



Roj: **SAP M 16568/2014 - ECLI:ES:APM:2014:16568**

Id Cendoj: **28079370222014100934**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **28/11/2014**

Nº de Recurso: **37/2014**

Nº de Resolución: **1038/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0000302

Recurso de Apelación 37/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 85 de Madrid

Autos de Modificación de Medidas Supuesto Contencioso 1094/2012

Apelante/Demandante: DON Luis Carlos

Procuradora: Doña María Lourdes Amasio Díaz

Apelada/Demandada: DOÑA Sandra

Procuradora: Doña Silvia Albaladejo Díaz-Alabart

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández

### **SENTENCIA N°**

Magistrados:

Ilmo. Sr. Dº. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. Dº. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Dª. Rosario Hernández Hernández

En Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil catorce.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre MODIFICACIÓN DE MEDIDAS seguidos bajo el nº 1094/2012, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de Madrid, entre partes:

De una como apelante, Dº. Luis Carlos , representado por la Procuradora Dª. María Lourdes Amasio Díaz.

De otra, como apelada, Dª. Sandra , representada por la Procuradora Dª. Silvia Albaladejo Alabart.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

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

SEGUNDO.- Con fecha 02 de septiembre de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:



"FALLO: Se desestima la demanda formulada por la procuradora Da MARIA LOURDES AMASIO DIEZ en nombre y representación de DON Luis Carlos frente a Da Sandra representada por la procuradora SILVIA ALBADALEJO DIAZ-ALABART.

Notifíquese la presente resolución haciendo saber a las partes que contra la misma, cabe recurso de apelación en el plazo de VEINTE días a partir del siguiente al de su notificación, para lo que deberán depositar en la cuenta corriente de este Juzgado nº 3459/0000/02/1094/12, la cantidad de 50 euros, debiendo de acreditar al tiempo de su interposición, haber depositado dicha consignación.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de D<sup>o</sup>. Luis Carlos , exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las partes personadas, presentándose por la representación legal de la parte apelada D<sup>a</sup>. Silvia Albaladejo Díaz-Alabart, escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 27 de noviembre de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Luis Carlos , actor en proceso entablado para la modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio de 7 de octubre de 2.004 , interpone recurso de apelación frente a la recaída en la instancia a 2 de septiembre de 2.013, en la que se acoge de oficio la excepción de cosa juzgada, insistiendo ante la Sala en su pretensión de que se extinga la pensión compensatoria reconocida a la sazón a la ex esposa en 2.100 € al mes, por desequilibrio, al amparo del artículo 97 del Código Civil , o, subsidiariamente, se reduzca a 100 € mensuales con efectos desde la fecha de la interpelación judicial.

SEGUNDO.- A los fines de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la problemática así suscitada, parece conveniente recordar que la misma se desenvuelve en el marco, procesal y sustantivo, regulado por los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90 y 91, in fine , 100 y 101 del Código Civil .

Como se ha venido manteniendo en esta misma Audiencia Provincial, sentencia, entre otras muchas de 24 de mayo de 2005, los preceptos que acabamos de citar nos habilitan anómalos cauces de revisión, esto es al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos judiciales que hayan alcanzado definitiva firmeza, a especie de derogación, o atenuación, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, del principio de cosa juzgada en el que, conforme a lo prevenido en los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se asienta nuestro sistema procesal. El fundamento de la cosa juzgada radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, en cuanto en un anterior proceso haya quedado satisfecha la misma pretensión que se propone en el siguiente, pues la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí, vulnera la legítima expectativa de los justiciables de obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, e implica, en consecuencia, una quiebra del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva ( Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983 , 221/1984 y 242/1992 , entre otras muchas).

Y es lo cierto que los referidos artículos 90 y 91 se muestran plenamente respetuosos con dicho precepto, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual, y conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.- Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2º.- Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º.- Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.



4º.- Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

TERCERO.- Es verdad que en el escrito generador del proceso se basa la pretensión de extinción de meritada pensión compensatoria, o subsidiaria de aminoración, en los mismos extremos en que en ocasiones anteriores se fundó, inactividad de la mercantil IMPORTNEXT, S.L., y liquidación de la misma, liquidación efectiva de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, liquidación extrajudicial de la vivienda familiar y de un depósito existente en Miami y herencia que corresponda a la demandada a esta fecha sin liquidar.

