



Universidad
Zaragoza



ReICAZ
Real e Ilustre Colegio de
Abogados de Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

*DICTAMEN JURÍDICO CON OBJETO DE VALORAR LA
CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA Y LA EXCEPCIÓN
PROCESAL DE COSA JUZGADA EN UN
PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS
PATERNOFILIALES*

Autora

JULIA GÓMEZ MARTÍNEZ

Tutor Académico

JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

REAL E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA

CURSO 2023-2024

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO	3
II.	CUESTIONES DE INTERÉS	12
III.	NORMATIVA APLICABLE.....	12
IV.	FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	13
	1. Posibilidades de impugnación de la Sentencia N° 324/2023 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de septiembre de 2023 desde la perspectiva del demandado.....	13
	1.1 Sentencia del Tribunal Supremo nº 146/2011 de 9 de marzo	19
	1.2 Sentencia del Tribunal Supremo nº 718/2014 de 18 de diciembre	20
	2. Estudio sobre la posible falta de congruencia de la Sentencia N° 324/2023 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de septiembre de 2023.....	22
	3. Estudio sobre la apreciación de cosa juzgada en la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº16 de Zaragoza dictada el 16 de enero de 2024.	24
V.	CONCLUSIONES.....	29
VI.	BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA	30
	1. BIBLIOGRAFÍA.....	30
	2. JURISPRUDENCIA.....	30

Dictamen que, a petición de D. Eduardo Pérez, emite Dña. Julia Gómez Martínez a fecha 30 de enero de 2024, con objeto de analizar las resoluciones dictadas en dos procedimientos de modificación de medidas paterno-filiales, en relación a la congruencia y la excepción procesal de cosa juzgada, y todo ello con fundamento en los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO¹

PRIMERO.- Matrimonio y nacimiento del hijo común

Dña. Carla Fernández y D. Eduardo Pérez, contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 21 de junio de 2011. Fruto de dicha relación material nació, el 1 de abril de 2015, Alejandro Pérez Fernández, primer y único hijo de la pareja.

SEGUNDO.- Procedimiento de divorcio contencioso

Los esposos pusieron fin a su convivencia matrimonial, dictándose Sentencia nº 489/2016 de divorcio por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Zaragoza, procedimiento divorcio contencioso 285/2016. La resolución es firme desde el 20 de enero de 2017.

En dicha sentencia se establecieron las siguientes medidas paterno-filiales respecto del hijo común menor de edad:

La patria potestad se iba a ejercer entre ambos progenitores conjuntamente. Se otorgó la guardia y custodia del menor a la progenitora, Dña. Carla Fernández, estableciéndose un régimen de visitas a favor de D. Eduardo Pérez consistente en una visita intersemanal y fines de semana alternos. Asimismo se estableció al Sr. Pérez la obligación de contribuir con 400 euros mensuales a los alimentos de su hijo, así como sufragar las dos terceras partes de los gastos extraordinarios, debiendo satisfacer el tercio restante la Sra. Fernández.

TERCERO.- Primer procedimiento de modificación de medidas. Primera instancia.

¹ Los nombres y situaciones aquí empleados son ficticios y ajenos a la realidad

El 6 de abril de 2022 D. Eduardo decide interponer demanda de modificación de medidas contra Dña. Carla. Solicita que se cambie el régimen de guardia y custodia exclusiva en favor de la madre a un régimen compartido por periodos quincenales.

Asimismo se solicita como régimen más beneficioso para el menor que el régimen de visitas, estancias y comunicaciones durante los períodos vacacionales (fiestas de Navidad, Semana Santa y vacaciones estivales), se mantengan tal y como acordó el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Zaragoza en Sentencia nº 489/2016.

El actor fundamenta tales pretensiones en la existencia de nuevas y distintas circunstancias de las que se tuvieron en cuenta en el procedimiento de divorcio.

Asegura que su hijo, quien contaba con 7 años de edad en aquel momento, le venía demostrando, en repetidas ocasiones, su voluntad de pasar más tiempo con su padre.

Asimismo manifiesta que reside de forma habitual en una localidad cercana a la de la Sra. Fernández por lo que el menor no tendría que romper ni con su ambiente social, ni con su ambiente escolar. En este sentido indica que la hija de su actual pareja cursa los estudios en el mismo centro escolar que Alejandro, por lo que podría llevar a ambos cada día al colegio.

Además refiere que dispone de un nuevo trabajo cuyo horario laboral le sitúa en una posición idónea para ejercitar dicha guarda y custodia compartida pudiendo asumir las funciones y obligaciones derivadas de su cualidad de padre.

Finalmente dado que el menor Alejandro pasaría exactamente el mismo periodo de tiempo al año con cada uno de los progenitores en el domicilio de estos, cada uno se haría cargo de los gastos que se ocasionen durante dicha convivencia, por lo que se solicita la extinción de la pensión alimenticia fijada en 400€.

De igual modo, respecto de las necesidades de ropa y educación, libros, material escolar que el menor requiera, así como los gastos extraordinarios que el mismo pudiera generar, solicita que sean sufragados por ambos progenitores a partes iguales.

Por último, el Sr. Pérez solicita como prueba anticipada, y al amparo del interés superior del menor, que el equipo psicosocial adscrito al Juzgado emita informe detallado sobre el menor y sobre la aptitud y actitud de los padres.

La demanda es admitida a trámite y en fecha 18 de noviembre de 2022 la parte contraria presenta contestación.

En primer lugar se oponen a la misma alegando una falta de acreditación absoluta por parte del Sr. Pérez del cambio de circunstancias que manifiesta.

Y en segundo lugar, instan a una desestimación íntegra de la demanda asegurando que la única finalidad de la misma es la extinción de la pensión de alimentos, priorizando el actor su situación económica al bienestar de su hijo menor.

