



Roj: **SAP M 6508/2008 - ECLI:ES:APM:2008:6508**

Id Cendoj: **28079370242008100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **12/03/2008**

Nº de Recurso: **10/2008**

Nº de Resolución: **321/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

SENTENCIA: 00321/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24ª

Rollo nº: 10/08

Autos nº: 348/06

Procedencia Juzgado 1ª Instancia nº 25 de Madrid

Apelante-demandante: D. Narciso

Procurador: D. FEDERICO PINILLA ROMEO

Apelante-demandado: Dª María del Pilar

Procurador: Dª SANDRA OSORIO ALONSO.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

**SENTENCIA Nº 321**

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco

Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

EN MADRID, A DOCE DE MARZO DE DOS MIL OCHO.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación

de Medidas número 348/06 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia número 25 de Madrid.

De una, como apelante-demandante, D. Narciso

representado por el Procurador D. FEDERICO PINILLA ROMEO.

Y de otra, como parte apelante-demandada Dª María del Pilar representada por la Procuradora Dª SANDRA OSORIO ALONSO.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª. 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.- Que en fecha diecisiete de abril de dos mil siete, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda promovida por el Procurador Don Federico Pinilla Romeo en nombre y representación de Don Narciso contra Doña María del Pilar y con desestimación de la reconvencción deducida de contrario, debo haber los siguientes pronunciamientos.

1- Absolver a Don Narciso de los pedimientos deducidos en su contra.

2- Declarar extinguido el derecho de Doña María del Pilar a percibir la pensión compensatoria que venía fijada en el Convenio Regulador de 23 de julio de 1997, el cual permanecerá invariable en el resto de sus pronunciamientos.

3- Condenar a la demandada Doña María del Pilar al pago de las costas procesales causadas."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D. Narciso mediante escrito de fecha uno de octubre de dos mil siete; así como por la representación de Dª María del Pilar mediante escrito de fecha dos de octubre de dos mil siete, en base a las alegaciones contenidas en los mismos, cuyos contenidos se dan por reproducidos en aras a la brevedad procesal.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Frente a la sentencia de fecha 17 de abril de 2.007 , en la que se acuerda la extinción de la pensión compensatoria por desequilibrio reconocida a la esposa, y recaída en proceso de modificación de medidas adoptadas en la de divorcio de los litigantes de 20 de enero de 1.998, se interpone recurso de apelación por ambas partes, interesando la representación procesal de la actora se retrotraigan los efectos de dicha extinción a diciembre de 2.001, en que se constituye sociedad participada por la contraparte, o, subsidiariamente, a la fecha de la presentación de la demanda. La representación procesal de la demandada solicita de la Sala se declare no haber lugar a la condena en costas de la instancia a Dª María del Pilar .

SEGUNDO.- En materia de efectos de la extinción de la pensión compensatoria al amparo del artículo 101 del Código Civil , es regla general que al precisar de una declaración judicial su establecimiento, ese mismo carácter constitutivo ha de tener su extinción, sin que quepa admitir, salvo supuestos excepcionales en que quede suficientemente justificada tal previsión, la eficacia retroactiva, siendo la fecha de meritada extinción la de la sentencia recaída en la instancia.

Así, nos hemos venido a pronunciar en esta Audiencia en supuestos semejantes al de autos, como es en sentencia de 11 de diciembre de 2.001 , donde señalamos:

"En la medida que se justifique la procedencia de la extinción con efectos retroactivos, como ocurre, y a modo de ejemplo se puede citar, en aquellos casos en los que se acredita la existencia de un matrimonio anterior a la fecha en la que deba dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, y que declara la extinción de tal beneficio, o cuando de modo indubitado se ha justificado la convivencia con otra persona, también en fecha anterior a la sentencia que deba dictarse, o cuando del mismo modo se acredita, también de un modo claro y palmario, a una fecha determinada, la importante mejora de fortuna, por cualquier razón, de quien hasta ese momento era perceptor de tal derecho.

