



Roj: **SAP GI 899/2017 - ECLI: ES:APGI:2017:899**

Id Cendoj: **17079370022017100204**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **06/11/2017**

Nº de Recurso: **616/2017**

Nº de Resolución: **426/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección 2a Civil de la Audiencia Provincial - Familia de Girona (UPSD AP Civil Sec.2)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1718042120168190098

Recurso de apelación 616/2017 -2

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Santa Coloma de Farners

Procedimiento de origen:Modificación medidas supuesto contencioso 608/2016

Parte recurrente/Solicitante: Marco Antonio

Procurador/a: Susanna Risqueç Campasol

Abogado/a: MANELA BLAZQUEZ BOYA

Parte recurrida: Constanza

Procurador/a: Juan Maria Janer Miralles

Abogado/a: FRANCESC MARISCOT CASAS

SENTENCIA N° 426/2017

Magistrados:

Jose Isidro Rey Huidobro

Maria Isabel Soler Navarro

Jaime Masfarre Coll

Lugar: Girona

Fecha: 6 de noviembre de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . En fecha 3 de octubre de 2017 se han recibido los autos de Modificación medidas supuesto contencioso 608/2016 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Santa Coloma de Farners a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. Susanna Risqueç



Campasol, en nombre y representación de D. Marco Antonio contra Sentencia de 19 de junio de 2017 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. Juan Maria Janer Miralles, en nombre y representación de D^a. Constanza .

SEGUNDO . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Que desestimo íntegramente la demanda de modificación de medidas, a instancia de D. Marco Antonio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Rísquez Campasol, contra DOÑA Constanza , representada por el Procurador de los Tribunales D. Joseph María Janer Miralles.

No se hace especial pronunciamiento en costas."

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos, y se designó ponente al Jose Isidro Rey Huidobro.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 30/10/2017.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de primera instancia desestima la demanda interpuesta por el Sr. Marco Antonio en la cual se solicita la modificación de las medidas adoptadas en sentencia de mayo de 2015, recaída en procedimiento de separación de mutuo acuerdo 235/2015, en la que se aprobó el Convenio Regulador de 8 de abril de 2015, 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:

"Con el objeto de compensar la situación de desequilibrio económico generado tras la ruptura, el Sr. Marco Antonio abonará a la Sra. Constanza la cantidad de 500 € mensuales, dentro de los 25 a 30 días de cada mes, en concepto de pensión compensatoria, mediante el ingreso o transferencia en el n^o de cuenta que al efecto designe la Sra. Constanza .

El importe fijado como pensión compensatoria no será revisable anualmente."

La demanda pretende la modificación de esta medida por dos razones:

1^a) Porque la pensión no se concede por un periodo limitado, lo cual infringiría lo establecido en el art. 233-17.4 del CCCat .

2^a) Porque se ha producido una variación de las circunstancias, ya que de las obligaciones que asumió de forma directa, derivadas del uso del domicilio conyugal, hace que la cantidad que percibe mensualmente de 2.399,86 euros, resulte insuficiente para cumplir todas las obligaciones actuales y no le alcanza para el pago de 500 euros mensuales de pensión compensatoria, razón por la que pide se rebaje la pensión a no más de 300 euros mensuales hasta un total de 10.800,00 euros.

SEGUNDO .-Respecto al primero de los motivos que sería la concesión de la pensión compensatoria sin establecimiento de una limitación temporal, conviene recordar que efectivamente el art. 233-17.4 del CCCat . dispone que *"La prestación compensatoria en forma de pensión se otorga por un período limitado, salvo que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido."*

Por su parte el art. 233-15 del mismo Codi, al regular la determinación de la pensión compensatoria, dice:

"Para fijar el importe y duración de la prestación compensatoria, debe valorarse especialmente:

- a) La posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial.
- b) La realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos.
- c) Las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes.
- d) La duración de la convivencia.
- e) Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede."

Pues bien, las partes al suscribir el convenio de 8 de abril de 2015, a efectos de fijar la cuantía y duración de la pensión compensatoria, tuvieron en cuenta los presupuestos legales al efecto y en función de los mismos



estipularon libremente la cuantía y el tiempo de la pensión, guardando relación con el pago de gastos de la vivienda familiar, el uso y disposición exclusiva de la misma por parte del marido y la asunción por parte de este de la cuota hipotecaria que la grava.

Atendiendo a los 39 años de convivencia matrimonial; a la posición económica de los cónyuges, en que la esposa no obtiene ninguna disponibilidad tras la separación; a las perspectivas económicas de futuro de la esposa, jubilada con una pensión de unos 600 euros desde el año 2012 y por lo tanto sin previsiones de acceso al trabajo o mejora económica; a la situación económica del esposo apelante, que disfruta de una pensión de invalidez de 2.405,86 euros en 14 mensualidades, es decir, de 33.682,04 euros al año, netos, ya que no tiene deducciones, folio 105; y al disfrute exclusivo, indefinido y en todo caso vitalicio de la vivienda de titularidad común, por parte del esposo.