Asimismo, proponen una modificación respecto del régimen de visitas y comunicaciones: solicitan la supresión de las visitas intersemanales, al haber conflictividad con la pareja actual de D. Eduardo.

El 20 de enero de 2023 se celebra el acto de vista, sin que se consiga llegar a un acuerdo. Se procede a la práctica de la prueba y tras esta, se concede trámite de conclusiones. En este momento, la representación del Sr. Pérez solicita, como petición subsidiaria, una rebaja de la pensión de alimentos a 250€, alegando una situación de desempleo sobrevenida tras la interposición de la demanda, así como el nacimiento de un nuevo hijo con su actual pareja. Para lo cual se aportó en el mismo acto certificado en el que figura D. Eduardo como demandante de empleo así como solicitante de prestación contributiva.

Finalmente se dicta sentencia en fecha 14 de febrero de 2023 por la que se desestima la modificación del régimen de custodia y la extinción de la pensión de alimentos, solicitada por D. Eduardo, y se desestima, igualmente, la modificación del régimen de visitas solicitada por Dña. Carla, manteniendo las medidas tal y como se acordaron en el proceso de divorcio.

En relación a la petición subsidiaria, señala la sentencia que, si bien el despido es un hecho sobrevenido, nos encontramos ante una pretensión nueva introducida de forma extemporánea en el trámite de conclusiones, y respecto del nacimiento de un nuevo hijo se indica que se trata de un hecho nuevo. Por todo ello se insta al Sr. Pérez a iniciar un nuevo procedimiento de modificación de medidas en el que se valore si ha habido o no una alteración sustancial, indicándole que no puede aprovechar el presente proceso para

introducir una nueva pretensión en tanto estas quedan determinadas en los escritos de demanda y contestación.

**CUARTO.- Primer procedimiento de modificación de medidas.
Interposición de recurso de apelación.**

El 19 de marzo de 2023, la representación procesal de D. Eduardo Pérez interpone recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia.

En esencia se reproducen los argumentos alegados en la demanda, si bien, se añade un último apartado, mediante el cual se solicita expresamente la rebaja de la pensión de alimentos a 250€ en caso de no acordarse la modificación del régimen de guardia y custodia y la extinción de la misma. Todo ello con base en la nueva situación de desempleo del Sr. Pérez y el nacimiento del nuevo hijo, tal y como se manifestó en el acto de la vista.

Se admite a trámite el recurso y se da traslado del mismo a la otra parte. La Sra. Fernández interpone oposición manifestando una ausencia de base procesal y jurisprudencial puesto que asegura, no se han alegado errores procedimentales ni de legislación aplicable al caso que hagan factible la apreciación del recurso.

Asimismo invoca de nuevo la falta de acreditación por parte del Sr. Pérez de las nuevas circunstancias que manifiesta en la demanda, y respecto de la rebaja de la pensión, se remite a la sentencia recurrida considerándola extemporánea.

**QUINTO.- Segundo procedimiento de modificación de medidas.
Interposición de la demanda.**

Así las cosas, estando el recurso pendiente de resolución, el 12 de septiembre de 2023, D. Eduardo presenta nueva demanda de modificación de medidas contra Dña. Carla.

En los hechos de la demanda se pone de manifiesto que las circunstancias personales y económicas del Sr. Pérez han cambiado generando que sus ingresos se hayan visto disminuidos considerablemente.

En primer lugar se refiere una pérdida de trabajo por parte de D. Eduardo, pasando a cobrar una prestación contributiva por desempleo. Y en segundo lugar se alega el

nacimiento de un nuevo hijo con su actual pareja, también en situación de desempleo, lo cual conlleva un aumento en los gastos mensuales. Para acreditar tales extremos se acompaña con la demanda certificado del Servicio Público de Empleo Estatal de Zaragoza, certificado de nacimiento y certificado de matrimonio.

Por lo expuesto aseguran que el demandante se ve incapaz de poder hacer frente al pago de la pensión mensual de alimentos de 400€ por lo que solicitan su reducción a la cantidad de 150€. Asimismo, en relación a los gastos extraordinarios, solicitan que únicamente se tenga que abonar el 50% de aquellos que tengan un carácter excepcional; es decir, que no sean periódicos ni previsibles en el momento de su fijación; que no sean gastos caprichosos y arbitrarios; que sean gastos acomodados a las posibilidades económicas y reales de ambos progenitores; y que hayan sido previa y expresamente consensuados y consentidos entre los progenitores.

Por último, mediante otro si digo, se interesa que se acuerde el recibimiento del pleito a prueba, designando a tal efecto todos los archivos públicos y privados que tengan relación con el presente procedimiento.

SEXTO.- Resolución del recurso de apelación interpuesto en el primer procedimiento de modificación de medidas.

El 16 de septiembre de 2023 la Audiencia Provincial de Zaragoza dicta Sentencia N° 324/2023 desestimando íntegramente el recurso interpuesto por D. Eduardo.

El fundamento de derecho primero responde al siguiente tenor literal:

*«Reurre el actor la Sentencia de instancia suplicando su revocación y se establezca la custodia compartida del hijo menor, ALEJANDRO, por períodos quincenales, extinción de la pensión de alimentos y con las medidas inherentes en cuanto a régimen de visitas con la madre, **y, subsidiariamente, en caso de no adoptarse dichas medidas, se rebaje la pensión alimenticia establecida a su cargo a la suma de 250€ mensuales**, con fundamento implícito en error valorativo de la prueba practicada en el proceso».*

En el fundamento segundo se deniega la modificación de la custodia y guardia compartida, así como la extinción de los alimentos, acogiendo los razonamientos que realiza la sentencia de primera instancia.

