



Roj: **SAP O 331/2017 - ECLI:ES:APO:2017:331**

Id Cendoj: **33044370042017100022**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **07/02/2017**

Nº de Recurso: **535/2016**

Nº de Resolución: **38/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA NURIA ZAMORA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 331/2017,**
STS 3/2018

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

OVIEDO

SENTENCIA: 00038/2017

N10250

C/COMANDANTE CABALLERO N 3-3

-

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

PBD

N.I.G. 33044 42 1 2016 0004143

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000535 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.9 de OVIEDO

Procedimiento de origen: MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000449 /2016

Recurrente: Higinio

Procurador: MARGARITA Riestra Barquin

Abogado: JUAN LUIS BERROS FOMBELA

Recurrido: Isidora

Procurador: ANTONIO SASTRE QUIROS

Abogado: OLGA FUENTE PEREZ

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 535/16

NÚMERO 38

En OVIEDO, a siete de febrero de dos mil diecisiete, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Ángel Campo Izquierdo, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A



En el recurso de apelación número 535/16, en autos de JUICIO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS Nº 449/16, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Oviedo, promovido por DON Higinio , demandante en primera instancia, contra DOÑA Isidora , demandada en primera instancia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Nuria Zamora Pérez.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Oviedo se ha dictado sentencia de fecha 20 de octubre de dos mil dieciséis , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que desestimando la demanda interpuesta por la representación de Don Higinio contra Doña Isidora , no procede la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado de fecha 12 de julio de 2010 , sin un pronunciamiento especial sobre las costas causadas".-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día veinticuatro de enero de dos mil diecisiete.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de Modificación de Medidas definitivas aprobadas en sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada el 12 de julio de 2.010. Demanda promovida por D. Higinio . Resolución con la que se deja sin efecto la modificación aprobada en Auto de 8 de julio de 2.016, dictado en sede de Modificación Provisional de esas medidas, tramitada conjuntamente con el proceso principal.

Recurrida la sentencia por D. Higinio , el apelante muestra su disconformidad con la valoración que hace, la juez "a quo", de la prueba practicada en autos. Insiste en la petición deducida en demanda, a saber, que la pensión de alimentos a satisfacer a su hijo Valentín , mayor de edad, y que en el convenio de divorcio se fijaba en quinientos euros (500€) mensuales, en la actualidad ascendería a quinientos treinta y ocho euros con veintinueve céntimos de euro (538'29€), pase a ser de doscientos euros (200€) mensuales, con el correspondiente índice de actualización.

En cuanto a la pensión compensatoria a satisfacer a su exmujer, Isidora , que según convenio era de mil euros (1.000€) mensuales, actualmente dice estar abonando mil ochenta y ocho euros con cincuenta y seis céntimos de euro (1.088'56€) mensuales, se suprima o subsidiariamente se rebaje a doscientos euros (200€) mensuales, con el correspondiente índice de actualización y a satisfacer durante el plazo de dos años.

Las razones argumentadas en apoyo de sus pretensiones son también las mismas invocadas en el escrito rector de la litis, es decir, el cambio sustancial de circunstancias en su disponibilidad económica; el hijo, de dieciocho años al tiempo del divorcio, está concluyendo los estudios universitarios y que su exmujer, de profesión abogada en ejercicio, obtiene ingresos con los que atender sus necesidades y reequilibrar la situación económica.

SEGUNDO.- A fin de determinar la procedencia o no de la solicitada modificación de medida, lo primero que es necesario es cotejar, comparar la situación económica existente al tiempo de firmar el convenio de divorcio y la actual.

Según se desprende del convenio, los litigantes habían contraído matrimonio el 27 de julio de 1.985. En ese convenio nada se dice de la actividad laboral que realizaban, si bien se desprende de las actuaciones que ambos eran autónomos. El apelante tenía alguna empresa, ignoramos de qué tipo. Al folio 239 se alude a la sociedad civil particular/comunidad de bienes DIRECCION000 . En cuanto a Doña Isidora era abogada en ejercicio. El apelante, en demanda, dice que entre 1.990 y 1.992 había sido gerente de una cooperativa de viviendas, ECOVI y que desde 1.994 trabajaba como abogada. Desconocemos los ingresos que ambos litigantes tuvieron, si bien, a juzgar por el patrimonio que consiguieron adquirir en los quince años que duró el vínculo matrimonial, parece que su situación económica era desahogada.

En ese convenio regulador, el apelante se obligaba a abonar en concepto de pensión de alimentos del hijo la suma de quinientos euros (500€) mensuales con la correspondiente actualización anual con arreglo a las variaciones del IPC. Además asumía, en exclusiva, los "gastos extraordinarios del hijo, tanto los médicos como quirúrgicos que no sean cubiertos por la Seguridad Social o la Mutua que corresponda (ortopedia, ortodoncia), así como aquellos en los que incurra debido a los estudios y todo lo relativo a su educación".



