



Roj: **SAP O 2538/2012 - ECLI:ES:APO:2012:2538**

Id Cendoj: **33044370052012100362**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **19/10/2012**

Nº de Recurso: **360/2012**

Nº de Resolución: **379/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS CASERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

### **OVIEDO**

#### **SENTENCIA: 00379/2012**

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0000360 /2012

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSE MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSE PUEYO MATEO

DON JOSE LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a diecinueve de Octubre de dos mil doce.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Modificación de Medidas Supuesto Contencioso nº 3/12, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Langreo, Rollo de Apelación nº **360/12**, entre partes, como apelante y demandante **DON Pablo Jesús**, representado por el Procurador Don Ignacio López González y bajo la dirección de la Letrado Doña María Rogelia Piloñeta Alonso, y como apelante y demandada **DOÑA Coral**, representada por el Procurador Don Juan Perotti Antolín y bajo la dirección del Letrado Don Ernesto Tuñón Noyón.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Langreo dictó sentencia en los autos referidos con fecha ocho de mayo de dos mil doce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación de Pablo Jesús contra Coral y, en su consecuencia, reduzco la pensión por desequilibrio económico establecida en el procedimiento seguido ante este Juzgado bajo el nº 308/2005 fijando la misma en un porcentaje de un 19,2% de los ingresos netos de Pablo Jesús, absolviendo a dicha demandada en relación con el resto de peticiones formuladas en su contra.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**TERCERO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpusieron sendos recursos de apelación por Don Pablo Jesús y Doña Coral, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** En la tramitación de los presentes Recursos se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE LUIS CASERO ALONSO.



## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Por sentencia de fecha 21-11-2.005 fue decretada la disolución del vínculo matrimonial que unía a Doña Coral y Don Pablo Jesús, la atribución del uso y disfrute del que fuera domicilio conyugal a la primera y al hijo menor común, una pensión de alimentos a cargo de Don Pablo Jesús y otra compensatoria a favor de Doña Coral.

El deber alimentario de Don Pablo Jesús respecto de su hijo fue dejado sin efecto por sentencia de 4-9-2.009 de modificación de medidas y por medio del presente proceso pretende el precitado la extinción del derecho de Doña Coral a pensión compensatoria y, sino, su reducción a 100 ? mensuales, aduciendo como circunstancias sobrevenidas su mayor fortuna derivada, de un lado, de la liquidación del haber ganancial y, de otro, de la herencia de sus finados padres, teniendo ingresos propios, como resulta de la adquisición por ella, el 25-11-2.010, de una vivienda por precio escriturado de 120.000 euros.

La demandada se opuso arguyendo, en suma y en sustancia, que no se produjo una variación en su situación económica y patrimonial, y en este sentido explicó que la adquisición de la nueva vivienda se justifica en la adjudicación al adverso de la que fuera conyugal en la liquidación de la sociedad de gananciales y que para su adquisición y acondicionamiento recibió de su hermano un préstamo de 80.000 ?, en parte resarcido mediante la cesión de determinados bienes adjudicados a ella con motivo de la partición de la herencia de sus padres.

El Tribunal de la instancia no reconoció efectos modificativos a la liquidación del haber ganancial y si y sólo, parcialmente, a la aceptación, adjudicación y partición de la herencia de los finados padres de la demandada, reduciendo la suma de la pensión al 19,2% de los ingresos del actor.

No se conforman ni una ni otra parte insistiendo en sus argumentos de la instancia, esto es, por parte de la demandada, que ni la liquidación de la sociedad ni la partición de la herencia han supuesto un cambio sustancial en su fortuna, a más de que ha mejorado la posición económica del actor que tiene mayores ingresos y ha sido liberado de la carga de la pensión alimentaria; por su parte, el actor reitera que la demandada ha mejorado de fortuna con las precitadas adquisiciones patrimoniales.

Se estima el recurso de la demandada y se desestima el del actor.