Por último, en el fundamento tercero, la Sala entra a conocer sobre la solicitud de rebaja de la pensión alimenticia. La misma se desestima argumentando que la trayectoria laboral de D. Eduardo permite considerar tal situación de desempleo como coyuntural y temporal, por lo que no existe razón para la variación de una medida encaminada a contribuir a la subsistencia y crianza de un menor, siendo reducidos los ingresos de la madre.

Finalmente la Sala falla:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. EDUARDO PEREZ, contra la sentencia de fecha 14-02-2023 dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 14 DE ZARAGOZA en Familia. Modificación medidas supuesto contencioso n° 581/2022 debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada».

SÉPTIMO.- Segundo procedimiento de modificación de medidas. Contestación a la demanda.

Mediante decreto de 18 de diciembre de 2023 la segunda demanda de modificación de medidas es admitida a trámite.

Al día siguiente se emplaza a la demandada mediante cédula de citación para que conteste a la demanda mediante escrito con firma de abogado y representada por procurador. Finalmente, el 20 de diciembre de 2023, la representación procesal de Dña. Carla Fernández presenta la contestación a la demanda de modificación de medidas.

Con carácter previo, la parte demandada alega una serie de excepciones procesales. Mediante motivo único razonan la existencia de cosa juzgada y preclusión.

Aseguran que al haber habido un pronunciamiento expreso de la Audiencia Provincial sobre la rebaja de la pensión solicitada expresamente en el recurso, existe identidad de

sujetos, objeto y causa de pedir entre la Sentencia N° 324/2023 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de septiembre de 2023 y el presente procedimiento.

En primer lugar se hace una breve mención a la figura de la litispendencia. Se explica que en el momento en el que se presentó la nueva demanda, en fecha 12 de septiembre de 2023, aún estaba pendiente de resolución el recurso de apelación presentado por el actor en el procedimiento anterior. Aseguran que la pretensión subsidiaria de rebaja de la pensión era, no sólo de la misma naturaleza que el objeto principal de este nuevo procedimiento, sino que estaba basada en los mismos argumentos.

Por lo tanto concluyen, que al tiempo de la interposición de la demanda se dio litispendencia por estar conociendo y estar pendiente de resolución este mismo asunto por parte de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Sin embargo, añaden que, al haber recaído sentencia con fecha 16 de septiembre de 2023, notificada a las partes con fecha 18 de septiembre de 2023, los efectos jurídicos previstos decaerían, motivo por el cual consideran que procedería valorarse la excepción de cosa juzgada.

Asimismo consideran que debe operar la preclusión de acciones e incluso de alegaciones o fundamentaciones, aun cuando se argumenten ex novo o se aporten nuevos documentos, porque aseguran ya pudieron ser esgrimidos por el actor en el momento procesal oportuno.

Subsidiariamente, en caso de no apreciarse las excepciones procesales, formulan expresa oposición a la demanda. Consideran que no procede estimar la rebaja de la pensión toda vez que no se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias.

En relación con la situación de desempleo alegada afirman que no puede ser considerada como una modificación sustancial, dado que puede responder a diversas razones, muchas de las cuales son coyunturales. Añaden que analizando la trayectoria laboral del actor, es más que evidente la puntualidad de la situación de desempleo.

En cuanto al nacimiento de un nuevo hijo alegan que, si se compara la situación existente durante la tramitación del procedimiento anterior con la del presente, tampoco puede considerarse que hayan variado las circunstancias.

Por otro lado explican que no habría nada que alegar sobre la situación de desempleo de la actual pareja del actor, dado que únicamente aportan la denegación de una prestación sin acreditar como perdió el empleo o si fue una baja voluntaria, si se estuvo disfrutando de una prestación con anterioridad pero se ha agotado, etc.

Por último, en relación con los gastos aportados destacan, en primer lugar, la existencia de numerosos gastos incluidos pero sin soporte documental, como el alquiler de la vivienda o varias facturas mensuales de luz. Y en segundo lugar, sobre los gastos con soporte documental, explican que, o bien son los normales de cualquier familia y en importes más bien bajos que la mayoría de los que hay en el mercado (alquiler, luz, comida, colegio...), o bien son de carácter accesorio y libremente asumidos por el actor, como recibos de un coche nuevo o incluso los recibos de Netflix.

Por todo lo expuesto aseguran que el único cambio que se habría producido sería el nivel de vida del actor, el cual ha ido encareciéndose de forma voluntaria y negligente. Dicha situación la contrastan con la de la demandada que se encuentra en situación de desempleo y sin derecho a percibir prestación alguna. Si bien, pese a estas complicadas circunstancias se ve obligada a sufragar la mayoría de los gastos ordinarios y extraordinarios del menor ante las negativas del actor.

Finalmente suplican al juzgado la desestimación íntegra de la demanda interpuesta y mantenga la cuantía de la pensión de alimentos en favor del hijo menor por importe de 400€, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe al haber presentado la demanda con los vicios procesales señalados, y en cuanto al fondo vacía de toda argumentación.

Se señala el 10 de enero de 2024 como fecha para celebrarse el acto de vista.

OCTAVO.- Segundo procedimiento de modificación de medidas. Sentencia de primera instancia.

Finalmente, el 16 de enero de 2024, el Juzgado de Primera Instancia nº16 de Zaragoza dicta sentencia y, ya adelantamos, se termina apreciando la excepción procesal de cosa juzgada.

