



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Casación e infracción procesal num. 24 de 2015

**S E N T E N C I A   N U M .   V E I N T I N U E V E**

**Excmo. Sr. Presidente** /  
**D. Manuel Bellido Aspas** /  
**Ilmos. Sres. Magistrados** /  
**D. Fernando Zubiri de Salinas** /  
**D. Javier Seoane Prado** /  
**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara** /  
**D. Ignacio Martínez Lasierra** /

En Zaragoza, a ocho de octubre de dos mil quince.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 24/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 31 de marzo de 2015 recaída en el rollo de apelación número 69/2015, dimanante de autos de Modificación de Medidas 433/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. C.L. Á., representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Belén Gabián Usieto

y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Paz Cruz Jiménez, y como parte recurrida, D<sup>a</sup>. Antonia C. H., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Pilar Andrés Laguna y dirigida por el Letrado D. Eduardo Corujo Quintero.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Pilar Andrés Laguna, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup>. A. C.H. presentó ante el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 16 de Zaragoza, demanda de modificación de medidas contra D. C. L. Á. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictase sentencia por la que “se estime la demanda y acuerde que vuelva a estar vigente la pensión compensatoria que se fijó en sentencia de divorcio y que debe abonar el demandado Sr. L. a la Sra. C. , por importe de 347,70 € mensuales.”

Por otrosí se propone la práctica de prueba.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma.

Obran en las actuaciones, auto de fecha 21 de junio de 2013 por el que se declara la suspensión del proceso hasta que se reconozca o deniegue el derecho a la asistencia jurídica gratuita solicitada por D. Camilo L. Á. , alzándose la suspensión, una vez designados profesionales; se le reconoce el derecho el 26 de septiembre del mismo año.

El demandado dentro de plazo, compareció en autos, contestó a la demanda, solicitando la desestimación íntegra de la misma condenado a la actora al pago de las costas judiciales causadas.

Por otrosí, interpuso demanda reconvencional frente a D<sup>a</sup>. Antonia C. H. , en base a los hechos y fundamentos de derecho que constan en su escrito, y termino suplicando se dictase sentencia, acordando “la extinción de la pensión compensatoria fijada por la Sentencia de Divorcio dictada el 26/04/2006 por este Juzgado, a favor de la Sra. C. H. , en el Procedimiento

tramitado bajo el N° 12/2006, en la cantidad establecida por la Ilma. A.P. Zaragoza, Secc. 5ª, mediante la Sentencia 585/2006 dictada el 26 de Octubre en el Rollo de Apelación N° 451/2006, con expresa condena al pago de las costas si se opusiere.”

Instando por otrosí la práctica de la prueba anticipada documental.

El Juzgado de Primera Instancia n° Dieciséis dictó Decreto con fecha 10 de octubre de 2013, en el que se acordó admitir a trámite la reconvencción y dar traslado a la parte demandante concediéndole 10 días para que la contestase, oponiéndose ésta a la reconvencción en tiempo y forma.

Previos los trámites legales y practicadas las pruebas que fueron admitidas, se dictó sentencia en fecha 24 de noviembre de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *“FALLO: Que estimando totalmente la demanda interpuesta por doña A. C. H. contra don C. L. Á. , debo declarar y declaro el alzamiento de la suspensión de abono de la pensión compensatoria establecida a favor de doña A. C. H. por un importe de doscientos noventa euros (290 euros), que deberá abonarse por el Sr. L. dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la Sra. C. y actualizarse anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. No procede hacer expresa imposición de costas.”*

**TERCERO.-** Interpuesto por la Procuradora Sra. Gabián Usieto en nombre y representación de D. C. L. Á. , recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, se confirió traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose esta última.

**CUARTO.-** Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

*“FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. C. L. Á. , frente a la Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n°. 16 de Zaragoza en los autos de*

*Modificación de Medidas nº. 433/13, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer expresa declaración sobre las costas del recurso.”*

**QUINTO.-** La representación legal de D. C. L. Á. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación e infracción procesal, por infracción de lo dispuesto en el art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e infracción del art. 83.4 y 5 del CDFIA.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por providencia de 20 de mayo de 2015 se acordó dar traslado a las partes por posible causa de inadmisión.

Previas alegaciones de las partes, la Sala por Auto de fecha 22 de junio de 2015, acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso interpuesto.

Conferido el traslado a la parte recurrida, ésta presentó escrito de oposición dentro de plazo.

