previo inventario detallado y cuyas pensiones alimenticias antes referidas se incrementarán anualmente cada mes de enero conforme al aumento del índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo estatal que en un futuro pudiese sustituirlo y además deberá pagar a la divorciada esposa la mitad de los gastos asistenciales de la menor que estén excluidos de la cobertura de la seguridad social o del seguro privado que pudiesen tener suscrito y sean precisos para la buena salud de la menor, sin que sea menester determinar más medidas y sin perjuicio de las modificaciones que puedan ser acordadas en un futuro por variación sustancial de las circunstancias ahora tenidas en cuenta y muy especialmente en orden al desconocimiento de si la vivienda que fue familiar es o no de la exclusiva propiedad de alguna de las partes en contienda, sin que se haga una expresa condenación al pago de las costas".

**Segundo:** Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día dieciocho de Diciembre de 2.003 quedando visto para sentencia.

**Tercero:** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO TORRECILLAS CABRERA quien expresa el parecer del Tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Por el procurador de los Tribunales Sr. García Agüera, en la representación que ostenta de D. Juan María , se interpone recurso de apelación contra la sentencia de 6 de febrero de 2.002 del juzgado de primera instancia nº 5 de Fuengirola por la que se acuerda la disolución del matrimonio contraído con Dª Lina por el divorcio y se acuerda la atribución de la vivienda conyugal a la esposa y además, que la hija común, Araceli , permanecerá bajo la guarda y custodia de aquélla con derecho a tenerla consigo los fines de semana alternos y periodos de vacaciones que se especifican, el esposo abonará a su cónyuge en concepto de alimentos a favor de la hija anticipadamente dentro de los cinco primeros días de cada mes la suma mensual de 781,31 €, suma que será anualmente actualizada conforme al I.P.C. publicado por el I.N.E. u organismo que le sustituya. Argumenta la sentencia de instancia que concurre la causa invocada de divorcio habida cuenta de la ruptura conyugal desde que en el verano de 1.995 la

actora fue agredida por su esposo, no habiéndose reanudado la convivencia, pese a que ambos continuaban viviendo en el mismo domicilio.

Considera el recurrente, en primer lugar, que la sentencia debe declararse nula por imperativo del art. 238-3 de la L.O.P.J. al no haber comparecido el Fiscal al acto de la vista y existir una menor que debe de ser protegida por el mismo, sin que sea posible que el mismo informara el mismo día de la vista, cuando no compareció a la misma, obviándose así un requisito imprescindible para éste tipo de procedimientos en los que hay implicados menores de edad, y emitiendo un informe en el que no pudo tener a la vista el resultado de las pruebas practicadas. En segundo lugar considera el recurrente que no concurre la causa de divorcio admitida y recogida en el art. 86-3-a) del C°.c. ya que no están deparados de hecho desde el 17-IV-1.996 tal y como argumenta la sentencia recurrida, sin que sea cierto que el recurrente haya manifestado su voluntad a la separación de hecho; y dado que el divorcio instantáneo no está admitido en nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que no procede declarar el divorcio sin haberse producido antes la separación judicial, sin que la demandante hubiera llevado a efecto una efectiva separación que halla durado más de cinco años, habiendo realizado, por el contrario, una vida en común durante todo éste tiempo.

Por su parte, la apelada Dª. Lina se opone a la demanda y solicita la confirmación de la sentencia considerando que no concurre la causa de nulidad de actuaciones invocada ya que pese a que no acudió a la vista consta el informe del Ministerio Fiscal en el que solicita la declaración del divorcio en base a las pruebas practicadas y siendo perfectamente posible la emisión del referido informe una vez celebrada la vista y teniendo en cuenta las pruebas practicadas en la misma. En cuanto al fondo solicita la confirmación de la sentencia, ya que consta en autos que pese a la independencia económica de la recurrida, sin embargo decidió continuar viviendo en el hogar familiar para que la hija tuviera una comunicación más fluida con su progenitor y que pese a ello cada uno de los progenitores ha llevado una vida totalmente independiente.