Se hace referencia, en primer lugar, a la situación de litispendencia. Asegura la sentencia que en el momento de presentarse la demanda de las actuaciones sí que concurría dado que aún estaba pendiente de resolverse el recurso de apelación sobre idéntica pretensión: la rebaja de la pensión de alimentos, variando únicamente la cantidad. Asegura que lo adecuado y procedente hubiera sido esperar a que el tribunal de apelación decidiese lo correspondiente y ello es así porque es evidente de que en el caso de que la Audiencia hubiese estimado el recurso en sentido favorable al actor sobre esta medida económica, es obvio que no se hubiera acudido a otro posterior procedimiento. Si bien concluye que, al ya haber recaído sentencia, no cabe apreciar tal excepción, por ello continúa razonando sobre la cosa juzgada.

Tras realizar un análisis de la prueba practicada razona la sentencia que la situación invocada por el demandante es exactamente la misma que concurría cuando se interpuso el anterior procedimiento de modificación de medidas: había constituido una nueva unidad familiar, tenía otro hijo, deudas, alquiler de vivienda (no acreditado porque dijo al ser preguntado en el acto de la vista que el contrato fue verbal) y lo cual ya fue considerado por el tribunal de apelación. Es decir, asegura que se presentó una demanda de modificación de medidas que en el aspecto económico, que es el que aquí interesa, era exactamente igual a la anterior.

Razona la juzgadora que, aunque en derecho de familia sea absolutamente inusual porque es cierto que de forma frecuente se suceden cambios en la situación personal, laboral, económica o de otra índole de los miembros de la familia, en este caso el procedimiento anterior y el presente contemplan supuestos idénticos que conllevan la apreciación de cosa juzgada.

Por todo ello, la sentencia falla:

«Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Eduardo Pérez contra D^a Carla Fernández y en consecuencia confirmar las anteriores resoluciones judiciales dictadas y en concreto la sentencia de 20 de enero de 2017 que establecía la pensión de alimentos a favor del hijo común en 400 euros al mes. Procede imponer las costas causadas al actor al haber actuado con temeridad y mala fe».

II. CUESTIONES DE INTERÉS

Ante esta situación se plantean las siguientes cuestiones:

1. ¿Podría haber impugnado el demandante la Sentencia nº 324/2023 de la Audiencia Provincial de Zaragoza?
2. ¿Incorre en un vicio de incongruencia la Sentencia nº 324/2023 dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza?
3. ¿Es procedente la apreciación de cosa juzgada que se realiza en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº16 de Zaragoza?

III. NORMATIVA APLICABLE

Constitución Española (CE)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC)

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Posibilidades de impugnación de la Sentencia N° 324/2023 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de septiembre de 2023 desde la perspectiva del demandado

Una adecuada respuesta a las cuestiones objeto de este dictamen requiere atender a la recientísima reforma que introdujo el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio y que entró en vigor el pasado 29 de julio.

Antes de la reforma, la vía de recurso extraordinario frente a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales se caracterizaba por la dualidad. En un principio, en función del tipo de norma infringida, procesal o sustantiva, se podía interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, siendo ambos recursos incompatibles entre sí. Sin embargo, en la práctica, a consecuencia del régimen transitorio impuesto por la disposición final 16ª y en espera a una reforma de la LOPJ que nunca llegó, dicha incompatibilidad fue suprimida siendo lo más habitual el ejercicio conjunto de ambos recursos.

Tras la reforma, pese a no prever el nuevo Real Decreto su derogación expresa, como si lo hace con la regulación del recurso en interés de ley², el recientísimo Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, deja sin contenido la regulación referente al recurso extraordinario por infracción procesal³.

Así las cosas, habiendo explicado brevemente cual es el panorama jurídico actual del recurso de casación, pasaremos a desarrollar cual hubiera sido la opción de recurrir la segunda instancia de D. Eduardo Pérez.

² Artículo 225 apartado Diecisiete «Se suprime el Capítulo VI del Título IV del Libro II, en materia de recurso en interés de la Ley, dejando sin contenido los artículos 490 a 493».

³ Artículo 103 apartado Noventa y dos «Se suprime el Capítulo IV del Título IV del Libro II, dejando sin contenido los artículos 468 a 476».

Comenzando con la legitimación, dispone el artículo 488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «contra las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley». Es evidente que el Sr. Pérez se encuentra legitimado para interponer el recurso al haber visto desestimadas la totalidad de sus pretensiones.

Por otro lado, en relación con la competencia, de conformidad con el artículo 478.1 LEC⁴, al fundamentar el recurso únicamente en la infracción procesal, será competente para conocer del recurso la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Uno de los elementos clave será determinar el motivo que fundamentaría el recurso. Antes de la reforma las causas para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal se limitaban a un catálogo cerrado de motivos interpretados restrictivamente (J.F. Etxebarria Guridi), sin embargo el legislador actual ha optado por establecer una cláusula general: infracción de norma procesal.

En nuestro caso, el principal problema que encontramos en la sentencia no es tanto la desestimación de las peticiones, sino el pronunciamiento expreso sobre la rebaja de la pensión. Y esto es así porque es lo que provocó que en el segundo procedimiento se apreciara la excepción de cosa juzgada, imposibilitando cualquier valoración sobre el fondo del asunto.

Es evidente que el modo correcto de proceder hubiera sido instar directamente un nuevo procedimiento sin necesidad de haber recurrido la primera instancia. Si bien, tal y como se desarrollaron las actuaciones, una solución hubiera sido recurrir en casación la sentencia de la Audiencia para tratar de anular tal pronunciamiento. Por ello lo primero que deberemos delimitar es si el momento y la forma que usó la parte demandante para solicitar la rebaja de la pensión fueron válidos o si por el contrario no podían tener cabida en el procedimiento.

En primer lugar y siguiendo con la línea de cómo se desarrollaron los acontecimientos, estudiaremos si la petición de rebaja efectuada en trámite de conclusiones orales fue correcta, o si por el contrario habría operado el principio de preclusión y la misma no podía ser formulada en aquel momento.