Es igualmente cierto que la cosa juzgada acogida en la instancia, abarca no solo las solicitudes deducidas y resueltas en proceso anterior, sino también las que entonces se pudieron deducir, así, en sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1.992, se razona:

"La cosa juzgada recoge cuestiones deducibles y no deducidas en el anterior litigio, y esta última sentencia señala que se encuentran protegidos por la cosa juzgada tanto las cuestiones expresamente resueltas como aquellas otras que no habiendo sido objeto de resolución pueden estimarse implícitamente resueltas por hallarse comprendidas en el "thema decidendi". No debe olvidarse que la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible."

Como se indica en la sentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia de 19 de junio de 2.000, ello "es la lógica consecuencia de la naturaleza de la cosa juzgada como concreta determinación de las recíprocas situaciones de las partes contendientes, más que como mera operación cognoscitiva sobre los argumentos o razones aducidas en el proceso no sobre el valor persuasivo de las pruebas. La doctrina entiende que es conveniente que la cosa juzgada cubra también lo que de hecho no se ha juzgado, pero sí se hubiera podido juzgar. Esta regla no pretende tanto eludir el "non bis in ídem" o las sentencias contradictorias como evitar la multiplicidad de procesos cuando sería posible, racional y más justo, tanto para la sociedad como para los sujetos pasivos de los juicios, resolver un litigio en un solo proceso", todo ello a los fines de evitar una reiteración de pleitos sobre el mismo asunto y mengua del principio de seguridad jurídica en el que se funda la institución de la cosa juzgada. Entre otras, en las STS de 30 de junio de 1.996 y 6 de junio de 1.998, se señala que "está claro que no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, pues no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, no pudieron demostrarse, o el Juzgador no los entendió, y que el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado y requiere el rechazo de los Tribunales según el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ". Como matización a la anterior doctrina y planteando un problema quizás de efecto temporal de la cosa juzgada, se ha limitado y no es aplicable, según STS de 20 de abril de 1.998, "cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia"; al igual que en la de 3-junio-04; y en la de 25-marzo-2003 que: "Como reiteradamente ha reseñado este Tribunal, entre otras en la Sentencia de fecha 15 de marzo de 2001, "La cosa juzgada material es la autoridad de que está revestida una decisión judicial cuando no puede ser atacada o contradicha en otro proceso, o es la vinculación que produce en otro proceso lo ya resuelto, siendo en tales casos que el Juez segundo está vinculado por el primer procedimiento. En este caso se trataría de positiva o prejudicial en tanto la resolución jurídica objeto del primer pleito ya reseñado es condicionante del objeto ulterior al que la primera resolución de fondo le sirve necesariamente de base, puesto que entre el caso ya resuelto y en el presente que es invocado concurre perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, en tanto no se alegan hechos distintos del primer pleito, sino acciones nacidas de la misma relación jurídica a las que, pretendiendo la misma finalidad, se les da distinta denominación o indicación, por lo que hay relación de medio a fin entre ambos procesos y un surgimiento de eficacia vinculatoria, fundamento de la recepción de la cosa juzgada, que evita que la controversia se renueve en este pleito ulterior."

No obstante ello, son circunstancias relevantes en el supuesto de autos las siguientes:

1º.- Para instaurar la pensión compensatoria que nos ocupa, se partió de que la demandada ahora recurrida, permanecía desde tiempo prolongado apartada del mercado laboral, careciendo de ingresos de todo tipo, como se indica en el propio escrito de contestación a la demanda (folio 515, tomo II de autos, penúltimo párrafo: 4.1.-ANTECEDENTES).

2º.- Consta en las actuaciones que D<sup>a</sup>. Sandra es perceptora de pensión de jubilación desde el 17 de mayo de 2.011, en importe a dicha fecha de 641,49 € netos al mes, sin incluir la prorrata de pagas extraordinarias (documento obrante al folio 762 de autos, al que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducido).