En fecha de 2015 la Sala, no considerando necesaria la celebración de Vista, señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre de 2015.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Antecedentes relevantes**

**PRIMERO.-** Resultan acreditados en las instancias los siguientes hechos, relevantes para la resolución del recurso:

1.- D. C. L. Á. y D<sup>a</sup> A. C. H. contrajeron matrimonio en Zaragoza, el día 11 de septiembre de 1971.

2.- De dicho matrimonio nacieron y sobreviven dos hijos, que eran mayores de edad e independientes cuando se tramitó el proceso de divorcio.

3.- Por sentencia de 26 de abril de 2006, del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 16 de Zaragoza, se declaró el divorcio de los citados cónyuges y, entre otros pronunciamientos, se ordenó una pensión compensatoria vitalicia que el Sr. L. Á. entregará a la Sra. C. H. en cantidad de 250 euros mensuales.

4.- Dicha sentencia fue revocada parcialmente por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 27 de octubre de 2006, en la que se acordó que la pensión compensatoria a favor de D<sup>a</sup> A. C. H. sería de 300 euros mensuales.

5.- D. C. L. Á. instó la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, siendo tramitado el proceso ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia antes citado. Recayó sentencia en primera instancia de fecha 9 de mayo de 2008 cuyo fallo es del siguiente tenor literal: “que estimando la demanda formulada por la representación de D. C. L. Á. contra D<sup>a</sup> A. C. H. sobre modificación de medidas, debo declarar y declaro haber lugar a ella, suspendiendo temporalmente por esta sentencia la vigencia del efecto 7º de la sentencia de divorcio de 26 de abril de 2006 en el que se obliga al Sr. L. al pago de una pensión compensatoria mensual a la Sra. C., obligación que recobrará vigencia en cuanto el demandado consiga un empleo. No se hace expresa condena en costas”. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, por sentencia de 20 de enero de 2009.

6.- La representación de D<sup>a</sup> A. C. H. ha instado la modificación de medidas adoptadas en la sentencia anterior, solicitando la reanudación de la vigencia de la pensión compensatoria, cuya cuantía considera que debe quedar fijada en 347,70 euros mensuales. Tras la tramitación del proceso el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 16 de Zaragoza dictó sentencia estimando la demanda y ordenó el alzamiento de la suspensión de abono de la pensión compensatoria establecida a favor de D<sup>a</sup> A. C. H. , fijando su cuantía en 290 euros mensuales. Declara que el Sr. L. se encuentra en situación de Incapacidad Permanente Absoluta, con efectos de 18 de abril de 2008, y que se ha establecido una pensión a su favor en la cuantía de 876,16 euros brutos, 806,90 euros netos en catorce pagas. Efectúa consideraciones acerca de sus ingresos y gastos, y declara comprobado que sus ingresos medios se encuentran entre 941 y 1022 euros mensuales.

7.- Interpuesto recurso de apelación por la representación de D. C. L. Á. , la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, ha dictado sentencia en fecha 31 de marzo de 2015 en sentido desestimatorio del recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida. Lo hace expresando

que la suspensión de la pensión compensatoria no era correlativa a la recuperación o no de empleo por parte del recurrente sino que hacía incidencia sobre su efectiva capacidad económica, percibiendo en ese momento –el de la suspensión- la cantidad de 450 euros mensuales por I.L.T., mientras que en la actualidad los ingresos del demandado son de 941 euros mensuales y la actora percibe 426 euros al mes, ingresos análogos a los del divorcio.

### **Motivos del recurso**

**SEGUNDO.-** La representación procesal de D. C. L. Á. ha interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El motivo por infracción procesal denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 222 de la LEC, al concurrir cosa juzgada. El motivo en que se fundamenta el recurso de casación denuncia la infracción del artículo 83, apartados 4 y 5, del Código de Derecho Foral (CDFA).

La expresión en el mismo escrito de un motivo de recurso extraordinario por infracción procesal juntamente con el relativo al recurso de casación se ampara en lo establecido en la Disposición Final Décimo Sexta, regla primera, de la LEC.

Ambos motivos del recurso han sido admitidos a trámite por auto de fecha 22 de junio de 2015, en el que se expresa que el motivo del recurso de casación se ha de contraer a las consideraciones jurídicas que en el mismo se expresan, sin afectar a la valoración probatoria efectuada en las instancias.

### **Examen del motivo por infracción procesal**

**TERCERO.-** El recurso extraordinario por infracción procesal se interpone al entender la parte recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe lo establecido en el artículo 222 de la LEC, al concurrir cosa juzgada, por haberse pronunciado sobre la suspensión de la prestación de pensión compensatoria acordada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia dictada en fecha 9 de mayo de 2008, que es firme, de forma que el

levantamiento de dicha suspensión sin concurrir la circunstancia fáctica expresada en el fallo vulnera los efectos de cosa juzgada formal y material. Invoca también la infracción del artículo 400 de la LEC, juntamente con el principio de seguridad jurídica (artículo 118 de la Constitución española) y aduce indefensión para el Sr. Losada (artículo 24 de la norma fundamental).