Ante esas diferencias sustanciales, las partes libremente pactaron en el convenio el uso exclusivo de la vivienda conyugal, de titularidad común al marido; el abandono de la vivienda por parte de la esposa; la asunción de gastos de dicha vivienda por parte del marido. Y ante el desequilibrio económico que la ruptura convivencial generó en la esposa, se pactó una pensión compensatoria de 500 euros mensuales, no revisable anualmente, sin límite temporal.

Atendiendo a las condiciones de dilatada convivencia, (casi 40 años), nulas perspectivas económicas de la esposa, (más allá de su escasa pensión de jubilación), diferencia económica manifiesta y cesión al esposo del uso indefinido y vitalicio de la vivienda conyugal de propiedad común, situación contemplada en el convenio, resulta evidente que se dan circunstancias excepcionales que justifican la fijación de la pensión compensatoria con carácter indefinido. Y ello es así porque el establecimiento de dicha pensión, respecto a su cuantía y duración, guarda estrecha relación con el uso y disponibilidad indefinida y vitalicia de la vivienda conyugal que se hace al marido, debiendo la esposa abandonar de inmediato dicha vivienda y tratando de compensarse el desequilibrio que ello comporta, con una pensión compensatoria de 500 euros mensuales, no revisables, que vendrían a representar el importe de un alquiler al que se ha visto abocada la esposa, de manera indefinida, ante el uso también indefinido de la vivienda común, por parte del esposo (sin perjuicio de contemplar una venta improbable del inmueble de común acuerdo, con un reparto del precio que se obtuviera en diferente proporción).

TERCERO .- Luego si los cónyuges acordaron en el convenio regulador el establecimiento de una prestación compensatoria y la atribución del uso de la vivienda familiar, conforme a lo prevenido en el art. 233-2.3 a) y b) CCCat , decidiendo en ambos casos que tanto el uso como la pensión sean indefinidos, aunque la norma les atribuya a ambas medidas carácter temporal, con posibilidad de prórroga en caso del uso del domicilio, art. 233-20.5 CCCat , no hay motivo alguno para sostener que el acuerdo respecto a la pensión compensatoria indefinida contraviene el precepto que se cita, art. 233-17.4, pues al no fijarse periodo de duración, ello es debido a que el uso de la vivienda familiar también se cede con carácter indefinido y exclusivo al esposo, de modo que su atribución, al pertenecer a ambos cónyuges, se ha ponderado en el convenio, atribuyendo a la esposa una pensión compensatoria no revisable, de la misma duración que el uso atribuido al esposo, es decir, indefinido, en tanto que el abandono de la vivienda familiar obliga a la esposa a arrendar una vivienda donde desarrollar su actividad vital.

Así se entendió en el convenio al apreciar el desequilibrio que la pensión pretendía corregir y así se pactó ratificándolo judicialmente, concurriendo por ello circunstancias excepcionales de equilibrio de prestaciones y equidad, que justifican el carácter indefinido de la pensión; máxime cuando no hay hijos menores o dependientes cuyo interés interfiera en la libre voluntad de los cónyuges al pactar en libertad el sistema de uso de la vivienda común y la pensión dirigida a corregir el evidente desequilibrio experimentado por la esposa al abandonar el domicilio familiar que de forma exclusiva e indefinida conserva el marido.

CUARTO .- En cuanto al otro motivo en que se basa la modificación de la pensión compensatoria, de variación de las circunstancias porque el Sr. Marco Antonio no dispondría de dinero suficiente para afrontar los gastos que tiene después de haberse aprobado el convenio por sentencia judicial, no puede aceptar la Sala tal afirmación.

El art. 233-18, regulador de la modificación de la prestación compensatoria, establece:

1. La prestación compensatoria fijada en forma de pensión solo puede modificarse para disminuir su importe si mejora la situación económica de quien la percibe o empeora la de quien la paga.
2. Para determinar la capacidad económica del deudor, deben tenerse en cuenta sus nuevos gastos familiares y debe darse prioridad al derecho de alimentos de todos sus hijos.

En el presente caso, no se acredita, ni siquiera se alega, una mejora de la situación económica de la beneficiaria de la pensión, sino un supuesto empeoramiento de quien la paga.



El apelante deudor no ha visto modificada su capacidad económica en base a nuevos gastos familiares, pues ni debe prestación de alimentos para los hijos, que no existen, ni sufre nuevos gastos que no tuviera cuando se firmó y ratificó el convenio. Así, los 824 euros de las cuotas hipotecarias que gravan la vivienda familiar y que él solo abona, ya existían y eran conocidos al suscribirse el convenio. El préstamo personal que amortiza mensualmente, por importe de 296,59 euros, también pues se restituía mediante 84 recibos que según se desprende del último que se presenta, folio 43, habrían comenzado a pagarse a mediados del año 2010, mucho antes de la firma del convenio, y acabarían de pagarse en agosto de 2017, de modo que en la actualidad ya no constituye un gasto atendible, al haber quedado amortizado el último recibo del préstamo.

