

**Resumen**

*Estima la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia, que acuerda el divorcio de los litigantes y sus efectos, dejando sin efecto la pensión compensatoria que se acordó en la sentencia de separación, por haber cesado el desequilibrio económico al haberse incorporado la demandada al mundo laboral y contar con ingresos propios, rechazando la Sala la incongruencia de la sentencia por el hecho de haberse acordado la pensión cuando no ha sido solicitada por la demandada, toda vez que es el propio recurrente actor, quien en su escrito de demanda introdujo dicha cuestión.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.775

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.90 , art.91 , art.97 , art.100

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

**MATRIMONIO**

**EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

**Pensión compensatoria**

**Concepto**

**Supresión**

**RECONVENCIÓN**

**CUESTIONES DIVERSAS**

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento:Apelación, Divorcio

**Legislación**

Aplica art.775 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.90, art.91, art.97, art.100 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.4, art.207, art.222, art.394, art.398, art.455, art.458 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita Ley 30/1981 de 7 julio 1981. Modifica Matrimonio en el C.C. y Procedimiento de Nulidad, Separación y Divorcio

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

**Jurisprudencia**

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concepto STS Sala 1ª de 10 marzo 2009 (J2009/25486)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concepto, MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Supresión, RECONVENCIÓN - CUESTIONES DIVERSAS SAP Cádiz de 14 marzo 2007 (J2007/59710)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 21 diciembre 1992 (J1992/12667)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concepto, MATRIMONIO - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Supresión, RECONVENCIÓN - CUESTIONES DIVERSAS STS Sala 1ª de 2 diciembre 1987 (J1987/8926)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 3 octubre 1983 (J1983/77)

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de los de San Roque, en el Juicio de Divorcio Contencioso anteriormente referenciado al margen, se dictó sentencia de fecha 21 de enero de 2.008 cuyo fallo literalmente transcrito dice: "ESTIMANDO en parte la demanda interpuesta por la procuradora D.ª TERESA HERNÁNDEZ JIMÉNEZ en nombre y representación de D. Juan Enrique contra D.ª María Virtudes, representado por el procurador D. JOSÉ ADOLFO ALDANA RIOS, SE DECRETA EL DIVORCIO DEL MATRIMONIO celebrado e día 15 de MARZO de 1973, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, estableciendo una pensión compensatoria a favor de María Virtudes de 100 euros mensuales.

No se imponen las costas las costas a ninguna de las partes.

SEGUNDO.- Contra la antedicha sentencia por la representación de D. Juan Enrique se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que fue admitido a trámite en ambos efectos por el Juez "a quo", quien dio traslado a las demás partes por un plazo de diez días a fin de que pudieran presentar los correspondientes escritos de oposición o impugnación, y una vez presentados dichos escritos se remitieron los autos originales a esta Audiencia Provincial de Cádiz.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y repartidas a esta Sección Quinta, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo para el día 23 de noviembre de 2.009, tras lo cual se hizo entrega al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, para el estudio y dictado de la presente resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia parcialmente estimatoria dictada por el Juez "a quo" se alza la apelante reproduciendo su dirección jurídica en esta alzada la pretensión articulada en el escrito rector del procedimiento y que fue rechazada por la sentencia de instancia relativa a la supresión de la pensión compensatoria establecida en pro de la apelada y en apoyo de tal pretensión revocatoria, la dirección letrada de dicho litigante esgrime, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, razones tanto formales o procesales así como de fondo argumentando la inexistencia del desequilibrio económico que constituye el fundamento de la aludida pensión.

Definido el debate litigioso en el presente momento y trámite procesales, pues la contraparte interesa la íntegra confirmación de la sentencia de instancia, procede analizar la problemática suscitada a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, según pone manifiesto el contexto alegatorio y probatorio sometido a nuestra consideración.

SEGUNDO.- A los fines de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la problemática así suscitada, parece conveniente recordar que la misma se desenvuelve en el marco, procesal y sustantivo, regulado por los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y 90 y 91, in fine, 100 y 101 del Código Civil EDL 1889/1. No habilitan dichos preceptos anómalos cauces de revisión, esto es al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos judiciales que hayan alcanzado definitiva firmeza, a especie de derogación, o atenuación, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, del principio de cosa juzgada en el que, conforme a lo prevenido en los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, se asienta nuestro sistema procesal. El fundamento de la cosa juzgada radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, en cuanto en un anterior proceso haya quedado satisfecha la misma pretensión que se propone en el siguiente, pues la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí, vulnera la legítima expectativa de los justiciables de obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, e implica, en consecuencia, una quiebra del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983 EDJ 1983/77, 221/1984 y 242/1992 EDJ 1992/12667, entre otras muchas).

Y es lo cierto que los referidos artículos 90 y 91 se muestran plenamente respetuosos con dicho precepto, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual, y conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.-Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2º.-Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º.-Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4º.-Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

Con carácter más específico, y en lo que se refiere a la pensión por desequilibrio, el artículo 100 contempla la posibilidad de su modificación cuantitativa en el supuesto de alterarse sustancialmente la fortuna de uno u otro cónyuge, en tanto que el siguiente precepto regula la extinción del derecho por el nuevo matrimonio, o convivencia marital, del beneficiario con un tercero, o por el cese de la causa

que motivó el reconocimiento de la pensión, lo que, en su necesaria conexión con el artículo 97, implica la desaparición del desequilibrio económico que, en su momento, determinó la sanción judicial de dicha prestación económica.