⁴ Artículo 478.1.I LEC «El conocimiento del recurso de casación corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo»

La preclusión supone «la extinción en un concreto proceso de los poderes jurídico-procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en ese proceso» (Vallines).

La normativa es aparentemente clara ante esta cuestión, así, el artículo 412 LEC dispone que «establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente». Si bien, el apartado dos del precepto introduce un pequeño matiz: la posibilidad de formular alegaciones complementarias.

En este sentido cabría preguntarse si esta posibilidad supone una verdadera excepción a la norma general de la *mutatio libelli*. Pues bien parece que la propia norma nos da la respuesta, así el artículo 426.1 LEC⁵ limita estas alegaciones a aquellas que no supongan una alteración sustancial y en este mismo sentido el artículo 433 LEC⁶ prohíbe la posibilidad de alterar las pretensiones en el trámite de conclusiones (intención que tuvo la actora en el procedimiento).

De esta manera, estas alegaciones complementarias no podrán suponer una modificación de los elementos que conforman el objeto del proceso: sujetos, petitum y causa de pedir (Vallines).

En referencia al petitum, es preciso señalar que el artículo 426.3 LEC⁷ prevé expresamente la posibilidad de introducir pretensiones accesorias. La Audiencia Provincial de Ciudad Real en Sentencia nº 114/2011 de 8 abril se pronunció a este respecto: «*La doctrina científica interpreta este precepto entendiendo que son admisibles las alegaciones de modificación de pretensiones siempre que reúnan alguna de las características siguientes:*

1) Consistir en una supresión o reducción de las pretensiones interpuestas.

⁵ Artículo 426.1 LEC «En la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario»

⁶ Artículo 433.3 LEC «Expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento»

⁷ Artículo 426.3 LEC «Si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad»

2) *Suponer la extensión o ampliación, cualitativa y cuantitativa, de las pretensiones, siempre que no alteren la petición inicial, sino que acompañen a la misma por vía de aclaración, conexión o deducción».*

De una primera lectura se podría entender que la solicitud de rebaja de la pensión que realizó el Señor Pérez supone una reducción de la petición inicial de extinción, sin embargo, como veremos más adelante, no debemos llegar a conclusiones precipitadas.

Centrándonos ahora en la causa de pedir, es preciso señalar que la misma se conforma, no solo por el punto de vista jurídico que el actor ha querido hacer valer, sino también de los hechos *esenciales* que son indispensables para poder identificar ese punto de vista (Vallines).

Por ello estas nuevas alegaciones solo podrán referirse a hechos *accesorios* o argumentos jurídicos que respeten el punto de vista jurídico que se ha hecho valer (Vallines).

En su primera demanda, el Señor Pérez deja claro que lo que pretende es, con base a una mejora de la relación con el menor, un nuevo trabajo y una nueva residencia (causa de pedir), una modificación del régimen de guardia y custodia exclusiva a uno compartido (*petitum*) y a consecuencia de ello la extinción de la pensión alimenticia. Es decir, que la modificación del régimen actuaría no solo como *petitum* sino también como causa de pedir. Adviértase que la extinción de la pensión alimenticia es una petición accesoria que se insta como consecuencia de la modificación del régimen de guarda y custodia. Se apoya y descansa, causalmente, en la procedencia de tal modificación. Por este motivo hemos señalado que la modificación del régimen de guarda y custodia se configura como *petitum* principal y, ciertamente, como causa de pedir respecto del segundo *petitum*, este es la extinción de la pensión de alimentos.

Por otro lado, en el trámite de conclusiones de la vista se solicita, de forma subsidiaria, la rebaja de la pensión (*petitum*), si bien alegando una situación sobrevenida de desempleo y el nacimiento de un nuevo hijo (causa *petendi*). Es decir, no solo se está añadiendo una nueva pretensión, sino que la misma se fundamenta en unos hechos que nada tendrían que ver con la principal, siendo incluso contrarios a los alegados en la demanda. Adviértase que ahora se alega una pérdida sobrevenida del empleo cuando en la demanda se adujo un nuevo trabajo para instar la modificación del régimen de

custodia. En esencia, lo que pretende el recurrente es la introducción de un nuevo petitum con su propia causa petendi independientes de lo solicitado en la demanda.

En consecuencia no podemos considerar dicha petición como una accesoria o complementaria porque, aunque pueda parecerlo, nada tendría que ver con el petitum principal ni con la causa petendi original. En su virtud, como señaló la sentencia de primera instancia, el momento para solicitar la rebaja ya habría precluido, siendo la manera correcta de proceder la de instar un nuevo procedimiento de modificación de medidas.

Por lo tanto, una vez tenemos claro que nos encontramos ante una nueva pretensión debemos ahora preguntarnos si el actor contaba con la posibilidad de introducir la misma por vía de recurso. Ya adelantamos que la respuesta debe ser negativa.

Dice el artículo 456.1 LEC que «en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, **con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas** ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

Senda y pacífica jurisprudencia ha reiterado que *«la prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental del recurso de apelación, recogido en el art. 456.1 LEC. (...) El apelante no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el tribunal que conozca del recurso las adopte, y revoque por tal motivo la sentencia apelada. Y, correlativamente, el tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución correcta»*. (STS 23/2016 de 3 de febrero de 2016).

Y esto es porque la preclusión de un poder procesal despliega sus efectos extintivos durante todas las fases, instancias y recurso en que el proceso en el que la preclusión se produjo pueda descomponerse (Vallines).

En consecuencia, como bien deja claro el legislador y la jurisprudencia, la rebaja de pensión no podía tener cabida en el recurso de apelación porque no fue formulada con la demanda.

