



Roj: **SAP M 1266/2002 - ECLI:ES:APM:2002:1266**

Id Cendoj: **28079370222002100473**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **29/01/2002**

Nº de Recurso: **298/2001**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO HIJAS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

11

LECTORES:

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección:22ª

SENTENCIA Nº

Fecha Sentencia 29/01/02

Procedimiento: INCIDENTE MODIFICACION MEDIDAS SEPARACION

Nº Rollo: 298/01

Autos Nº: 401/00

Procedencia: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 22 DE LOS DE MADRID

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Transcripción: DLM

Demandante/ Apelante: Santiago

Procurador: SRA. ORTIZ CORNAGO (CARMEN)

Demandada/Apelante: Filomena

Procurador: SRA. PEREDA GIL (SOFIA)

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección 22ª

Rollo Nº: 298/01

Autos: 401/00

Procedencia: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 22 DE LOS DE MADRID

Demandante/Apelante: Santiago

Procurador: SRA. ORTIZ CORNAGO (CARMEN)

Demandada/Apelante: Filomena

Procurador: SRA. PEREDA GIL (SOFIA)



Ponente : Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

SENTENCIA N°

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. D^a Carmen Neira Vázquez

En Madrid, a 29 de enero de 2.002

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de modificación de medidas complementarias de divorcio seguidos, bajo el nº 401/2000, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante, Don Santiago , representado por la Procurador Doña Carmen Ortiz Cornago.

De la otra, como también apelante, Doña Filomena , representada por la Procurador Doña Sofía Pereda Gil.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha 20 de diciembre de 2.000 por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales señora MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO, en nombre y representación de Don Santiago , contra Doña Filomena , en los autos número 401/2000, debo acordar y acuerdo la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de Separación de fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho, dictada en los autos seguidos ante este Juzgado bajo el número 15/98, y aprobatoria del convenio regulador suscrito por los litigantes el diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete, en el sentido de declarar extinguidas las pensiones alimenticias de las hijas mayores de edad Marina y Erica desde la fecha de esta sentencia y la pensión compensatoria de la señora Filomena desde la fecha de presentación de la demanda, absolviendo a la parte demandada del resto de las pretensiones deducidas de adverso, sin hacer expresa imposición de costas en esta instancia. Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por ambos litigantes, exponiendo, en sus respectivos escritos, las alegaciones en que basaban su impugnación.

Se realizó el preceptivo traslado de dichas impugnaciones, presentando cada parte sendos escritos de oposición al recurso articulado de contrario.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 28 de los corrientes.

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

II.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La dirección Letrada del actor, en su escrito de interposición del recurso, suplica la revocación parcial de la sentencia de instancia, y ello en lo que concierne a las pensiones alimenticias de las hijas del matrimonio Cecilia , Erica y Marina , que deben quedar extinguidas, según se propugna, desde la fecha de presentación de la demanda, si bien la correspondiente a Cecilia se debe declarar en suspenso hasta que Don Santiago encontró trabajo, habiéndose de fijar en fase de ejecución de sentencia la cantidad a abonar por tal concepto.



La demandada, en igual trámite procesal, interesa la revocación del pronunciamiento de la citada resolución que declaró extinguido el derecho al percibo de pensión por desequilibrio y, en su lugar, se mantenga la pensión en la cuantía que "estime de justicia", en catorce pagas al año.

SEGUNDO.- La pretensión deducida por el demandante ha de encontrar su respuesta judicial a través de la aplicación al caso del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil que, tras su reforma por Ley 11/1990 de 15 de octubre, contempla la posibilidad de que, en los procedimientos matrimoniales, se fijen alimentos en pro de los hijos mayores de edad habidos de la unión nupcial, pero ello supeditado, lógicamente, a un doble condicionante, afectando el primero a la falta de recursos propios de los citados descendientes, y relativo el segundo a su convivencia en el entorno encabezado por uno de sus procreadores.

En el caso examinado, y postulada en el escrito rector del procedimiento la extinción de la obligación alimenticia preestablecida respecto de las hijas Marina , y Erica , por ser mayores de edad, gozar de independencia económica y no convivir con la madre, el desarrollo ulterior de las actuaciones ha venido a refrendar plenamente tales apoyos fácticos, de irrefutable incardinación en las previsiones, a contrario sensu, del artículo 93, en relación con el 152-3º del citado texto legal.

