



Roj: **STS 5101/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5101**

Id Cendoj: **28079110012016100643**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2016**

Nº de Recurso: **448/2016**

Nº de Resolución: **674/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16373/2015,**  
**STS 5101/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 16 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso n.º 340/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Alonso , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Romero González; siendo parte recurrida doña Sacramento , representada por el Procurador de los Tribunales Cristina Gramage López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña Susana Moreno González, en nombre y representación de don Alonso , interpuso demanda de divorcio, contra doña Sacramento y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1º.- Decretar el divorcio del matrimonio de don Alonso y doña Sacramento .

»2º.- Se declare extinguido el derecho de percepción de la pensión compensatoria a favor de la demandada doña Sacramento o subsidiariamente se establezca el derecho a la pensión compensatoria por un plazo de dos años desde la fecha de la sentencia.

»3º.- Con expresa condena en costas a la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda».

2.- La procuradora doña María Francisca Uriarte Tejada, en nombre y representación de doña Sacramento , contestó a la demanda y formuló reconvención. Oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«1.- Se tenga a esta parte por allanada en la pretensión de la disolución del matrimonio por divorcio.

»2º.- Se modifique el importe de la pensión de alimentos a abonar por el actor a mi mandante a la cuantía de 800,00 euros mensuales, doce veces al año, revisables cada mes de enero según la variación del IPC.

»3.- Se mantenga la pensión de alimentos a favor del hijo del matrimonio Héctor , en la cuantía de 399,02 euros para 2014.

»4.- Con condena en costas al actor».



Por la Procuradora doña Susana Romero González, en nombre y representación de don Alonso , contestó a la reconvencción y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

« se desestime íntegramente la demanda reconvenccional presentada, todo ello con condena en costas a la demandante».

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Se declara la disolución por divorcio del matrimonio de don Alonso y doña Sacramento .

»No procede señalar pensión de alimentos a favor del hijo Héctor .

»No procede señalar pensión compensatoria a favor de doña Sacramento .

»No se condena en costas».

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Sacramento . La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 27 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Doña Cristina Gramage López, en nombre y representación de Doña Sacramento , contra la sentencia dictada en fecha 21 de noviembre de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de los de Madrid , en autos de divorcio n.º 349/14, seguido a instancia de Don Alonso contra la citada, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar, declaramos haber lugar a reconocer a la esposa el derecho a la pensión compensatoria, en el importe de 400 € mensuales, con efectos desde la sentencia de instancia, actualizables conforme al IPC a primero de enero de cada año, correspondiendo la primera actualización en enero del 2017, siempre que el IPC varíe al alza. Se confirma el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada, sin hacer declaración sobre condena en costas del recurso».

**CUARTO-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Alonso con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC , se denuncia la infracción del art. 217 LEC . El recurrente alega que la Audiencia basándose en la no alteración de la situación económica del esposo demandante realiza una inversión de la carga de la prueba acogiendo la tesis de la demandada reconviniente de que el esposo tiene mayor capacidad económica y como no ha variado la situación del obligado al pago debe mantenerse la pensión compensatoria a pesar de resultar acreditado el aumento de la capacidad económica de la demandada.

Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC , se denuncia la infracción del art. 24 CE por valoración arbitraria de la prueba por la conclusión a la que llega la Audiencia de los supuestos pagos con el precio de la venta de la vivienda les habría hecho la demandada en compensación de las cuotas hereditarias a sus hermanas cuando consta que el precio fue cobrado íntegramente por la demandada, y no consta tampoco acreditados los gastos sobre la hipoteca pues según la nota simple de la propiedad aportada se refleja que no existe hipoteca.

Asimismo se interpuso el recurso de casación basado en los siguientes Motivos: Primero.- Infracción de los arts. 100 y 101 CC al infringir la sentencia recurrida la doctrina de la Sala que se contiene en la Sentencia n.º 133 de 17 de marzo de 2014 , y la sentencia de 27 de octubre de 2011 .

El recurrente alega que la sentencia recurrida cuando concluye que la esposa contaba con una expectativa de mejora patrimonial, vulnera la doctrina de la Sala que se contiene en el sentencia n.º 133 de 17 de marzo de 2014 cuando concluye que «la doctrina de esta Sala sobre la incidencia de una herencia recibida por el cónyuge perceptor en la modificación o extinción de la pensión compensatoria, de los artículos 100 y 101 del Código Civil , y sentar como doctrina jurisprudencial en la interpretación de estos dos artículos que «el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción». Segundo.- Se formula con carácter subsidiario, para el caso de que se desestime el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, y se fundamenta en la infracción del art. art. 106 CC en relación con el art. 774.5.LEC , por la improcedente declaración de retroactividad de la pensión compensatoria desde la sentencia de instancia, y la doctrina jurisprudencial en interpretación de dichos preceptos recogida en las STSS de esta Sala n.º 917 de 3 de octubre de 2008, y sentencia n.º 680 de 18 de noviembre de 2014 .