**SEGUNDO.-** De la documental obrante en autos resulta que, efectivamente, el inmueble que fuera domicilio conyugal fue adjudicado al actor en la liquidación de la sociedad ganancial y desocupado por la demandada, a quien le fue adjudicado otro bien inmueble de la sociedad (segunda vivienda) con su mobiliario, valorado todo en 32.140 ?, por lo que, al recibir de menos, fue compensada por Don Pablo Jesús con la suma de 56.269,71 ?.

Doña Coral vendió el bien adjudicado a ella por 40.000 ? y el 25-11-2.010 adquirió otro por precio escriturado de 120.000 ?, sobre el que acometió trabajos de acondicionamiento por valor de 28.428,01 ? (folio 116).

Doña Coral recibió de su hermano Don Pablo Jesús la suma de 80.000 ?, destinada al pago del precio de la anterior vivienda, su acondicionamiento y demás gastos derivados de la compra, y en el acto particional de la herencia de sus finados padres resultó adjudicatoria de una plaza de garaje, la participación en una finca urbana, de 1.747,89 ? correspondientes a una cuenta corriente, de 12.127,20 ? de un fondo de inversión de 13.029,22 ? y de un depósito de valores compuesto por 1.163 acciones de Iberdrola valorado en 6.674,45 ?, en total su haber alcanzó la suma de 70.148,88 ?.

En el mismo acto particional Doña Coral cedió a su hermano, en pago parcial del préstamo, los bienes inmuebles que le fueron adjudicados por valor de 49.549,33 ?.

**TERCERO.-** Esto así, los anteriores hechos merecen las siguientes consideraciones de derecho:

La primera es que, como reiteradamente declara la doctrina jurisprudencial, no se extingue el derecho a la pensión por el mero transcurso del tiempo, ni por las consecuencias económicas derivadas de la liquidación del haber ganancial (STS 27-6 y 27-10- 2.011), el primer factor porque no viene contemplado en el art. 101 del CC como causa de su extinción, el segundo porque la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial que ya correspondía a cada cónyuge constante matrimonio, de forma que su fortuna no varía con la liquidación ni afecta al desequilibrio que justificó el establecimiento de la pensión.

En consecuencia, decaen los argumentos del actor sobre la eficacia sustantiva y modificadora de la liquidación y de la suma entregada por exceso en su haber a la adversa.

En cuanto al hecho de la percepción de una herencia por el beneficiario de la pensión y su consideración como factor de modificación, la STS de 3-10-2.011 declara " *Sin embargo, esta Sala no ha tenido hasta la fecha ocasión de pronunciarse sobre la posible incidencia de la herencia recibida por el cónyuge receptor de la pensión, en orden a apreciar la concurrencia de la alteración sustancial a que se refiere el artículo 100 CC o, la desaparición del desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión, a que se refiere como*



*causa de extinción de la misma el artículo 101 CC . Sobre su relevancia a la hora de apreciar la concurrencia de una alteración sustancial de la fortuna del perceptor, cuestión a la que se contrae la segunda parte del actual recurso, la doctrina de las Audiencias se ha mostrado dividida entre quienes consideran que sí ha de considerarse como un cambio sustancial determinante de la modificación, y quienes, como la sentencia recurrida, mantienen el criterio contrario. Entre las primeras, SSAP de Barcelona, Sección 18ª, de 13 de abril de 2011 ( PROV 2011, 198685); Gerona, Sección 1ª, de 26 de octubre de 2010 (PROV 2010,382736); entre las segundas, SSAP Madrid, Sección 22ª, de 15 de octubre de 2010 ( PROV 2011,17648); La Coruña, Sección 3ª, 15 de septiembre de 2010 (PROV 2010,343183).*

*En teoría, es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por ende, que no procedía tomar en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria. Entendida pues como una circunstancia sobrevenida, de imposible o difícil valoración a priori, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, la percepción de la herencia tendría cabida en el concepto de alteración sustancial de aquellas iniciales circunstancias, que es el presupuesto contemplado en el artículo 100 CC para que pueda estimarse la pretensión de modificar la cuantía de la pensión reconocida. Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues sin esta rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica). De lo que se sigue que la decisión de la AP en uno y otro sentido, como resultado de valorar tales circunstancias fácticas que singularizan el supuesto enjuiciado, no puede ser revisable en casación, ni es útil al objeto de sentar jurisprudencia con base al aludido interés casacional. "*