3º.- Es incontrovertido que ha sido en este proceso donde Dº. Luis Carlos ha tenido conocimiento del acceso por parte de la ex esposa a pensión del sistema público de la Seguridad Social, hecho no nuevo, pero si por el desconocido, por cuanto en modo alguno Dª. Sandra ha alegado siquiera, no decimos ya intentado acreditar, haber puesto tal extremo en conocimiento del ex marido, quien basaba su demanda, entre otros extremos, en un incremento en la fortuna de la beneficiaria, sin mención de repetida pensión, que tampoco ha sido manejada en anteriores procesos modificatorios, con independencia de que los mismos hayan sido en el tiempo remotos o próximos al presente.

4º.- Queda igualmente fuera de toda duda que hoy por hoy, los únicos ingresos que afloran a la causa percibe el apelante, se contraen a su pensión pública por jubilación, que se concretaba en el escrito generador del proceso en 845,90 € mensuales netos, sin prorrata de pagas extraordinarias, y sin descontar la deducción practicada, por embargo para abono de atrasos de pensión compensatoria impagada (folio 19 de autos, epígrafe situación actual, 1 apartado b).

5º.- De las actuaciones se deduce, lo corrobora el escrito de oposición al recurso, que carece el recurrente de patrimonio susceptible de ser trabado, pues de hecho, el embargo afecta en exclusiva a repetida pensión de jubilación de Dº. Luis Carlos, y se contrae a tan solo 100 € mensuales, única cantidad que en periodo prolongado de tiempo percibe Dª. Sandra en el concepto que nos ocupa, sin duda, por no haberse conocido al deudor otros bienes susceptibles de embargo, habida cuenta el considerable importe de lo por el adeudado.

En estas circunstancias, no comparte la Sala el criterio de la Juez "a quo" ni lo por ella razonado en orden al alegado hecho "nuevo", que no es tal, sino solo en el presente conocido por el obligado, de percepción de pensión de jubilación por parte de Dª. Sandra, reiteramos, no manejado en ninguno de los procesos de divorcio y modificatorios seguidos entre partes, bien al contrario, nos mueven razones de economía procesal en evitación de un nuevo juicio modificatorio, que conllevaría elevación de la litigiosidad y el conflicto, amén de los consiguientes costes.

Y ello conduce a la estimación del recurso en pretensión principal, para acordar, como se verificara en la parte dispositiva de la presente resolución, la extinción de la pensión compensatoria reconocida en beneficio de la ex esposa, por desequilibrio, y a cargo de Dº. Luis Carlos, con efectos desde la fecha de la disidenta, toda vez que el reconocimiento de pensión de jubilación a Dª. Sandra, subsume el efectivo desequilibrio que a la sazón le genero la ruptura de su matrimonio, enjugando todas las diferencias, hasta hacerlas en el presente inexistentes, dado que aquel percibe pensión de jubilación en importe mensual de 845,90 €, y esta cuenta también al mes con 641,49 € por igual concepto.

Es indiferente la ligera diferencia de los actuales ingresos de uno y otro ex consorte, dado que la pensión compensatoria no es un mecanismo igualatorio de economías no parejas, conforme reiteradamente sostiene la jurisprudencia.

A mayor abundamiento, resulta que en periodo prolongado de tiempo, en méritos al reiterado impago de la pensión fijada, al menos desde el año 2.005, según refirió Dª. Sandra en el interrogatorio propio practicado en el curso de la vista celebrada en las actuaciones a 20 de junio de 2.013, se ha venido contrayendo la aportación de Dº. Luis Carlos, a tan solo 100 € mensuales, desde el momento en que fue trabada la pensión de este, sin que nos parezca ahora razonable mantener elevada pensión compensatoria con el único fin, ajeno por cierto al presente proceso, de que quede a Dª. Sandra pensión de viudedad para el supuesto de que falleciere el ex esposo, pues tal cuestión es por completo ajena a un proceso matrimonial como el que nos ocupa, en fase de modificación de medidas, ello además de tratarse de un futurible incierto, pues nos resultan por completo desconocidas las probabilidades de supervivencia de uno sobre otro ex consorte a corto-medio-largo plazo.