Así, en su escrito de contestación, la representación de la Sra. Filomena reconoce que las referidas descendientes no conviven con ella desde el año 1999, no obstante lo cual se suplica la subsistencia de la obligación alimenticia respecto a Erica , al haberle solicitado la misma su incorporación al domicilio familiar, no oponiéndose en cambio, ni en dicho momento procesal ni en todo el curso ulterior de las actuaciones, incluido el escrito de oposición al recurso articulado de contrario, al cese de la obligación respecto de Marina .

Bajo tal planteamiento de las partes, configurador del debate litigioso, y citada la hija Erica para ratificar la petición efectuada en su nombre, no compareció al llamamiento judicial, reconociendo doña Filomena , en prueba de confesión, que aquélla reside, en compañía de su pareja, fuera del domicilio conyugal desde hace más de un año, habiendo estado trabajando, lo que queda corroborado igualmente por los documentos incorporados a los folios 225 y siguientes de las actuaciones, que revelan la amplia actividad laboral desarrollada por dicha descendiente desde el año 1996, y con unas bases de cotización que evidencian su autonomía pecuniaria.

En consecuencia, y concurriendo ya dicha situación al tiempo del planteamiento de la litis, la extinción del derecho alimenticio debe retrotraerse a dicho momento, en el que ya no concurrían los ineludibles condicionantes del párrafo segundo del artículo 93; en caso contrario se estaría amparando judicialmente un enriquecimiento sin causa, con manifiesto abuso de derecho por parte de la perceptora de la pensión, que no habría de ser tampoco la alimentista sino su madre, que carecía de toda legitimación al efecto.

Por todo lo cual, tanto respecto de dicha descendiente como de Marina , que tampoco convivía con la madre cuando se inicia el pleito, debe ser acogida la pretensión de extinción retroactiva del derecho alimenticio articulada por el señor Santiago .

TERCERO.- En lo que concierne al petitum, que no se sabe si de definitiva extinción o simplemente de suspensión, deducido respecto de la obligación alimenticia correspondiente a Cecilia , su hipotético amparo judicial encontraría un primer obstáculo de índole formal, ya que ninguna referencia se hizo al mismo en el escrito de preparación del recurso.

En efecto, al contrario que en el sistema instaurado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el que no era necesario anunciar los motivos de la apelación al presentar el recurso ante el Órgano a quo, concretándose los mismos tan sólo en el acto de la vista de la segunda instancia, la Ley 1/2000, en su artículo 457-2, exige que el escrito de preparación exprese los pronunciamientos que se impugnan. No puede considerarse, en consecuencia, como gratuita tal exigencia legal, que habrá de condicionar el ulterior escrito de interposición, siendo suficientemente significativo que, al regular el mismo, el artículo 458 no ordene que el escrito contenga de modo específico cuáles sean los pronunciamientos que se impugnan, limitándose a establecer que se "expondrán los alegatos en que se base la impugnación".

En definitiva, el segundo escrito constituye tan sólo el desarrollo del primero, que lo viene a condicionar, sin poder, en consecuencia, introducirse en tal momento procesal ulterior nuevas pretensiones no anunciadas previamente.

Dicho encorsetamiento jurídico-procesal quizás tan sólo podría quedar excluido, en virtud del principio dispositivo, cuando la contraparte aceptara, en la oposición presentada, que, en el escrito de interposición, se introdujera un nuevo motivo del recurso, entrando a su debate de fondo.



Pero tal supuesto excepcional tampoco concurre en el caso examinado, en el que la dirección Letrada de la Sra. Giráldez, al evacuar el traslado que contempla el artículo 461, se opone, por dicho defecto de forma, a la admisión a debate, en la segunda instancia, de la cuestión introducida de modo extemporáneo.

Aunque pudiera superarse el citado obstáculo procedimental, lo que se admite a los solos efectos de la pura especulación dialéctico-jurídica, la pretensión articulada estaría igualmente abocada a su rechazo judicial, al no concurrir los requisitos del artículo 152 C.C., en sus apartados segundo y tercero, ya que, en la época en que el actor, según se esgrime, no ha desempeñado actividad laboral remunerada, no ha carecido, sin embargo, de recursos con los que hacer frente a la obligación alimenticia, como lo evidencian los notables desembolsos entonces efectuados para afrontar, entre otros, el alquiler de la vivienda que ocupa, las cuotas de La Seguridad Social del Régimen de Autónomos o el Impuesto de Actividades Económicas.