En el apartado quinto del convenio admitía que el divorcio irrogaba un desequilibrio económico a la mujer y por ello le reconocía una pensión compensatoria de mil euros (1000€) mensuales, con la correspondiente actualización a 1 de enero, con arreglo a las variaciones del IPC. Así pues, en ese convenio se admitía que la situación económica del apelante era mejor que aquella en la que iba a quedar la mujer a pesar de la actividad laboral que realizaba.

Es más, la compensación económica a abonar por el ahora apelante, a su exmujer, era superior a la recogida en el convenio, ya que en documento de 20 de junio de 2.010 (folios 236, 237), también se comprometía a pagar la cuota mensual de la Seguridad Social del Régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos de la esposa, así como "las obligaciones fiscales imputadas a la esposa por razón de la sociedad". No se concreta cual es esa sociedad, si bien puede referirse a la sociedad civil Norglas.

Esos acuerdos estuvieron vigentes poco tiempo, pues el 1 de junio de 2.011 disuelven la sociedad Norglas (folio 241), dejando sin efecto lo convenido el 20 de junio de 2.010. Como consecuencia de la disolución de esa sociedad no consta que la Sra. Isidora recibiera suma alguna.

En la actualidad el apelante es titular de una sociedad "Norglas Llano SL", en tanto que la otra parte litigante sigue trabajando como abogado, para el Sindicato Agrario UCA, Unión de Campesinos Asturianos, quien según informa en las Medidas Provisionales ha minorado, en un 20%, su retribución durante el año 2.016.

Lo cierto es que, a pesar de la abundante prueba documental aportada, tanto en las Medidas Provisionales como en este juicio, resulta imposible determinar la disponibilidad económica, ingresos, que obtienen los litigantes. Aportan declaraciones fiscales, pero dado que estas no vienen corroboradas por pruebas periciales contables que acrediten que efectivamente se corresponden con los ingresos realmente obtenidos, el resultado de esas declaraciones suscitan serias dudas en cuanto a su credibilidad. Es más, por lo que se refiere al apelante al ignorar cual era su disponibilidad económica al tiempo del divorcio difícilmente se puede valorar si efectivamente ha sufrido una pérdida de ingresos, así como, de ser cierta esa pérdida, si se trata de una situación que perdurará en el tiempo o si por el contrario hablamos de una circunstancia meramente coyuntural, con una previsión de mejoría en un futuro razonable. La actividad empresarial del apelante está relacionada con el sector del automóvil, sector empresarial que en estos momentos se ve menos afectado por la crisis económica.

TERCERO.- El apelante, junto con la demanda aporta una proliferación de extractos bancarios que en nada contribuyen a esclarecer su situación económica. Alguno de ellos se refieren a abono de teléfono, electricidad, pago de impuestos y similares; gastos que también tiene que atender la otra parte litigante.

Nos dice que ha tenido que solicitar préstamos para poder cubrir sus necesidades, sin embargo no hay prueba de que los supuestos préstamos lo sean con esa finalidad. Tampoco podemos ignorar lo cuestionable que resulta alguno de ellos como por ejemplo el que obra al folio 146 de las Medidas Provisionales, de 3 de marzo de 2.014. Préstamo supuestamente solicitado a Luina Torrija SL, quien no firma el contrato. En ese documento se dice que el dinero recibido en préstamo lo pagará con lo que ha de recibir de Repair and Go España SA, para a continuación decir que el dinero que le presta una tercera empresa se lo abonará a quien debe al recurrente, Repair Go España SA, mecánica con la que se hace desaparecer, de su contabilidad, un ingreso, lo que tenía que cobrar de Repair Go España, y todo ello sin saber qué tipo de relación hay entre esta empresa y Luina Torrija SL y qué pudiera justificar el que la supuesta prestamista le autorizase a percibir el dinero que ella había prestado.

La falta de prueba en relación al cambio sustancial de la disponibilidad económica del apelante hace decaer su pretensión de modificación de medidas, en cuanto a la prestación de alimentos a abonar al hijo.

En el recurso admite que el hijo no goza de independencia económica. En la actualidad tendrá unos veinticuatro años (no consta su partida de nacimiento), sigue cursando estudios. Al declarar, la apelada, en Medidas Provisionales, apuntaba que su hijo estaba acabando la carrera de ingeniería y realizando el proyecto de grado. Ante las dudas que suscita el abogado del ahora apelante, acerca del tiempo invertido en concluir la carrera, la apelada aclara la dureza de este tipo de estudios y que generalmente no implica que cada año se supere un curso, además está en el proyecto de grado y que cuando concluya va a cursar un master. Los master, actualmente, son una titulación imprescindible para poder desarrollar la vida laboral como ingeniero, pues de concluir en grado ven muy limitadas sus opciones de trabajo.

En cuanto al pretendido desconocimiento que el apelante denuncia, en el recurso, respecto a si su hijo está o no cursando el master, es una cuestión que no incide en la resolución de la apelación, pues nada solicita respecto de los gastos extraordinarios que los sigue pagando él en exclusiva y entre los que se incluían los de educación del hijo. Lo cierto es que nunca ha pretendido la modificación de los alimentos del hijo porque este muestra desinterés, desidia o abandono del estudio.



Tampoco se trata de analizar en estos momentos, en particular dados los términos en los que se planteó el litigio, si la suma que abona en concepto de alimentos ordinarios, puede ser elevada para cubrir las necesidades del hijo -mantención y vestido-. La vivienda la aporta la madre. Cuando firmó el convenio los consideró adecuados al nivel económico del que disfrutaba la familia y en estos seis años las necesidades de su hijo no han disminuido, luego no hay razón para modificarlos.

CUARTO.- En cuanto a lo solicitado respecto de la pensión compensatoria que debe satisfacer a la mujer, muchos de los argumentos anteriormente expuestos son de aplicación al caso. No hay datos que avalen el cambio en la situación económica del marido. Cuando se divorcian considera que existe desequilibrio económico y lo cuantifica en mil euros (1000 €) mensuales. No consta que la mujer, en estos años, haya conseguido reequilibrar la situación económica. Y de hecho aunque se le reconoce esa pensión compensatoria parece que tiene serias dificultades tanto para conseguir el abono voluntario como por vía de ejecución por la condición de autónomo del obligado al pago.

Discrepamos de la consideración realizada en la sentencia de instancia respecto de la consideración de que pactada la pensión compensatoria en convenio de mutuo acuerdo ésta no pueda modificarse o suprimirse. Sí que ello es posible en función de un cambio sustancial de circunstancias.

Tampoco podemos compartir la consideración del apelante cuando denuncia la incongruencia en la que supuestamente habría incurrido la juzgadora de instancia quien en medidas provisionales rebajó sustancialmente tanto los alimentos del hijo como la pensión compensatoria, para posteriormente mantener la preexistente, según convenio, en la sentencia, y ello a pesar de que no hubo más actividad probatoria. Esa diferencia queda documentalmente acreditada, ahora bien, las Medidas Provisionales tienen ese carácter meramente temporal durante la sustanciación del proceso. Suponen un examen inmediato, meramente provisional y nada impide el que un estudio más a fondo, a fin de dictar sentencia evidencie la improcedencia de esa modificación, de no ser así sería suficiente con acudir a las Medidas Provisionales.

En lo único que este tribunal comparte alguna de las alegaciones de la parte apelante es en lo referido a la necesidad de fijar un límite temporal al devengo de la pensión compensatoria. La apelada tiene una formación académica universitaria cualificada, que le permite el ejercicio de una profesión, la abogacía, la cual viene desarrollando hace años y es de presumir que tenga alguna clientela además de la Cooperativa Agraria. El hijo ya es mayor de edad y no precisa las atenciones y cuidados que requiere un menor, de manea que la apelada goza de plena disponibilidad horaria y por su edad se halla en plena capacidad laboral, pues goza de buena salud. Lleva seis años recibiendo esa pensión -si aún no la ha cobrado tendrá un crédito frente al apelante-. Ponderando todas esas circunstancias y las posibilidades laborales de la apelada para reequilibrar su situación se considera procedente mantener la pensión compensatoria durante cinco años a computar desde esta sentencia, a no ser que en ese periodo se produzca un cambio sustancial de circunstancias que pudiera justificar su supresión. Pasados esos cinco años la pensión se extinguirá, pues se valora ese plazo como prudencial, para que si la apelada lo desea pueda superar el desequilibrio económico que el divorcio le haya podido irrogar.

QUINTO.- La estimación parcial del recurso justifica la no imposición de costas de la apelación, artículo 398 nº2 de la LEC .

En atención a lo expuesto la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente:

FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR D. Higinio , contra la sentencia dictada el veinte de octubre de dos mil dieciséis, por el Juzgado de Primera Instancia número nueve de Oviedo, en el Juicio de Modificación de Medidas Nº 449/2.016 . Se revoca parcialmente la sentencia apelada en el sentido de fijar el límite temporal de cinco años a computar desde esta sentencia en el pago de la pensión compensatoria que el apelante ha de satisfacer a Doña Isidora . Pasados esos cinco años se extinguirá la misma automáticamente; sin perjuicio de que si en ese periodo se produjera un cambio sustancial de circunstancias económicas pudiera solicitarse la pertinente modificación.

Se confirma la sentencia de instancia en todos los demás extremos. No se hace especial imposición de costas en esta segunda instancia.

En aplicación del punto octavo de la Disposición Adicional decimoquinta de la LOPJ , devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos,



por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