**Segundo:** Procede analizar en primer lugar la solicitud de nulidad de actuaciones, la cual se basa en meras suposiciones o conjeturas, no en pruebas definitivas, siendo lo cierto que el Ministerio Fiscal no acudió a la vista oral a la que fue citado, pero que obra en las actuaciones un informe del mismo, a mano, al folio 773 en el que emite un informe en el que no se opone al divorcio y respecto de la menor solicita una serie de medidas que luego fueron las recogidas en la sentencia, por lo que no hay que dudar de la veracidad del referido informe; pero es que a mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que La Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus arts. 238 al 243, establece normas específicas respecto a los aspectos de la nulidad de actuaciones, sentando como base fundamental, el hecho de que no basta para provocar la nulidad una simple omisión o quebrantamiento de un precepto procesal, sino que el elemento determinante de la nulidad reside en la importancia del requisito omitido o en la gravedad de las consecuencias derivadas de la infracción. Distingue la Ley los supuestos de nulidad de pleno derecho y los de mera anulabilidad. Como nulidad absoluta incluye los defectos graves de jurisdicción o competencia, la coacción de los Magistrados y la indefensión. Como nulidad relativa contempla los defectos de forma. Como causa de nulidad de los actos judiciales, señala que hayan sido dictados prescindiendo de las normas de procedimiento, y sumando a esta causa tradicional, otra nueva, cual es la de infringir los principios de audiencia, asistencia y defensa. Es indudable que estos principios se remontan directamente hacia el art. 24 de la Constitución. El art. 238.3 de dicha Ley Orgánica convierte a la indefensión, en la piedra angular de las nulidades procesales derechos se vean imposibilitados de ejercitar las acciones legales suficientes para su defensa (Sentencias del Tribunal Constitucional de 3/noviembre/87, 1/febrero/85 y 2 /abril/88), provocando situaciones de tal gravedad que han de ser apreciados judicialmente en cualquier momento y tan pronto se tengan noticias de la misma (Tribunal Constitucional 9/diciembre/87 y 23/abril/86).

Por otro lado, el concepto de nulidad que se acomoda perfectamente al sistema general que diseña la L.O.P.J., no permite atender hoy a otras formulaciones que aquellas que fijan el origen de la nulidad exclusivamente en cuanto a los requisitos de forma, confiriendo a este tipo de requisitos un protagonismo exclusivo y excluyente en orden a la apreciación de las nulidades. Es decir que nunca podría apreciarse la nulidad en cuanto a los argumentos de fondo o sustantivos del proceso; de tal forma, que un acto procesal estará afectado de nulidad, cuando en su realización no se hayan observado todos o alguno de los requisitos que

las leyes procesales disponen como esenciales. No basta para provocar la nulidad una simple omisión o quebrantamiento de un precepto procesal, sino que el elemento determinante de la nulidad reside en la importancia del requisito omitido o en la gravedad de las consecuencias derivadas de la infracción, a su vez, también es preciso que el posible defecto no se haya subsanado, en el caso de autos, como en ésta alzada el M.F. ha emitido un informe sobre todo el procedimiento, es evidente que cualquier posible nulidad de actuaciones estaría subsanada desde la producción de aquél informe, por lo que no procede acceder a las pretensiones de nulidad de la sentencia recurrida.

Tercero: En cuanto al fondo, el recurrente entiende que no concurre la causa apreciada de divorcio ya que en ningún momento se ha quebrantado la convivencia conyugal pese a lo argumentado por la sentencia de instancia, por lo que no concurre la causa apreciada para decretar la disolución del vínculo matrimonial; hay que tener en cuenta que el art. 86 del C<sup>o</sup>.c. determina que "Son causas de divorcio: 1<sup>a</sup>) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. 2<sup>a</sup>) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el art. 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia. 3<sup>a</sup>) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos. b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación. 4<sup>a</sup>) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges. 5<sup>a</sup>) La condena en sentencia firme por attentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos, conforme a los arts. 90 y 103 de este Código".

