



Roj: **SAP B 4677/2011 - ECLI:ES:APB:2011:4677**

Id Cendoj: **08019370182011100258**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **13/04/2011**

Nº de Recurso: **328/2010**

Nº de Resolución: **278/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCION DECIMO OCTAVA

ROLLO Nº 328/2010

DIVORCIO CONTENCIOSO (ART.770 - 773 LEC) Nº 244/2009

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 5 ARENYS DE MAR

S E N T E N C I A núm. 278/2011

Ilmas. Sras.

D^a ANNA MARIA GARCIA ESQUIUS

D^a MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLO

D^a M^a JOSE PEREZ TORMO

D^a MARIA DOLORS VIÑAS MAESTRE

En la ciudad de Barcelona, a trece de abril de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimooctava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso (art.770 - 773 Lec) número 244/2009 seguidos por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 5 ARENYS DE MAR, a instancia de D. Narciso contra D^a. Isabel , los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por D^a. Isabel representado en esta alzada por la Procuradora D^a MARIA DEL CARME CARARACH GOMAR contra la Sentencia dictada en los mismos el día 4 de diciembre de 2009 , por el Sr. Juez del expresado Juzgado,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda de divorcio formulada por D. Narciso , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Andreu Carbonell Boquet, contra D^{ña}. Isabel , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Esther Portulas Comalat, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio celebrado entre ambos, quedando revocados todos los consentimientos y poderes mutuamente otorgados, dejando sin efecto el convenio regulador homologado judicialmente en sede de separación, y acordándose las siguientes **MEDIDAS:**

A.- El uso del domicilio familiar, sito en C/ DIRECCION000 , NUM000 , de la URBANIZACIÓN000 , de la localidad de Sant Genis de Palafolls, se atribuye a Isabel ; y ello mientras no se inste la división de la cosa común o se proceda a la venta del mencionado inmueble. Las cargas y tributos que soporta dicha vivienda serán soportadas a partes iguales por los propietarios de la misma, ello es actor y demandada. Los gastos,



consumos y servicios, derivados del uso de dicho domicilio serán soportados por quien goza del uso del mismo, ello es la Sra. Isabel .

B.- Se establece una pensión compensatoria a cargo del actor Sr. Narciso , y a favor de la demandada Sra. Isabel , que tendrá una duración de DOS AÑOS desde la firmeza de esta resolución. El importe de dicha pensión será de 250 euros mensuales, que se ingresaran en la cuenta que designe la demandada a tal efecto, entre el día 1 y el día 5 de cada mes.

No se efectúa pronunciamiento especial sobre imposición de costas, desestimándose cualesquiera otros pedimentos de las partes

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden formular recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que en su caso deberá presentarse en este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación. Para interponer dicho recurso será preceptiva la constitución de un depósito, de conformidad a lo dispuesto a tal efecto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J .

Firme que sea esta sentencia líbrese testimonio de la misma que se remitirá al Registro Civil donde conste inscrita la celebración del matrimonio, a los fines procedentes.

Líbrese y únase testimonio de la presente a las actuaciones, debiendo insertarse su original en el Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada mediante escrito motivado, dándose traslado a la contraria , que se opuso, elevándose tras los trámites legales los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 30 de marzo de 2011, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. ANNA MARIA GARCIA ESQUIUS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que estima parcialmente la demanda formulada por el Sr Narciso y reduce el importe de la pensión compensatoria reconocida a la Sra. Isabel a la cantidad de 250 euros por un período máximo de dos años, se alza la demandada Sra. Isabel argumentando la existencia de pacto anterior que temporalizaba ya la compensatoria y el importe de la misma .

Comencemos indicando que ha de determinarse en primer lugar si se ha producido o no variación de las circunstancias respecto a las existentes en el previo proceso de separación , porque los criterios que la jurisprudencia viene exigiendo para que proceda la modificación de las medidas definitivas acordadas en un previo proceso no sólo son aplicables a aquellos procesos articulados en base a lo dispuesto en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento civil , sino también cuando se trate de revisar lo pactado en previo proceso de mutuo acuerdo y tales criterios no son otros que los siguientes : a) que se haya producido una variación, o lo que es lo mismo, un cambio respecto a una situación existente; b) que se trate de una variación sustancial sustancial , es decir, trascendente, de las circunstancias puesto que el termino sustancial, gramaticalmente, define lo que es esencial y más importante de una cosa y c) que se trate de hechos posteriores a los ya enjuiciados, pues aunque no les alcanza el valor de cosa juzgada, tienen el limite derivado de que las causas en que se fundamente la petición modificativa, no hayan sido objeto de estudio y análisis en otro pleito anterior (entre otras, sentencias de 28 de enero , 4 y 25 de febrero y 18 de junio de 1988 , 14 de marzo de 1992 , 24 de abril de 1993 o la de esta misma Sección de 6 de julio de 1998).