Desarrolla el motivo expresando que, al existir un pronunciamiento judicial firme de suspensión temporal de la obligación del pago de la pensión compensatoria, en los términos que en el fallo aparecen, y que han sido transcritos en el primer fundamento de derecho, la decisión judicial recaída en el presente proceso ordenando el recobro de la vigencia de dicha obligación sin que el Sr. Losada haya conseguido un empleo es vulneradora de los preceptos citados y produce inseguridad jurídica e indefensión.

**CUARTO.-** Con carácter general el artículo 222 de la LEC establece el efecto de la cosa juzgada respecto de las decisiones adoptadas en sentencias firmes, efecto que se apoya en razones de seguridad jurídica, de modo que el contenido de las resoluciones judiciales firmes tiene fuerza de vincular en otros procesos, bien de forma negativa o excluyente, cuando se intenta repetir el ejercicio de la misma acción en un nuevo proceso, bien de forma positiva o prejudicial, cuando se plantea un segundo juicio ejerciendo acciones que han de tener como punto de partida, y en ningún caso contradecir, lo resuelto en la sentencia anterior –sentencia del Tribunal Supremo 271/2014, de 5 de junio y las que en ella se citan-.

No obstante, este efecto resulta limitado en los procesos de familia, en los que se produce una relativización de la cosa juzgada, para salvaguardar los intereses en conflicto y mantener la fórmula de “*rebus sic stantibus*” (permaneciendo el estado de las cosas). Reiterada jurisprudencia ha establecido que una decisión sobre el reconocimiento de derechos en esta materia, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código civil, si concurre una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores: sentencias del Tribunal Supremo 917/2008, de 3 de octubre, 508/2011, de 27 de junio, y 1/2012, de 23 de enero.

En el caso presente es de observar que la sentencia dictada por el Juzgado en fecha 9 de mayo de 2008 adoptó en el fallo la decisión que se ha transcrito, aunque en su fundamentación (fundamento de derecho segundo) expresaba que “de momento al menos el demandante no está en condiciones de trabajar, sino en trabajos que requieren poca agudeza visual y por ello escasamente retribuidos, de modo que al menos mientras siga en situación de incapacidad transitoria debe suspenderse su obligación del pago de la pensión sin perjuicio de lo que pudiera establecerse más adelante si cambia su situación laboral”. Aunque la literalidad de la parte dispositiva se expresa en los términos citados, de su fundamentación jurídica puede desprenderse con facilidad que la decisión de suspensión quedaba sometida a revisión en caso de producirse cualquier cambio en la situación laboral.

**QUINTO.-** El motivo de recurso por infracción procesal debe ser desestimado ya que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expresada, la decisión judicial precedente puede ser objeto de revisión cuando se acredite un cambio relevante en las circunstancias concurrentes.

En el caso de autos la sentencia de primera instancia expresa que el Sr. L. no va a poder conseguir un empleo, al encontrarse en situación de Incapacidad Permanente Absoluta, reconocida por el I.N.S.S. con fecha de efectos a 18 de abril de 2008. Pero habiendo obtenido el derecho a una pensión, consecuencia de la declaración de incapacidad, en los términos y la cuantía que se relata en las sentencias de primera y segunda instancia, concurren los elementos fácticos para apreciar la alteración de circunstancias, en forma trascendente y duradera, lo que permite la revisión de la decisión suspensiva anteriormente acordada, de conformidad con lo establecido en los preceptos citados y en el artículo 79.5 del CDFA.

### **Examen del motivo del recurso de casación**

**SEXTO.-** El recurso de casación se interpone por un motivo único, en el que la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 83, apartados 4 y 5, del CDFA, al no tener en cuenta la sentencia dictada la desaparición del desequilibrio que servía de sustento a la asignación compensatoria

establecida a cargo del esposo, como consecuencia de la pérdida absoluta de su capacidad laboral y nuevas necesidades propias de la ceguera que padece. Desarrolla el motivo alegando que el fallo recurrido establece un incremento de la pensión compensatoria aun a pesar del claro decremento de los ingresos del Sr. L. Tras indicar que la sentencia dictada no ha tenido en consideración las necesidades propias del pagador, y que en la perceptora no ha existido variación sustancial de sus ingresos, concluye entendiéndolo que la variación no cumple las exigencias del artículo 83.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (debe entenderse del CDFa) exigido legalmente para la estimación de la pretensión de la actora.