Por lo demás, al margen de hipótesis, conjeturas o suposiciones que se quieran hacer con mayor o menor fundamento, no nos constan recursos económicos en el actor susceptibles de realización y de embargo, más allá de su pensión de jubilación, también exigua, de donde no resulta modulado ni razonable mantener una obligación familiar irrealizable, sin más mira que la de permitir el cobro, en su día, de pensión de viudedad a Dª. Sandra, cuestión, reiteramos, ajena por completo a un proceso de familia, en cualquier fase, sin otra consecuencia práctica en este caso, que la de engrosar una deuda por impago de pensión compensatoria de imposible ejecución en su totalidad, con la consecuencia negativa de encontrarse inmerso el ex esposo en la esfera del derecho penal, como ya acontece, al que debe darse intervención mínima en todo marco.

En otro orden de consideraciones, con la decisión que adoptamos, no queda en modo alguno desamparada Dª. Sandra, quien cuenta mensualmente con pensión de jubilación en importe en el año 2.011 ascendente a 641,49 € netos, sin incluir la prorrata de pagas extraordinarias, importe si bien modesto, si digno, en cuanto próximo a un salario mínimo interprofesional vigente en el país, presentando la ex esposa todas sus necesidades básicas cubiertas, incluso la propia de vivienda en inmueble que bien puede resultar excesivo a una sola persona, sin que le consten cargas, y disponiendo de capacidad de ahorro, pues al menos es titular de 6 cuentas en



la entidad bancaria Santander, contando con 4 tarjetas y un fondo de inversión (documento obrante al folio 878 de autos), así como de los bienes que le fueron adjudicados al liquidar su sociedad legal de gananciales, además de los liquidados extrajudicialmente, más los que en definitiva pasen a ser de su titularidad exclusiva al liquidarse la herencia de sus padres, que a la luz de los autos resulta no despreciable.

Por todas las razones expuestas, ha de ser estimado el recurso en pretensión principal, para extinguir la pensión compensatoria reconocida al tiempo de la separación a D<sup>a</sup>. Sandra , por consecuencia de la quiebra de su matrimonio, como se verificara en la parte dispositiva de la presente resolución y con efectos desde la fecha de la disentida, al no interesarse otra cosa en el suplico del escrito de recurso en la pretensión principal, con respeto a los principios dispositivo y de rogación ( artículo 216 de la L.E.Civil), congruencia ( 218 de la dicha Ley formal), contradicción e igualdad de armas en el proceso que inspiran nuestro ordenamiento formal.

Permítasenos recordar para concluir, que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, el destino de este beneficio, no es otro que colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo o la posibilidad de obtener recursos para el sustento, en que se encontraba antes de contraerlo, así, se ha venido señalando que la pensión compensatoria no es de automática concesión a toda separación o divorcio, ni un derecho ilimitado, absoluto y vitalicio, ni un mecanismo igualatorio de economías dispares, bien al contrario, su finalidad es evitar, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionantes comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaba antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto; condicionantes o presupuestos que no pueden presumirse, por cuanto los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general del onus probandi, sin alteración ni privilegio alguno ( art. 217 de la L.E. Civil, anterior 1214 del C.C .).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y los divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de cada uno con la tenida en periodo de convivencia, por ello, la mayoría de la doctrina afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de los dos, sino hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para general recursos económicos.

CUARTO.- Al ser estimado el recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en la presente alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil .

QUINTO.- La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido para recurrir en apelación, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15a de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

### III.- F A L L A M O S

Que, ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D<sup>o</sup>. Luis Carlos frente a la sentencia de fecha 2 de septiembre de 2.013, recaída en autos sobre modificación de medidas número 1.094/2.012 , seguidos por aquel contra D<sup>a</sup>. Sandra , ante el Juzgado de Primera Instancia número 85 de los de Madrid, debemos REVOCAR y REVOCAMOS meritada resolución, ACORDANDO: Se extingue la pensión compensatoria reconocida a D<sup>a</sup>. Sandra y a cargo de D<sup>o</sup>. Luis Carlos , con efectos desde la fecha de la disentida, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Deberá hacerse devolución del depósito constituido para recurrir en apelación.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020





Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-0037- 14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