A salvo de estos supuestos, y otros de carácter excepcional que deban alegarse de modo expreso, con el debido soporte probatorio, por contra, la extinción de la pensión compensatoria deberá serlo con efectos desde la sentencia que ha puesto fin al procedimiento en el que se ha debatido la procedencia o no del mantenimiento de tal beneficio, partiendo de la base de que la discusión al respecto lo es en sede de procedimiento de modificación de efectos, siendo de aplicación, la doctrina ya conocida, y reiterada por la jurisprudencia, que establece la necesidad de acreditar el cambio en las circunstancias tenidas en cuenta al momento de establecerse la medida que ahora pretende modificarse, siendo preciso pues ofrecer los datos y las circunstancias concurrentes al momento en el que se adoptó tal medida, en una anterior sentencia de separación, y aquellos otros que puedan concurrir a la fecha en la que se pretende la cesación de tal efecto."

Conforme a este criterio, el recurso de la parte actora ha de ser estimado en la pretensión subsidiariamente deducida, en evitación de un enriquecimiento sin causa o injusto, retrotrayendo los efectos extintivos de la



pensión en su día reconocida a favor de D<sup>a</sup>. María del Pilar a la fecha de presentación de la demanda, en cuanto a la misma se evidencia sin duda que esta convivía maritalmente con otra persona, pues así viene ampliamente acreditado en el proceso en los términos que se indica en la sentencia apelada, a la que en este punto nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducida en lo esencial.

Para el éxito de la pretensión principal, esto es, eficacia retroactiva de la extinción a diciembre de 2.001, hubiera sido necesaria la concreción de todos y cada uno de los elementos determinantes de esta previsión o presupuesto a tal momento, no lo es desde luego el mero hecho de haberse constituido una mercantil, puesto que de por sí esa circunstancia no implica una automática desaparición del desequilibrio derivado de la quiebra del matrimonio, como no resulta de la causación de alta en la seguridad Social al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, o de ostentarse la condición de coheredera o cotitular de cuentas bancarias.

TERCERO.- El recurso deducido por la demandada ha de ser también estimado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la L.E.Civil para la condena en costas en la primera instancia.

Este precepto mencionado determina la imposición de las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que se aprecie por el tribunal, y así se razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, para ello, teniéndose en cuenta la jurisprudencia recaída en casos análogos.

Se añade, para el supuesto de parcial estimación, que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

Ha de partirse en el supuesto de autos, del hecho incontrovertido de que la demanda no fue estimada en su integridad, por cuanto, deducida la pretensión de que se reconociera eficacia retroactiva a la extinción de la pensión compensatoria establecida en favor de la esposa, y a la que esta se opuso, fue denegada en la instancia, como expresamente se indicó en el auto de fecha 12 de julio de 2.007, no habiéndose razonado en tales circunstancias en la sentencia apelada merito alguno para la imposición de las costas a D<sup>a</sup> María del Pilar por haber litigado con temeridad.

En consecuencia, ha de revocarse el pronunciamiento condenatorio combatido con la anunciada estimación del recurso al haberse infringido por inaplicación el art. 394.2 de la L.E. Civil , dejando sin efecto la condena a la demandada recurrente al pago de las costas de la instancia.

CUARTO.- Al ser estimados ambos recursos, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil .

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

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

Que, ESTIMANDO AMBOS RECURSOS de apelación interpuestos por D. Narciso representado por el Procurador D. FEDERICO PINILLA ROMEO, y por D<sup>a</sup> María del Pilar representada por la Procuradora D<sup>a</sup> SANDRA OSORIO ALONSO; contra la sentencia de fecha diecisiete de abril de dos mil siete, del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid , en autos de Modificación de Medidas número 348/06; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la expresada resolución ACORDANDO:

Se retrotraen los efectos de la extinción de la pensión compensatoria reconocida a favor de D<sup>a</sup>. María del Pilar a la fecha de presentación de la demanda generadora de autos.

Se deja sin efecto la condena al pago de las costas de la instancia impuesta a la demandada en la sentencia de 17 de abril de 2.007 recaída en las actuaciones.

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. con expresión de sus derechos a las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid a