



Roj: **SAP J 247/2019 - ECLI: ES:APJ:2019:247**

Id Cendoj: **23050370012019100201**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Jaén**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2019**

Nº de Recurso: **2039/2018**

Nº de Resolución: **112/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANA MANELLA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 112**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Rafael Morales Ortega

MAGISTRADAS

D<sup>a</sup> Elena Arias Salgado Robsy

D<sup>a</sup> Ana Manella González

En la ciudad de Jaén, a cinco de Febrero de dos mil diecinueve.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio de Modificación de Medidas seguidos en primera instancia con el nº 194 del año 2018, por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Linares, **rollo de apelación de esta Audiencia nº 2.039 del año 2018**, a instancia de **D<sup>a</sup> Adelaida**, representada en la instancia, y en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Aurora Garrido Chicharro, y defendida por la Letrada D<sup>a</sup> Marina Huertas del Villar; contra **D. Horacio**, representado en la instancia, y en esta alzada por el Procurador D. Luis Enrique Colado Olmo, y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> María José Vega Martínez.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Linares con fecha 3 de septiembre de 2018.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "**Desestimo la demanda de modificación de medidas definitivas interpuesta por** la Procuradora Sra. Garrido Chicharro en nombre de Dña. Adelaida contra D. Horacio por la que acuerdo no modificar Sentencia de fecha 25 de abril de 2012 dictada por este Juzgado en autos de divorcio 305/2012.

No ha lugar a la imposición de costas."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandante en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Linares presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

**TERCERO.-** Dado traslado a la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso planteado, fueron remitidas por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1<sup>a</sup> se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 30 de enero de 2019 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.



**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente la Ilma Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Ana Manella González.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia de primera instancia desestima la demanda interpuesta por la Sra. Adelaida en la que solicita la modificación de las medidas adoptadas en sentencia de 25 de abril de 2012, recaída en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo 305/2012, en la que se aprobó el convenio regulador de 19 de marzo de 2012, que entre otros pronunciamientos y en lo que aquí interesa establecía una **pensión compensatoria** a favor de la demandada y a cargo del demandante, en los términos siguientes: 300 euros mensuales durante un plazo de seis años.

**Segundo.-** Con carácter previo a entrar en el estudio del recurso presentado, se impone exponer los siguientes antecedentes que resultan, fundamentalmente de las pruebas documentales, a saber:

A) los hoy litigantes contrajeron matrimonio el 22 de marzo de 1.980, de dicha unión nacieron dos hijos, Lucio y Marcelino, ambos mayores de edad.

B) En el año 2012 presentaron demanda de divorcio de mutuo acuerdo dictando sentencia el 25 de abril de 2012 decretando el divorcio y aprobando el convenio regulador acompañado con la demanda.

C) El convenio, de fecha 19 de marzo de 2012, firmado por ambos y ratificado a presencia judicial, establecía una **pensión compensatoria** de 300 euros mensuales a favor de la esposa, que se abonarían temporalmente por un plazo de seis años. El primero de los plazos se abonó el 1 de mayo de 2012.

D) D<sup>a</sup> Adelaida carecía de experiencia profesional, y se encuentra desempleada, sin percibir **pensión** o subsidio, siendo sus únicos ingresos la **pensión compensatoria**.

E) D<sup>a</sup> Adelaida podrá obtener una **pensión** no contributiva de 92,48 euros a 369,90 euros cuando cumpla 65 años.

F) D<sup>a</sup> Adelaida alega haber estado sometida a mucha presión en el momento de la firma del convenio por la violencia ejercida por D. Horacio (documentos números 5, 6, 7, 8, y 9).

**Tercero.-** La apelante insiste en esta alzada que firmó el convenio presionada y bajo un estado de desequilibrio que impedía discernir lo que firmaba. Pide que la **pensión compensatoria** reconocida como temporal se transforme en vitalicia a la vista de las circunstancias, o subsidiariamente que continúe su percepción hasta que pueda percibir una **pensión** no contributiva del Sistema de la Seguridad Social.

La cuestión a resolver es si es posible apreciar el desequilibrio económico en un momento posterior, tanto en los casos en los que, concurriendo los presupuestos legales, las partes hayan renunciado válidamente a la constitución de la **pensión** como vitalicia.

A tal respecto afirma nuestro Tribunal Supremo (STS de 2 de diciembre de 1987) que estamos ante un derecho subjetivo, una situación de poder concreto entregada al arbitrio de la parte, que puede hacer valer o no, sin que el poder público pueda intervenir coactivamente en esta materia porque no es de orden público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio que están salvaguardadas en otros preceptos, simplemente se pretende mantener el equilibrio esto es, que cada uno de los cónyuges pueda mantener el nivel económico que tenía en el matrimonio.