Para el examen del motivo de casación es necesario considerar: a) la aplicabilidad al caso de las normas reguladoras de la asignación compensatoria; b) la naturaleza de la pensión compensatoria; c) la existencia de variación sustancial.

**SÉPTIMO.-** La demanda de modificación de medidas expresaba, en su hecho primero, que del matrimonio contraído por los litigantes “existen dos hijos, a los que en nada afecta este proceso pues eran independientes, incluso, cuando se tramitó el proceso de divorcio entre las partes”. Este hecho no es negado en la contestación a la demanda.

Partiendo de esta situación fáctica consideramos inaplicable al caso la regulación que en el artículo 83 del CDFa se efectúa sobre la asignación compensatoria, que se incluye en el libro I, título II, capítulo primero, sección tercera, cuya rúbrica es “*efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*”. Como ya ha establecido esta Sala en sentencia 18/2015, de 29 de junio, con referencia a otras anteriores, la asignación compensatoria del artículo 83 CDFa no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio. En ella se afirma: “*La Ley 2/2010 ha sido posteriormente refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el CDFa, aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud de Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la sección 3ª del capítulo II del Título II del Libro 1º de dicho cuerpo legal, artículos 75 a 84, bajo la rúbrica "Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo"*”.

*El artículo 75.1 CDFA no deja duda acerca de que el objeto de la sección 3ª -en la que se incluye el artículo 83- no es otro que regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio”.*

En estos casos es de aplicación la regulación de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código civil.

**OCTAVO.-** En reiteradas sentencias ha establecido esta Sala que la asignación compensatoria prevista en su momento en el artículo 9 de la Ley Aragonesa 2/2010, hoy en el artículo 83 del CDFA, no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. Así se expresan las sentencias de 15/2011, de 30 de diciembre, 1/2012, de 11 de enero, y 18/2015, de 29 de junio.

Acerca de la naturaleza y función de la pensión compensatoria la sentencia del Tribunal Supremo 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia consolidada, indica que *“como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero: La pensión compensatoria -declara- “pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:*

*a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.*

b) *Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:*

a) *Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.*

b) *Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.*

c) *Si la pensión debe ser definitiva o temporal".*

Dada esa similitud sustancial procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 97 del Código civil general, en cuanto a la pensión compensatoria fijada a favor de la Sra. C. H.

**NOVENO.-** En el motivo de recurso de casación el recurrente invoca la infracción de los apartados 4 y 5 del artículo 83 del CDFA. El primero se refiere a la revisión de la asignación en casos de variación sustancial de la situación económica del perceptor o del pagador.

Trasladado el sentido de la norma a la exégesis y aplicación de la regulación establecida en el Código civil, singularmente en su art. 100 (*Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen*), el elemento relevante es el de la consideración de si en el caso de autos se ha producido o no esa variación sustancial. Como expresa la norma, basta con que la situación económica de uno de los litigantes sea modificada sustancialmente para que pueda revisarse la pensión establecida, tanto en su cuantía como en su duración y exigibilidad.

La parte recurrente se extiende en consideraciones fácticas sobre la situación de uno y otro de los que fueron cónyuges, y realiza apreciaciones sobre la renta finalmente disponible por cada uno de ellos. De este modo desenfoca la cuestión jurídica que ha de ser centrada, según hemos expresado –y advertimos ya en el auto de admisión–, en la existencia de modificación sustancial en la situación económica de alguno de los litigantes.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial expresan claramente la modificación producida en la situación jurídica y económica del Sr. L., motivada por la nueva situación de

Incapacidad Permanente Absoluta. Este hecho, no combatido adecuadamente en el recurso, constituye la razón para que resulte posible la modificación de la pensión compensatoria en cuanto a su exigibilidad, dejando sin efecto la suspensión acordada en sentencia anterior.

Las razones expuestas hacen decaer igualmente la pretensión de que la pensión compensatoria se declare extinta.

En consecuencia el recurso de casación ha de ser desestimado, procediendo la confirmación de la sentencia impugnada.

### **Costas**

**DÉCIMO.-** De conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, si viniere a mejor fortuna y en los términos establecidos por el art. 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

### **FALLAMOS**

**PRIMERO.-** Desestimar el presente recurso de casación núm. 24/2015, en sus motivos por infracción procesal y de casación, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Belén Gabián Ubieto, en nombre y representación de D. C. L. Á., contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

**SEGUNDO.-** Imponer a la parte recurrente el pago de las costas del recurso, si viniere a mejor fortuna.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvase las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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