TERCERO.- Partiendo de tales condicionantes legales, por motivos formales o procesales se alega la improcedencia de resolver acerca de la misma al no haber sido planteada como reconvención expresa sino tan solo como reconvención implícita. Efectivamente la demandada, en la contestación a la demanda, tras alegar lo que entendió pertinente terminó solicitando el divorcio y oponiéndose a la supresión de la pensión compensatoria, sin más pretensiones. Efectivamente la Ley 1/2000 prohíbe la reconvención implícita, y la regla 2ª del artículo 770 exige la formulación de demanda reconvencional expresa, en todos los supuestos en que se solicita por el demandado, además de la separación, nulidad o divorcio por causas distintas de las invocadas de contrario, la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no debía pronunciarse de oficio, como es el caso de la pensión compensatoria, cuyo establecimiento se halla regido por los principios dispositivo y de rogación. No obstante, la petición de pensión compensatoria no puede estimarse como pretensión nueva o independiente de la demanda inicial de las actuaciones, porque a la vista de dicho escrito rector, es el demandante quien introduce la cuestión de la pensión compensatoria, de forma expresa, argumentando que por no existir desequilibrio económico, no cabe pensión compensatoria alguna debiendo suprimirse la que venía acordada, cuestión ésta que ya hemos resuelto con anterioridad, Sentencia de 14 de marzo de 2.007 EDJ 2007/59710, en el sentido de que "Es una acción negatoria contra la que cabe, sin necesidad de acudir a la formalidad de la reconvención, la acción contraria, simplemente contestando a la demanda, en el sentido de que dos negaciones seguidas dan por resultado una afirmación. Así mientras el demandante dice "no cabe", la demandada dice "no, no cabe", esto es, "sí cabe", o "sí procede", de suerte que al contestar a los hechos de la demanda, por su orden y separadamente, formula bajo el octavo la argumentación contraria a la que suplica el demandante, plasmado luego la pretensión en el suplico. Resolviendo el Juez sobre la demanda, forzosamente tiene que resolver sobre la pensión compensatoria en cuanto es un hecho introducido por el actor, y si, de los argumentos y pruebas practicadas no está de acuerdo con la afirmación de que dicha pensión no es procedente, tiene que declarar lo contrario". Tampoco se ha producido indefensión para el demandante porque ya estaba obligado a probar los hechos alegados por su demanda en cuanto no fueran admitidos o fueran contradichos por la demandada, tuvo conocimiento real de la pretensión ejercitada, incluso se le permitió la contestación a dicha pretensión, a lo cual se opuso, y tuvo oportunidad plena oportunidad para acreditar, probar y alegar cuanto tuvo por conveniente en defensa de sus intereses, por lo que en cuestión de forma procede rechazar dicho motivo de recurso.

CUARTO.- Por lo que se refiere a los motivos de fondo hemos de referirnos a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo del presente año 2.009 EDJ 2009/25486, y las que en ella se citan, en la cual se dice, entre otras cosas, que del tenor del artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 ("el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:....") se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no es la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutó el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios.

Continua diciendo la aludida Sentencia que la regulación del Código Civil EDL 1889/1, introducida por la Ley 30/1.981, de 7 de julio EDL 1981/2897, y modificada en el año 2.005, establece la pensión compensatoria con características propias y "sui generis". Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia, la cual atiende al concepto de necesidad, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la "perpetuatio" de un "modus vivendi", o a un derecho de nivelación de patrimonios,

Y finalmente, en cuanto a los factores a tener en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria, que tales factores son numerosos, y de imposible enumeración, destacándose en el propio precepto y sin ánimo de ser exhaustivo, los siguientes: «la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del receptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.

En definitiva, la pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación, y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge receptor, lo que hace que el propio Tribunal Supremo haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria. Se trata además de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que, según afirma la propia Sentencia de 2 de diciembre de 1987 EDJ 1987/8926 «la

ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), razón por la que, sigue diciendo, que es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer", con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el tribunal.

Establecidas las anteriores consideraciones jurídicas en torno a la naturaleza y finalidad de la pensión compensatoria, de la prueba practicada en los autos se infiere que, desde el año 1.988 en que se acordó la misma, las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción han cambiado sensiblemente pues a tenor de los certificaciones de vida laboral que constan en las actuaciones, la demandada ha venido desarrollando actividades laborales remuneradas desde el año 1.992, y si bien resulta evidente que ha sido una contratación alterna no podemos decir que la misma sea absolutamente episódica, por lo que el desequilibrio que, en su día, existió ha quedado suficientemente compensado con el pago de la aludida pensión durante más de veinte años, por lo que procede la estimación del motivo y la revocación de la sentencia apelada en el sentido estimar en su integridad el suplico de la demanda inicial de las actuaciones y suprimir la pensión compensatoria.

QUINTO.- Estimado el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Juan Enrique y revocada parcialmente la resolución recurrida, conforme al principio objetivo del vencimiento regulado en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 así como teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento, no procede hacer declaración de costas en ninguna de las dos instancias.

VISTOS los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , los artículos citados y los demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Estimando, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Juan Enrique contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2.008 dictada por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de los de San Roque en los autos de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos revocar parcialmente, y revocamos, la misma, en el único y exclusivo sentido de estimar el suplico de la demanda inicial de las actuaciones y suprimir la pensión compensatoria, permaneciendo idénticos e invariables el resto de pronunciamientos contenidos en el fallo, todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales de ambas instancias.

Notifíquese la presente resolución a las partes conforme a los artículos 208 n° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y 248 n° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y, con certificación de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de su procedencia para su conocimiento, efectos y la debida ejecución de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 11012370052009100344