**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 25 de mayo de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Cristina Gramage López, en nombre y representación de doña Sacramento , presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de Octubre de 2016, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Alonso recurre la sentencia de la Audiencia Provincial que, en juicio de divorcio posterior al de separación (en el que se había reconocido a la esposa una pensión compensatoria de 50.000 pesetas al mes, que en el momento del divorcio ascendía a la cantidad de 449,21 euros mensuales) reconoce a su esposa el derecho a la pensión compensatoria, en el importe de 400 euros al mes, con efectos desde la sentencia de instancia, que no había señalado pensión compensatoria.

Se formulan dos recursos: extraordinario por infracción procesal y de casación.

En el primero denuncia la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución : a) porque la sentencia realiza una inversión de la carga de la prueba acogiendo la tesis de la esposa de que tiene mayor capacidad económica y dado que no ha variado su situación económica debe mantenerse la pensión compensatoria a pesar de resultar acreditado el aumento de la capacidad económica de su esposa, y b) por la valoración arbitraria e ilógica de la prueba obrante en autos respecto a determinados gastos hechos por la recurrida con el precio de la venta de una vivienda en compensación de las cuotas hereditarias a sus hermanas cuando consta que el precio fue cobrado íntegramente, sin que tampoco consten acreditados los gastos sobre la hipoteca pues según nota simple de la propiedad aportada se refleja que no existe esta.

El segundo se refiere a la pensión compensatoria, negando, de un lado, el derecho de la actora a percibirla dada la mejora patrimonial que ha tenido en razón a una herencia recibida de su padre, y denunciando, de otro, la vulneración de la doctrina de esta sala sobre el momento en que debe satisfacerse dicha pensión.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

**SEGUNDO.-** Se desestiman los dos motivos.

1.- Esta Sala ha declarado con reiteración que «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» ( Sentencia 333/2012, de 18 de mayo ). Por esta razón, y desde la idea de que no estamos ante un procedimiento nuevo, sino ante una pretensión que tiene por objeto la revisión de la pensión compensatoria que la esposa venía recibiendo en el juicio previo de separación matrimonial, con carga probatoria a quien interesa el cambio, el motivo del recurso no puede admitirse ya que la sentencia declaró probado las circunstancias económicas que han afectado al patrimonio del esposo y de la esposa, esta última como consecuencia de una herencia recibida de su padre, y de todo ello ha extraído las valoraciones jurídicas consiguientes, que no son propias de este recurso sino del de casación.

2.- En nuestro sistema procesal civil, recuerda la sentencia de 26 de octubre de 2016 , como regla general, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el art. 469 LEC . Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE . No es este el caso. La sentencia que se recurre no es la del juzgado sino la de la Audiencia que ha hecho su propia valoración, en la que no ha tomado en cuenta, por no estar debidamente acreditadas, las compensaciones hechas por la esposa a sus hermanas y en ningún caso es arbitrario, absurdo o ilógico que sostenga que en el mes de noviembre de 2014 tenía un remanente de 83.000 euros, ni que descarto lo que la sentencia del juzgado califica de "disminución anormal de dinerario", máxime cuando en la sentencia de separación "la esposa contaba con una expectativa de mejora patrimonial, que no puede calificarse como de suficiente en orden a conseguir una notoria mejora de cara al futuro".

Recurso de casación.

**TERCERO.-** El primer motivo se desestima. Dice la sentencia lo siguiente:



«En su momento se dictó sentencia de separación, de fecha 24 de julio de 1998 , reconociéndose la pensión compensatoria en favor de la esposa, sin límite temporal alguno, y en el importe de 300 Eur. mensuales, con las oportunas actualizaciones.

Consta acreditado que el matrimonio se contrajo el 5 de julio de 1974, siendo así que la esposa cuenta actualmente con 64 años de edad, no tiene cualificación profesional y ha estado dedicada al cuidado de la familia y los hijos.

Cierto es que ha sido vendida la vivienda familiar, que era propiedad del padre de la apelada, heredando en su momento esta última, junto con sus hermanas, dicha vivienda, señalando la apelante que para adquirir la exclusiva propiedad sobre dicha vivienda ha debido compensar a sus hermanas, si bien esta circunstancia no está debidamente acreditada.

También consta que dicha vivienda fue vendida por la apelada el 10 de mayo del 2013, percibiendo 525.000 Euros, y también se ha demostrado que con fecha del 17 de mayo del 2013 adquirió la recurrente otra vivienda, en la provincia de Guadalajara, por importe de 120.000 Euro., si bien con el remanente ha debido de afrontar gastos de hipoteca más impuestos patrimoniales, de modo que de conformidad con lo documental aportada consistente en los extractos bancarios, folios 211 y siguiente, al mes de noviembre del 2014 tenía un remanente de 83.000 Eur..