Por lo tanto, si la petición subsidiaria no tenía cabida ni el trámite de conclusiones ni el recurso de apelación, podemos concluir que el pronunciamiento que realiza la Audiencia supone una extralimitación. Por lo que ya tendríamos delimitado cual sería el motivo que fundamentaría el recurso de casación: infracción de una norma procesal, concretamente del artículo 218⁸, 412.1⁹ y 456.1¹⁰ LEC.

Sin embargo, para que el recurso pueda ser admitido la normativa exige que además exista interés casacional. En la exposición de motivos de la LEC el legislador lo define como el interés que puede presentar la resolución de un recurso de casación y que trasciende del que tuvieron las partes en el proceso.

El artículo 477.3 LEC contempla que existe interés casacional cuando la resolución se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, cuando exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o cuando no haya jurisprudencia sobre la norma aplicada en el asunto.

A estas tres opciones, la reforma introduce una última posibilidad, esta es, cuando concorra interés casacional notorio. En este sentido el artículo 477.4 LEC dispone: «La Sala Primera o, en su caso, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, podrán apreciar que existe interés casacional notorio cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de **interés general** para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica. Se entenderá que existe interés general cuando la cuestión afecte potencial o efectivamente

⁸ Artículo 218.1 «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate».

⁹ Artículo 412.1 «Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente.

¹⁰ Artículo 456.1 «En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

a **un gran número de situaciones**, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso».

De estas cuatro posibilidades, la que mejor encuadre podría tener en nuestro caso objeto de estudio y la que por ende mostraría mayores posibilidades de admisión, sería la primera de todas, esta es «Cuando la resolución se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo». En este sentido, el artículo 1.6 CC¹¹ configura la jurisprudencia como doctrina reiterada establecida por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, costumbre y los principios generales del derecho. Ergo, la exigencia de esa reiteración de doctrina conlleva a la necesaria existencia de varios pronunciamientos coincidentes, es decir, dos o más sentencias, contenidos en la parte dispositiva ((J.F. Etxebarria Guridi).

Por ende, el objetivo consistirá en buscar dos o más sentencias en las que el Alto Tribunal desarrolle su doctrina sobre la posibilidad, o más bien, imposibilidad, de alegar cuestiones nuevas en el recurso de apelación.

1.1 Sentencia del Tribunal Supremo nº 146/2011 de 9 de marzo

Encontramos en primer lugar la STS de 9 de marzo de 2011. Brevemente, los hechos serían los siguientes: La mercantil A formuló acción de cumplimiento de contrato de gestión en relación con la venta de viviendas de una promoción y consiguiente reclamación de las cantidades debidas por ese concepto. La demandada, mercantil B, se opone en base a la concurrencia de nulidad del contrato por falsedad de la causa y la imposibilidad de vincularle. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 425.206 euros. La mercantil B recurre en apelación introduciendo como petición subsidiaria una minoración de la cantidad objeto de condena en razón a los trabajos efectuados por la recurrente en la venta de viviendas y que no pueden ser imputables a la demandante. La Audiencia estima tal petición considerando que la misma no supone una cuestión nueva, al quedar inscrita en su petición inicial de desestimación de la demanda. La mercantil A interpone recurso extraordinario por infracción procesal alegando infracción del artículo 216 LEC

¹¹ Artículo 1.6 CC «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»

al haberse resuelto sobre cuestiones no planteadas en la contestación a la demanda. El Alto Tribunal estima íntegramente el recurso y razona:

«Los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. (..) Es decir, el contenido del proceso lo fijan las partes como consecuencia del principio dispositivo y de rogación que rige en el proceso y que queda delimitado por los escritos de demanda y de contestación, sin que después de los mismos puedan las partes introducir variaciones sustanciales en virtud de la prohibición de mutatio libelli, lo que tiene su fundamento en la garantía de un ordenado desarrollo del proceso y en el respeto del principio de contradicción y el derecho de defensa, cifrado en la posibilidad de alegar y probar sobre los hechos relevantes aducidos. Entre otras cosas, supone que el demandado no puede modificar de forma sustancial su defensa una vez que ha contestado la demanda».

1.2 Sentencia del Tribunal Supremo nº 718/2014 de 18 de diciembre

Y como segunda sentencia escogería la STS 718/2014 de 18 de diciembre.

D. Melchor interpuso una demanda contra la mercantil C en la que solicitaba que se declarara la nulidad de las cuatro órdenes de compra de valores firmadas por el Sr. Melchor por vicio de error en el consentimiento y se condenara a la mercantil a restituirle el precio de compra, doce millones de euros, más el interés legal desde la fecha del pago; y, subsidiariamente, si no fuera estimada la acción de nulidad, se declarara la resolución de las cuatro órdenes de compra por incumplimiento por la mercantil C de sus obligaciones contractuales y legales, y se condenara a la demandada a restituirle el precio de compra por importe de doce millones de euros, más el interés legal. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimó la demanda. El demandante recurrió en apelación la sentencia y solicitó a la Audiencia Provincial que la revocara y estimara íntegramente la demanda iniciadora del litigio y, subsidiariamente, condenara a la mercantil C a indemnizar los daños y perjuicios causados por importe de 11.124.400 euros, más los intereses correspondientes.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Y en relación con la petición subsidiaria formulada en el recurso de apelación, consideró que se trataba de

una innovación que no era admisible en el recurso de apelación, que era una revisión de lo actuado en primera instancia, no un nuevo juicio, y por tanto no permitía resolver cuestiones distintas de las planteadas en primera instancia, por lo que se trataba de una alteración del objeto de la litis sustancial y extemporánea.