Es decir, lo determinante no es tanto la masa patrimonial heredada sino la posibilidad de su rentabilización o su productividad (y esto también puede predicarse de los bienes de la liquidación), y en este sentido debe de acogerse el argumento de la demandada de que la herencia recibida no supuso una modificación sustancial en su fortuna, pues adjudicado el que fuera domicilio conyugal al adverso con motivo de la liquidación, adquirió una vivienda para cubrir su necesidad básica de habitación por precio de 120.000 €, a los que se han de añadir los gastos para su acondicionamiento, que se reputan plausibles y necesarios si se pondera que el inmueble adquirido data del año 1964 (folio 97), más otros derivados de la adquisición y habitabilidad del inmueble.

Dicha suma supera la de su participación en el haber ganancial, careciendo la demandada de otros ingresos.

La parte recibió de su hermano un préstamo destinado a la adquisición de la vivienda y demás gastos derivados de ella y para su amortización parcial cedió a su prestamista bienes de la herencia por valor de 49.549,33 €, restando, por tanto, aún por amortizar la suma de 30.450,67 €, quedando reducida, efectiva y materialmente, su participación en la herencia y consecuente incremento de su patrimonio en 20.599,54 €.

En suma, que como es que la demandada ha destinado la mayor parte del patrimonio adquirido por razón de la liquidación del haber ganancial y de la partición a la adquisición de una vivienda para cubrir su necesidad básica y vital de habitación, no se aprecia una rentabilidad o productividad en los bienes así adquiridos que suponga un sustancial cambio de fortuna en la parte.

Por lo demás, no se conoce que hayan variado las circunstancias tenidas en cuenta al momento de la concesión de la pensión (en modo alguno se ha acreditado que tenga otra fuente de ingresos propios distinta de la descrita) y huelgan, por su intrascendencia y carencia de eficacia modificativa, los mayores ingresos del obligado en que también se apoya la demandada para fundar su recurso, por tratarse de hechos posteriores a los que fueron considerados al momento de la concesión y cuantificación de la pensión.

Del mismo modo, tampoco es el caso examinar la conducta desarrollada por la demandada en orden a la obtención de un empleo que le permitiese alcanzar una situación de independencia económica, pues si bien, es cierto, dicha conducta resulta determinante a la hora de apreciar la persistencia del desequilibrio ( STS 23-1-2.012 ), fue aducida sólo tangencialmente por el actor en el hecho 5º de su demanda y más que nada y sobre todo para subrayar la posesión de ingresos propios bastantes, orillándola del objeto del proceso. A más de que, dada la edad de la adversa, que carece de toda cualificación, y la situación del mercado laboral, se aprecia la dificultad de su acceso al mismo.

En suma, que con estimación del recurso de la demandada se revoca la sentencia recurrida y en su lugar se dicta otra por la que se desestima la demanda, siquiera sin expresa declaración en cuanto a las costas de la instancia pues se comprende la complejidad que encierra la valoración de las circunstancias concurrentes y las subsiguientes dudas de hecho y de derecho que puedan generar.



**CUARTO.-** Por lo mismo no se hace expresa declaración en cuanto a las costas de la alzada derivadas del recurso interpuesto por el actor y tampoco procede respecto de las consecuentes al recurso de la demandada, dada su estimación.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

#### **FALLO**

Que con estimación del recurso de apelación formulado por la representación de Doña Coral y desestimación del instado por la representación de Don Pablo Jesús , contra la sentencia dictada en fecha ocho de mayo de dos mil doce por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Langreo , en los autos de los que el presente rollo dimana, se **REVOCA** en el sentido de desestimar la demanda formulada por el segundo.

No procede hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas de la instancia ni de esta alzada.

Habiéndose estimado el recurso de apelación interpuesto por Doña Coral , conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir;** y habiéndose desestimado el recurso de apelación formulada por Don Pablo Jesús , conforme al apartado 9 de la referida Disposición Adicional, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución no cabe recurso.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.