En definitiva, al momento del dictado de la sentencia de separación era claro que la esposa contaba con una expectativa de mejora patrimonial, que no puede calificarse como de suficiente en orden a conseguir una notoria mejora de cara al futuro, y máxime teniendo en cuenta su edad.

Antes bien, no es posible obviar la posición profesional y económica del apelado, circunstancia que no variado respecto de la que tenía al momento del dictado de la sentencia de separación, y que ahora no se hace necesario reproducir, si bien es evidente que la situación del mismo es estable».

Pues bien, es doctrina reiterada de esta sala que las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente ( sentencias 27 de octubre 2011 y 19 de febrero 2016 ), señalando las sentencias de 20 de diciembre 2012 , 20 de junio y 24 de octubre 2013 que constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas: alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores ( artículo 100 CC ) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho ( artículo 101 CC ). Es el cambio de las circunstancias que justificaron el desequilibrio que motivó su reconocimiento, el mismo que determina su extinción o modificación.

Pues bien, las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo ya venían analizadas en una resolución anterior y son ellas las que justificaron no solo la concesión del derecho y su cuantía de duración indefinida, sino la posibilidad que tenía entonces la actora de superar sus expectativas de mejora patrimonial, que la sentencia recurrida califica de insuficiente, lo que supone que, por ahora, y con los datos que la misma valora no se estime concurrente que esta nueva situación patrimonial derivada de una herencia sea idónea o apta para considerar superado este desequilibrio económico, pues si bien es cierto que «el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción», también lo es que para que tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial es preciso examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular «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 (...)» ( sentencias 3 de octubre 2022 ; 17 de marzo 2014 ; 1 de marzo 2016 ).

Sin duda, con los datos que valora la sentencia esta extinción no es posible. El planteamiento del recurso exige una revisión de la prueba y su valoración, que se ha intentado sin éxito en el recurso anterior, y que no cabe en el recurso de casación, que no es una tercera instancia, de forma que si se respetan los hechos acreditados, la sentencia no se opone a la jurisprudencia de la Sala, sobre apreciación de la alteración de circunstancias, para modificar la pensión compensatoria.

**TERCERO.-** Si se estima el motivo segundo. La sentencia recurrida dice lo siguiente:

«Por cuanto antecede, se está en el caso de reconocer a la esposa el derecho a la pensión compensatoria, con carácter indefinido, y en el importe de 400 Euros mensuales, y ello con efectos desde la sentencia de instancia,



actualizables a primero de enero de cada año, conforme al IPC, correspondiendo la siguiente actualización en enero del 2017, siempre que el IPC varíe al alza».

En el motivo se interesa, conforme a la doctrina de esta Sala expresada en las sentencias de 3 de octubre de 2008 y 18 de noviembre de 2014, que «la pensión compensatoria en el hipotético caso de ser reconocida debe serlo desde la sentencia de apelación y no carácter retroactivo, en cumplimiento de la doctrina jurisprudencial». Y, ciertamente, tiene razón el recurrente (al margen de que posiblemente la decisión que interesa pueda resultarle perjudicial teniendo en cuenta lo que pagaba de pensión, incluidas las revisiones, y lo que debe pagar a partir de la sentencia de divorcio), desde la idea de que la sentencia no crea el derecho sino que lo modifica. La pensión venía ya declarada con anterioridad y lo que ha hecho la sentencia es mantenerla por importe de 400 euros mensuales. Se ha dicho en la sentencia de 3 de octubre de 2008, citada en las de 26 de marzo y 18 de noviembre de 2014, 12 de febrero, 15 y 23 de junio de 2015; 6 de octubre 2016, lo siguiente: «lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo», y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente».

Esta doctrina resulta de aplicación tanto a los alimentos como a la pensión compensatoria y conduce a la estimación del motivo.

**CUARTO.-** En consecuencia, se casa la sentencia en este concreto pronunciamiento y conforme al art. 398.2 LEC, se imponen a la recurrente las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal, y no procede imponer especialmente a ninguna de las partes, las costas de ambas instancias y de casación.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º.-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar en parte el recurso de casación interpuesto por el Don Alonso contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup> en el recurso de apelación nº 365/2015. **2º.-** Casar y anular la expresada sentencia únicamente en lo que se refiere a la fecha a partir de la cual ha de surtir efecto la modificación de la pensión compensatoria, lo que se producirá solo desde que se notificó la citada resolución. **3º.-** Imponer al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no hacer especial pronunciamiento de las partes las costas del recurso de casación ni las de las instancias. Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.