Por otra parte, se ha dicho también de forma reiterada que como negocio jurídico bilateral que es y por la complejidad de los efectos que a través del mismo han de arbitrarse en torno al futuro de las relaciones entre los cónyuges entre si y respecto a los hijos comunes si los hay, el convenio se estima que no responde sólo a un momento puntual sino que tiene una clara vocación de futuro hasta el punto que es la propia ley, en especial los artículos 76 , 77 y 78 del Código de Familia de Catalunya , la que atribuye a los miembros de la pareja un amplio margen a la autonomía de la voluntad para regular los efectos de la situación de crisis, ya que en principio nadie está en mejores condiciones que ellos mismos para determinar las consecuencias de la ruptura y los efectos tanto personales como económicos. Son los propios interesados los que mejor conocen sus circunstancias personales y los medios con que cuentan y como expresa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 18 de septiembre de 2008 , tanto del *art. 76.3.a) CF* , en relación con el *art. 77 CF* , como



del art. 83.1 CF se desprende que en esta materia, de inequívoca naturaleza patrimonial, los cónyuges tienen una amplia autonomía negocial (art. 1.255 C.C. y art. 11 CF), pero ello no es obstáculo a que si se acredita el cambio de circunstancias la nueva realidad exija la nueva valoración de circunstancias para acomodarlas a la situación existente en el preciso instante en que se adopten las medidas reguladoras del divorcio posterior.

El derecho a la pensión se pactó de mutuo acuerdo en convenio que fué homologado por sentencia de fecha 26 de junio de 2007 . Se trataba de un matrimonio contraído el 26 de septiembre de 1981 del que nació en el año 1985 el único hijo de la pareja. En el momento de producirse la ruptura la esposa contaba ya 51 años de edad y durante la convivencia matrimonial se había dedicado al cuidado del hogar, el esposo y el hijo. De hecho, según consta por la certificación de TGSS, la Sra. Isabel acredita tener cotizados los siguientes períodos: 1-6-74 a 30-4-77 y 05/2008 a 10/2008. En el indicado convenio regulador de la separación se pacto respecto a la pensión compensatoria a la esposa " Cuarto.- Existiendo un desequilibrio económico con motivo de la separación se establece a favor de la esposa y a cargo del esposo una pensión compensatoria, previstas en el art. 97 del Código Civil y el art. 84 del Codi de Família, por importe de seiscientos euros (600.-) mensuales durante el plazo de siete años y medio, esto son noventa meses (90) , resultando un importe alzado de cincuenta y cuatro mil euros (54.000.-) . Es voluntad de ambos esposo que el Sr. Narciso pague a la Sra. Isabel el importe indicado de 54.000.- en una sola vez y un sólo acto en el momento que procedan al reparto de los beneficios resultantes de la venta de la casa. "

También se pactaba (Pacto Tercero, párrafo 7º.- Mientras no se proceda a la venta de la vivienda del domicilio conyugal, el esposo podrá marcharse de la misma, satisfaciendo el Sr. Narciso mientras se procede a la venta, los gastos derivados de suministros a terceros y alimentos de la esposa , así como la amortización de las cuotas hipotecarias".

La cuestión es que apenas un año y medio después de dictarse dicha sentencia de separación , se plantea el presente proceso de divorcio en el que el esposo solicita la modificación del mencionado pacto pide que se suprima la compensatoria y subsidiariamente que se sustituya mediante la cesión de la mitad indivisa de la finca , así como que se suprima la obligación por él contraída en el mismo convenio de abono de los gastos derivados de suministros a terceros y alimentos de la esposa, así como la amortización de la cuota hipotecaria, debiendo estar al título.

La resolución que se apela deja sin efecto los pactos anteriormente expuestos, minora la pensión a la suma de 250 euros y la limita temporalmente considerando acreditado el cambio sustancial de circunstancias por haber pasado el Sr. Narciso a la situación de desempleo tras una situación intermedia de pérdida de poder adquisitivo por rebaja de su salario imputable a la crisis de la construcción, sector en el que venía trabajando el actor.