En aplicación de los arts. 97 y 101 del C. Civil debe recordarse que la **pensión compensatoria**, pactada entre las partes, solo puede modificarse por "alteración sustancial" en la fortuna de uno u otro cónyuge ( art. 100 Código Civil). Cuando se acuerda la **pensión compensatoria** en el convenio regulador sorprende que las partes no hicieran un correcto cálculo de probabilidad, puesto que la Sra. Adelaida de 53 años en el momento de la firma del convenio, carecía de formación, estudios, y contaba con una escasa experiencia laboral, al haber dedicado los años de matrimonio al trabajo del hogar y crianza de sus hijos. Esa improbable previsión de empleo beneficiaba a D. Horacio y perjudicaba a D<sup>a</sup> Adelaida como se ha comprobado con el transcurso de estos seis años, en los que D<sup>a</sup> Adelaida posee 59 años, no posee trabajo (solo ha trabajado dos días en estos seis años), ni posibilidad de encontrarlo por sus circunstancias y las del mercado laboral. Por lo que surgen circunstancias nuevas, no pronosticadas por las partes, la imposibilidad de hallar D<sup>a</sup> Adelaida un empleo. En resumen, procede entender que las situaciones que preexistían y se conocían al momento del convenio regulador, pero se obvian en beneficio de uno de ellos, pueden constituir "alteración sustancial".



Si bien es cierto que la **pensión compensatoria** se rige por las reglas generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal y que la renuncia a la **pensión compensatoria** en el convenio regulador de separación o divorcio o la falta de petición expresa durante la tramitación de dichos procesos, impide su planteamiento en un proceso posterior de modificación de medidas, en la presente litis, efectivamente, concurren algunas circunstancias especiales: causa, cuanto menos extrañeza, el contenido del convenio pues efectivamente el divorcio produjo un desequilibrio económico en D<sup>a</sup> Adelaida que trató de paliarse con la concesión de una **pensión compensatoria** de 300 euros mensuales durante un plazo de seis años. No puede desdeñarse la situación personal en la que se encontraba D<sup>a</sup> Adelaida inmersa en un procedimiento penal por denuncia a su marido al haber sido víctima de malos tratos ( sentencia de de 12 de marzo de 2015 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Jaén , en la que se condena a D. Horacio por un delito de malos tratos habituales y falta de daños). Supuestamente con lo pactado en el convenio se pretendía reestablecer la situación económica y laboral de D<sup>a</sup> Adelaida , por lo que debe entenderse, dadas las circunstancias, que se mantiene el desequilibrio económico existente al momento del divorcio y en consecuencia procede fijar por estas excepcionales circunstancias una **pensión compensatoria**, que no olvidemos, no presupone, como los alimentos entre cónyuges, una situación de necesidad en el acreedor, sino la constatación de un efectivo desequilibrio económico en perjuicio suyo, lleve o no aparejada aquella situación de necesidad. Son, pues, presupuestos necesarios para que nazca el derecho a la **pensión compensatoria** del artículo 97 del Código Civil : a) La existencia de un desequilibrio económico que compensar, entendiendo por tal el descenso que la separación o el divorcio ocasionan en el nivel de vida de los esposos en relación al que conserva el otro, lo que impone comparar las necesidades de cada cónyuge separado y los recursos que posee para satisfacerlas, recursos que de modo orientativo vienen determinados en el referido precepto. b) Que tal desequilibrio implique un empeoramiento en la situación que se tenía en el matrimonio, empeoramiento que debe referirse al momento de la ruptura matrimonial y las circunstancias a valorarse según lo acreditado en autos, sin perjuicio de que, existiendo posteriormente una variación esencial de las mismas, pueda solicitarse su modificación.

A la vista de lo expuesto, sin lugar a dudas al momento de la crisis conyugal existía una verdadera desigualdad patrimonial que no se ha paliado con posterioridad, razón por la que se acoge la petición formulada, reconociendo a D<sup>a</sup> Adelaida el derecho a percibir una **pensión compensatoria** de 300 euros mensuales con carácter vitalicio, que podrá ser objeto de variación si cambiasen las circunstancias.

**Cuarto.-** En cuanto a las costas de esta alzada, dada la materia de que se trata, conforme al criterio de esta Sala, no procede hacer especial pronunciamiento al respecto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Adelaida contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Linares, de fecha 3 de septiembre de 2018 , en autos de Juicio Modificación de Medidas seguidos en dicho Juzgado con el nº 194 del año 2018, y se revoca la aludida resolución al reconocerse a la Sra. Adelaida el derecho a percibir una **pensión compensatoria** de 300 euros mensuales con carácter vitalicio.

No se hace imposición de las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso, por infracción procesal, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional en los términos que señalan el Ordinal 3º del nº 2 y el nº 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley Procesal , ambos preceptos en relación con la Disposición Final 16 del repetido Cuerpo Legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre , salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 2039 18.



Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012, modificada por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de Febrero, siempre que se trate de personas jurídicas.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Linares con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