Los recibos de servicios de agua y luz, eran igualmente existentes y conocidos al suscribirse el convenio, incluidos algunos recibos de agua atrasados que han supuesto una cantidad no despreciable, pero puntual debido al retraso y que se abona a plazos.

Los demás gastos, de supuestos préstamos para reparaciones de la vivienda, no se acreditan ni tampoco cuando se habrían solicitado. El IBI de la vivienda también era conocido al firmar el convenio y se paga fraccionado en 75 euros mensuales; el seguro de vida vinculado a la hipoteca, también era conocido y existente al firmarse el convenio.

En definitiva, si el apelante obtiene unos ingresos de 33.682 euros al año, netos puesto que no tiene retenciones, lo cual suponen prorrateados 2.806 euros al mes; y tendría los gastos que se relacionan en la demanda, del orden de unos 2.250 euros mensuales aproximadamente, resulta que todavía le quedarían más de 500 euros mensuales, con lo que no tiene sentido sostener que no dispone de ingresos para hacer los pagos de la pensión compensatoria, que por lo que se ve no abonaba en su totalidad.

Por último, el embargo parcial del sueldo que se le ha hecho, al parecer proviene de un procedimiento de ejecución de título judicial, en el que la aquí demandada le reclamaba los impagos de la pensión, de manera que se trata de gastos conocidos y adeudados a consecuencia del convenio suscrito cuya modificación se solicita, lo cual no puede ser computado a los efectos del empeoramiento económico del apelante, el cual percibe lo mismo que percibía al firmar el convenio y tiene unos gastos muy similares, más allá de los generados por la deuda derivada del incumplimiento del abono de la pensión compensatoria, por lo que no nos encontramos ante el supuesto del art. 233-18.1, ni se acreditan nuevos gastos demostrativos del empeoramiento económico del deudor obligado al pago de la pensión, por lo que lo procedente es desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada, pues según reiterada jurisprudencia del TSJC en la materia, "*... hem declarat en una reiterada jurisprudència aplicant la nova normativa del CCCat - sentències del TSJC 76/2014, de 27 de novembre ; 21/2015, de 9 d'abril ; 46/2015, de 15 de juny , 75/2015, de 29 d'octubre i 20 febrer 2017 - , sent la limitació temporal de la pensió el principi o la regla general i l'atorgament amb caràcter indefinit l'excepció, cal motivar l'esmentada excepcionalitat i com a excepcionals hem de considerar les circumstàncies que s'aparten del que és ordinari, o que es produeixen rares vegades.*

... La seva concessió de forma indefinida obliga els tribunals d'instància a exposar les raons per les quals s'entén que es tracta de circumstàncies excepcionals i el seu criteri no és revisable en cassació llevat d'arbitrarietat o irraonabilitat. I hi afegim que només es pot establir una permanència de la pensió per un temps indefinit quan en el cas concret es doni una potencialitat real i acreditada que el beneficiari, com a conseqüència de les seves circumstàncies personals (edat, estat de salut, formació professional, possibilitats d'adquirir ajuts públics, etc.) i de l'absència de patrimoni, no podrà assolir, en un termini més o menys llarg, aquella autonomia pecuniària de la qual hagués pogut gaudir si no hi hagués hagut el matrimoni, i que li permeti subvenir a les seves necessitats."

Situación que se produce en el caso examinado en el que la beneficiaria que ha convivido casi 40 años con el obligado al pago, es jubilada, con una magra pensión de jubilación, y necesita de la pensión pactada para subvenir sus necesidades de vivienda de la que carece al mantener el uso exclusivo e indefinido sobre la vivienda familiar el cónyuge deudor, respondiendo la pensión a esa razón de disposición también indefinida de vivienda mediante un alquiler, que los litigantes acordaron en el ámbito de su libre voluntad y ratificaron judicialmente, sin que se hayan dado los supuestos del art. 233-18 CCCat , para proceder a la rebaja de la pensión, que injustificadamente se solicita.

Por todo lo expuesto, debe ser desestimado el recurso y confirmada la sentencia apelada.

QUINTO .- El rechazo de la apelación conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas de esta apelación, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1 de la LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLAMOS



Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. Susanna Rísquez Camposol, en nombre y representación de D. Marco Antonio contra la Sentencia de 19 de junio de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Santa Coloma de Farners dictada en el procedimiento de modificación de medidas supuesto contencios nº 60872016, y confirmamos totalmente dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta apelación.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16^a LEC) ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15^a de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Notifíquese esta sentencia a las partes y, una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano judicial de instancia y archívese el presente procedimiento.

Así lo ha decidido la Sala, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados ya indicados, quienes, a continuación firma.