Pero el tema central que aquí nos ocupa es el de determinar si efectivamente procede o reducir una pensión cuando ya se había cuantificado y temporalizado con anterioridad en virtud a lo pactado , es decir si cabe la posterior temporalización o reducción o si quedó ya fijado el posible desequilibrio y su compensación con el establecimiento del pago de una cantidad que podía hacerse efectiva a tanto alzado y no mediante la prestación periódica. Es más, del redactado de la cláusula se desprende no que nos hallamos ante una prestación periódica que inicialmente se fija en la cantidad de 600 euros mensuales, sino en el pago de una cantidad (54.000.-) equivalente al pago de una pensión fija por ese importe , no actualizable pues nada se pacta al respecto, durante noventa meses y que de esta se ha abonado ya la suma de 11.400 euros. La realidad es que con posterioridad al pacto ha resultado acreditada la imposibilidad del cumplimiento de la condición impuesta en tanto en cuanto en fecha 22 de julio de 2009 se dictó Auto en el Procedimiento de Ejecución Hipotecaria 546/2009 admitiendo a trámite la demanda de ejecución hipotecaria instada por la Caixa sobre la finca que constituye la vivienda familiar , despachándose ejecución contra los cónyuges Sres. Narciso .- Isabel por la cantidad de 145.621,66 euros de principal más otros 43.686,30 euros para intereses y costas.

La cuestión ha de ser resuelta en el sentido de estimar la imposibilidad de cumplimiento de la condición impuesta , pues el pago de la cantidad se aplaza al momento en que se proceda al reparto de los beneficios resultantes de la venta de la casa, lo que incluso podría plantear ciertos conflictos en la ejecución del pacto. Es más, la sentencia no se ajusta exactamente a lo peticionado con carácter principal , - la supresión de la pensión-, ni tampoco subsidiariamente, -la sustitución de la pensión por la cesión de la mitad indivisa-, sino que opta por la sustitución de la medida en función de las circunstancias concurrentes. Nos encontraríamos aquí ante un posible supuesto de aplicación de la doctrina de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, nacida para resolver los problemas derivados de la alteración del equilibrio de las prestaciones contractualmente establecido como consecuencia de alteración sobrevenida de las circunstancias contempladas al establecer la relación. La posibilidad de aplicar esta llamada "cláusula", que aparece como técnica para enmendar el desequilibrio de las prestaciones a lo largo del tiempo en que deban cumplirse, bajo la indicada forma o bajo fórmulas doctrinales más evolucionadas, como son la teoría de la presuposición, la excesiva onerosidad



sobrevenida o la "base del negocio" (Sentencias de 31 de marzo de 1960 , 31 de octubre de 1963 , 15 de marzo de 1972 , 9 de mayo de 1983 , 17 de mayo de 1986 , 21 de febrero de 1990 , etc.) se refiere fundamentalmente a las relaciones de tracto sucesivo, aunque alguna sentencia no la descarta en las de tracto único pero de ejecución diferida (Sentencias de 10 de febrero de 1997 , 23 de noviembre de 1962), pero siempre predicando la necesidad de gran cautela y de atención a casos excepcionales, en que se haya producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes en el momento de la celebración, por razón de circunstancias imprevisibles, y que se carezca de otro medio para salvar o impedir el perjuicio (Sentencias de 24 de junio de 1993 , 21 de marzo de 2003 , 27 de mayo de 2002 , 28 de diciembre de 2001 , etc.) y tiene fundamentalmente efectos modificativos, dirigidos a compensar el desequilibrio (Sentencias de 23 de abril de 1991 , 29 de mayo y 19 de junio de 1996 , 6 de noviembre de 1992 , 26 de marzo de 1963 , 23 de noviembre de 1962 , etc.).

En este caso pues, se trata de adoptar las medidas reguladoras del divorcio, procedimiento independiente respecto a aquél en que se adoptaron las medidas que ahora se discuten con una sustancial variación de las circunstancias existentes. razonablemente estas circunstancias han de ser valoradas nuevamente y es en función de la nueva situación económica del deudor, suyos ingresos son menores , del empeoramiento de ambos por el procedimiento hipotecario, y de la necesidad de ajustar el importe de la compensatoria a las posibilidades del obligado al pago que debe considerarse subsistente el derecho al percibo de la pensión compensatoria por parte de la esposa , si bien en cuantía inferior , tal y como decide la sentencia apelada.

Ello no obstante estar de acuerdo la Sala con la procedencia de la reducción de la pensión, discrepamos del limite temporal fijado considerando procedente ampliarlo hasta los 5 años a contar de la sentencia de instancia, teniendo en cuenta la duración del matrimonio y edad de los litigantes.

SEGUNDO.- Vista la estimación parcial del recurso y en atención a lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la materia objeto de recurso , no efectuar imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por DOÑA Isabel contra la Sentencia dictada en el Procedimiento de Divorcio Autos nº 244/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm 5 de Arenys de Mar, de fecha 4 de diciembre de 2009 , **SE REVOCA** la referida sentencia en el exclusivo particular de ampliar a CINCO AÑOS el límite temporal al derecho de la Sra. Isabel a percibir pensión compensatoria del Sr. Narciso , sin que haya lugar a efectuar pronunciamiento sobre costas de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y verificado que sea , devuelvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia con copia de ésta resolución.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que integran este Tribunal.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.