En concreto se alega la causa del número 3 a), porque debido a unas agresiones causadas por el esposo a la actora en el verano de 1.995 se rompió el vínculo conyugal, llegándose a dictar sentencia condenatoria el 17 de abril de 1.996, no habiéndose vuelto a restablecer la convivencia familiar. La sentencia de instancia reconoce como causa de divorcio la alegada por la esposa del cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho; pero también recoge que desde que se produjeron aquéllas lesiones, que concluyeron con la condena en juicio de faltas al esposo, se produjo la quiebra de la convivencia familiar, pese a que seguían residiendo en el mismo domicilio familiar, conclusiones a las que llega también la Sala tras el nuevo análisis de la prueba practicada; encontrando la Sala, además del motivo alegado y reconocido para decretar la disolución del matrimonio, tanto la causa 4<sup>a</sup> del art. 86, puesto que con la prueba testifical practicada se demuestra, por un lado, que la convivencia conyugal se quebró tras los malos tratos inferidos producidos por el recurrente a su esposa demandante en el verano de 1.995, habiéndose sobrepasado, por ello, el periodo de cinco años a que se refiere dicha causa; así mismo se acredita la concurrencia de la causa b) del art. 86-3 del C<sup>o</sup>.c., es decir, el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación, dado que el art. 82-1 recoge como causa de separación la conducta injuriosa o vejatoria o cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales, y los malos tratos inferidos y declarados en la sentencia de 17 de abril de 1.996 del juzgado de instrucción n<sup>o</sup> 1 de Fuengirola son causa demostrativos de aquél trato vejatorio e injurioso, por lo que es evidente que procede acceder al divorcio.

Por otra parte, queda acreditado porque de hecho ello es admitido por la esposa, que pese a dichas circunstancias ambos cónyuges continuaron conviviendo en el hogar familiar; sin embargo ello se debió, conforme se argumenta y acredita en las

actuaciones, a la necesidad de que la hija tuviera una comunicación más fluida con su progenitor, pero que pese a ello, cada uno de los progenitores ha llevado una vida totalmente independiente; en consecuencia, nos hayamos en el supuesto del art. 87 del C°.c., a cuyo tenor, "El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los arts. 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente. La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga". En consecuencia, procede desestimar el recurso y mantener la sentencia de instancia en su integridad.

Cuarto: Respecto de las costas causadas en ésta alzada procede imponérselas al recurrente, a tenor de lo dispuesto en el art. 398-1º en relación con el art. 394, ambos de la LEC

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por el procurador de los Tribunales Sr. García Agüera, en la representación que ostenta de D. Juan María , contra la sentencia de 6 de febrero de 2.002 del juzgado de primera instancia nº 5 de Fuengirola por la que se acuerda la disolución del matrimonio contraído con Dª Lina por el divorcio y se acuerda la atribución de la vivienda conyugal a la esposa y además, que la hija común, Araceli , permanezca bajo la guarda y custodia de aquélla; con derecho del esposo a tenerla consigo los fines de semana alternos y periodos de vacaciones que se especifican, el esposo abonará además a su cónyuge en concepto de alimentos a favor de la hija anticipadamente dentro de los cinco primeros días de cada mes la suma mensual de 781,31 €, suma que será anualmente actualizada conforme al I.P.C. publicado por el I.N.E. u organismo que le sustituya, y consiguientemente procede mantener la sentencia de instancia en su integridad.

Respecto de las costas causadas en ésta alzada procede imponérselas al recurrente.

Notifíquese la resolución en legal forma haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales, con testimonio de ella, al juzgado de su procedencia a sus efectos.

Así por ésta nuestra sentencia definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### Publicación:

Leída y publicada fue la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrándose audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.