El demandante formuló recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, considera incongruente la sentencia al inadmitir la pretensión de indemnización de daños y perjuicios. El Tribunal Supremo desestima íntegramente el motivo de casación y razona:

*«La prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental del recurso de apelación. Se recoge en el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que en el recurso de apelación podrá perseguirse que se revoque una sentencia «con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia». Impide que ante el tribunal de apelación se planteen recursos de apelación sobre cuestiones no alegadas oportunamente en la primera instancia y, por tanto, respecto de las que no se ha dado al juzgado de primera instancia la posibilidad de resolverlas. 2.- Esta exigencia no es un formalismo retórico o injustificado. Es una regla que entronca con la esencia del recurso de apelación. **La pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir esencialmente con la planteada en la primera instancia.** El tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución correcta. El recurrente puede pretender que el tribunal de apelación revoque la sentencia de primera instancia porque esta no haya resuelto oportunamente las cuestiones de hecho y de derecho planteadas oportunamente en los trámites alegatorios de la primera instancia (fundamentalmente, la demanda, la contestación y las alegaciones complementarias de la audiencia previa), pero **no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el tribunal que conozca del recurso las adopte**, y revoque por tal motivo la sentencia apelada».*

En conclusión, la peculiar y complicada forma en la que se desarrollaron las actuaciones imposibilitó que el Sr. López pudiera hacer valer sus pretensiones en un segundo

procedimiento, por ello una posible vía de actuación hubiera sido la interposición del presente recurso en aras de anular el pronunciamiento que realizó la Audiencia sobre la rebaja de la pensión, evitándose así la apreciación de cosa juzgada que se produce el futuro.

Si bien, tal y como se expone en los hechos, el fallo de la segunda instancia se limita a confirmar la sentencia dictada en la primera. Por ello, llegados a este punto, cabría plantearse una pregunta de amplísima relevancia, ¿la sentencia dictada por la Audiencia incurre realmente en un vicio de incongruencia?

2. Estudio sobre la posible falta de congruencia de la Sentencia N° 324/2023 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de septiembre de 2023

Después de haber delineado los principios a considerar para abordar la cuestión que nos ocupa, estamos en condiciones de pronunciarnos sobre la posible falta de incongruencia en la que habría incurrido la sentencia de la Audiencia Provincial.

El deber de congruencia de las sentencias se configura en nuestro derecho como uno de los pilares fundamentales del proceso. En este sentido el artículo 218 LEC establece que «Las sentencias deben ser claras, precisas y **congruentes** con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito». Sin embargo nada se especifica sobre qué debe de cumplir una sentencia para que pueda considerarse congruente, es por ello que acudiremos a la doctrina y a la jurisprudencia en busca de la respuesta.

Entiende la doctrina que la congruencia se puede definir como la preceptiva vinculación del Juez a las pretensiones privadas de las partes, impuesta por el principio dispositivo que preside el proceso civil (S. Calaza López).

Por su parte, el Alto Tribunal ha definido el deber de congruencia como «*la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia*» (STS 173/2013, de 6 de marzo).

Esta incongruencia puede obedecer a la concesión de más de lo pedido (ultra o supra petita), o cuando se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones

alegadas por las partes (infra o citra petita), o incluso cuando se realiza un pronunciamiento sobre algo distinto y ajeno a lo suplicado por las partes (extra petita).

Tal y como hemos explicado previamente, la petición de rebaja de la pensión no formaba parte del objeto del proceso, por lo que, parece consecuencia previsible afirmar que la sentencia de la Audiencia incurre en un vicio de incongruencia extra petita, toda vez que, en apariencia, se pronuncia sobre elementos o extremos ajenos a lo suplicado por las partes. Debemos, sin embargo, ahondar un poco más antes de dar una respuesta.

Como se ha señalado con anterioridad, la jurisprudencia define la congruencia como la necesaria correlación entre lo suplicado por las partes y el fallo de la sentencia. Pues bien, si atendemos al caso concreto observamos que, pese al pronunciamiento existente en los fundamentos de derecho sobre la rebaja de la pensión, el fallo de la sentencia desestima íntegramente el recurso interpuesto y se limita, únicamente, a confirmar la resolución dictada en primera instancia. Es decir, que en esencia podríamos afirmar que, pese al pronunciamiento existente en la fundamentación jurídica, el tribunal no resuelve o no decide sobre la rebaja de la pensión dado que la primera instancia no entró a conocer tal cuestión. Por lo tanto, ¿podría considerarse que la sentencia de la Audiencia es realmente incongruente?

Conforme al artículo 209 LEC, las sentencias se encuentran estructuradas en encabezamiento, antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo. Centrándonos en los dos últimos, dispone el precepto que aquellos darán las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, mientras que este deberá pronunciarse sobre las pretensiones de las partes procediendo a la estimación o desestimación. Es decir, los fundamentos de derecho de una sentencia justifican pero no disponen. La decisión final del juez o tribunal, la parte dispositiva de la sentencia, se encuentra y limita únicamente en el fallo. Es por ello que no existe incongruencia en la sentencia de la Audiencia, pero ya no solo por motivos meramente formales, sino sobre todo materiales. El fallo no salva la falta de pronunciamiento en la primera instancia, incluyendo una desestimación expresa, sino que únicamente se limita a confirmar la sentencia recurrida.

En consecuencia, en atención a la doctrina y jurisprudencia, la Sentencia N° 324/2023 dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza no incurre en un vicio de

incongruencia extra petita, toda vez que la sentencia no infiere, ni decide sobre la rebaja de la pensión al no haber recaído pronunciamiento sobre ello en la primera instancia.

3. Estudio sobre la apreciación de cosa juzgada en la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº16 de Zaragoza dictada el 16 de enero de 2024.