En consecuencia, debe mantenerse el pronunciamiento al efecto contenido en la sentencia de instancia.

CUARTO.- El examen de las actuaciones sometidas a la consideración del Tribunal pone de manifiesto, en cuanto debidamente acreditado, que el señor Santiago, por causas ajenas a su voluntad, cesó, a finales del año 1999, en su condición de administrador solidario de la empresa Balanco S.L. en que venía prestando sus servicios, dejando, desde tal momento, de percibir las remuneraciones que obtenía de la misma, y ello sin perjuicio de conservar, en unión de su esposa, la condición de socio de la referida entidad.

Así, en Junta general de socios celebrada en fecha 10 de diciembre de 1999, se nombró administrador único de la citada entidad a Don Jose Augusto, quien ostentaba la titularidad de la mitad de las participaciones sociales, correspondiendo la otra mitad a los esposos en régimen de indivisión. En la citada Junta, a la que asistió la Sra. Filomena, a la que su esposo había otorgado la oportuna representación, pero con la instrucción de no aceptar el cambio del modo de organizar la administración, aquélla se abstuvo en la votación de la propuesta formulada por el señor Jose Augusto, lo que determinó, con el voto favorable de éste, que sobre él recayera la administración única propuesta.

Ello conllevó, según se dijo, el cese en su cargo, y en las remuneraciones derivadas del mismo, de Don Santiago, así como la percepción, desde principios del año 2000, por la Sra. Filomena de una suma mensual de 400.000 pesetas abonadas por el administrador único. Dicha litigante justifica dicho trasvase pecuniario sobre la base de una operación de préstamo, con la garantía de sus bienes; pero es lo cierto que tal versión no tiene el más mínimo respaldo documental, intentando acreditarse tan sólo a través de la deposición, como testigo, del citado señor Jose Augusto, prueba que fue rechazada por el Órgano a quo, sin que contra dicha resolución se formulara recurso de reposición, lo que hizo inviable la admisión de tal medio de prueba en la alzada, de conformidad con lo prevenido en el artículo 460-2-1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cualquier caso ofrece escasa, en benévolo calificativo, credibilidad la versión al respecto expuesta por la demandada, dada su decisiva intervención en la Junta que determinó el apartamiento de su esposo de la administración de una sociedad, respecto de la que dicha litigante, en su escrito de contestación, reconoce que, gracias a la salida del señor Santiago, ha experimentado un notable crecimiento en las ventas y beneficios, de los que, en su calidad de socia, ha de participar lógicamente.

Nos encontramos, en consecuencia, ante unas disponibilidades pecuniarias directas de las que se carecía al tiempo de la suscripción del convenio regulador aprobado en los antecedentes autos de separación matrimonial, y que superan ampliamente el quantum de la pensión por desequilibrio allí estipulada. Tal situación entra de lleno en las previsiones del inciso inicial del artículo 101 del Código Civil, lo que ha de determinar la extinción del derecho debatido, por superación del desequilibrio económico que determinó su originario reconocimiento.

Procede, por ello, la corroboración del criterio decisorio recogido, en tal punto, en la sentencia de instancia.

QUINTO.- Dado el sentido de esta resolución, y teniendo en cuenta igualmente la naturaleza de las cuestiones suscitadas, singulares circunstancias concurrentes en el caso y flexibilidad permitida en este tipo de procedimientos, en el contexto de la crisis matrimonial, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, en aplicación de las previsiones al efecto contenidas en el artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por Don Santiago, y desestimando el deducido por Doña Filomena, ambos contra la sentencia dictada, en fecha 20 de diciembre de 2000, por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de los de Madrid, en procedimiento de modificación de medidas seguido



bajo el nº 401/2000, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el único sentido de declarar extinguidas las pensiones alimenticias correspondientes a las hijas Marina y Erica , no desde la fecha de la sentencia de instancia, sino desde la de presentación de la demanda rectora del procedimiento.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de dicha resolución.

Todo ello sin hacer especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, con sujeción a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha, fué leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández; doy fé.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