Como ya se ha expuesto en los antecedentes de hecho, pese a no estar incluida en el escrito de demanda, la Audiencia Provincial entró a conocer sobre la petición de rebaja de la pensión, si bien denegándola. Motivo por el cual, el Juzgado de Primera Instancia nº16 de Zaragoza apreció la existencia de cosa juzgada. Sin embargo, la configuración del fallo de la Audiencia, limitado a confirmar la sentencia de la instancia, junto con las conclusiones obtenidas en el apartado anterior, nos lleva a replantearnos la procedencia de tal apreciación.

Para poder desarrollar tal cuestión es presupuesto necesario realizar un breve estudio sobre la figura de la cosa juzgada.

Si vamos en busca de una definición no resulta necesario acudir muy lejos. El apartado IX de la exposición de motivos de la LEC razona:

«En cuanto a la cosa juzgada, esta Ley, (...), entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos».

Así pues, entendemos que la cosa juzgada es una proyección de los derechos fundamental a la seguridad jurídica – art. 9.3 CE – y tutela judicial efectiva – art. 24.1 CE– toda vez que la resolución judicial firme de un proceso habrá de respetarse en los posteriores estando al contenido de lo ya resuelto (I. Esparza Leibar).

Y en esta misma línea, senda y pacífica jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene considerando *«que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE es, ciertamente, la que se concreta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el Ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios*

términos como a que se respete su firmeza y la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, aun sin perjuicio, naturalmente, de su modificación o revisión a través de los cauces extraordinarios legalmente previstos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídicas de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes» (STC 151/2001, de 2 de julio).

La cosa juzgada tiene una doble vertiente, la formal y la material. La primera se prevé en el artículo 207 LEC y supone la inimpugnabilidad de las resoluciones que hayan devengado firmes y la obligación del tribunal que conoce del proceso de estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.

Por su parte, la cosa juzgada material – art. 222 LEC – es exclusiva de las sentencias que resuelven sobre el fondo del asunto y que, a diferencia de la formal, despliega sus efectos fuera del proceso. Asimismo, estos efectos pueden configurarse con dos aspectos, el negativo y el positivo.

Comenzando por el último, se puede definir brevemente como el efecto que vincula a jueces y tribunales a respetar la resolución firme en relación a resolver un nuevo procedimiento. Esto es cuando los objetos de los procesos no cumplen con la plena identidad exigida, si bien muestran una conexidad y por ende lo resuelto en el primero es prejudicial de lo que se deba decidir en el segundo (P. Grande Seara).

Y por otro lado, y en aplicación al caso concreto, encontramos el efecto negativo. Así el artículo 222.1 LEC dispone «La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, **excluirá**, conforme a la ley, un **ulterior proceso** cuyo **objeto sea idéntico** al del proceso en que aquélla se produjo». Por ende, para que la cosa juzgada despliegue este efecto excluyente es necesario que exista una doble identidad: la objetiva y la subjetiva, que bien podría considerarse triple toda vez que el objeto del proceso engloba no solo el petitum sino también la causa de pedir, tal y como se ha desarrollado en el epígrafe anterior.

Por lo expuesto, para poder concluir si realmente nos encontramos ante un supuesto de cosa juzgada o no deberemos estudiar de un lado si la resolución alegada, esta es, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 324/2023 de 16 de septiembre, es

susceptible de generar efecto de cosa juzgada material, y por otro lado si efectivamente se cumple esa doble identidad.

En cuanto a la primera cuestión la respuesta debe ser afirmativa. En primer lugar, no genera ningún tipo de duda que nos encontramos ante una sentencia que resuelve sobre el fondo del asunto. Y en referencia con el carácter de firme, si bien cuando se presentaron los escritos de demanda y contestación no habían transcurrido los veinte días que confiere el artículo 479.1 LEC¹² para interponer recurso de casación, en el momento de dictarse sentencia la misma ya habría cobrado firmeza. Por ende podemos dar por cumplido en el primero de los requisitos.

Continuando con la doble identidad, en referencia a la subjetiva es evidente que se cumple dado que ambas partes, D. Eduardo Pérez como demandante y Dña. Carla Fernández como demandada, son coincidentes con las del procedimiento anterior.

En referencia con la identidad objetiva, en el apartado anterior ya hemos delimitado que el objeto del proceso está conformado por el petitum y la causa de pedir. En el primer procedimiento, el suplico de la demanda se centraba en la modificación del régimen de custodia exclusivo a uno compartido, con base a un nuevo empleo del actor y una residencia más próxima a la de la madre del menor, y, a consecuencia de ese cambio, la extinción de la pensión alimenticia. Por su parte en la contestación a la demanda se solicitaba la desestimación integral de la demanda al considerar no haberse producido una modificación sustancial de las circunstancias y la supresión de las visitas intersemanales de D. Eduardo con el menor, al existir supuesta conflictividad con la pareja de aquel.

Y por otro lado, en el segundo procedimiento el demandante solicitaba una rebaja de la pensión de alimentos con base a su nueva situación de desempleo, el nacimiento de un nuevo hijo y un incremento en sus gastos mensuales. La demandada solicitó de nuevo la desestimación integral de la demanda al considerar que no se ha producido una modificación sustancial.

¹² Artículo 479.1 LEC «El recurso de casación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella».

Así las cosas, parece fácil concluir que no existe identidad objetiva toda vez que los objetos de ambos procedimientos son aparentemente distintos. Si bien, la cuestión se complica cuando entramos a valorar la petición subsidiaria del primer proceso. Recordar que la misma no se introdujo en la demanda, sino que fue en fase de conclusiones orales y, posteriormente en el escrito del recurso de apelación. Esta petición consistía en una rebaja de la pensión de alimentos a consecuencia de una sobrevenida situación de desempleo y al nacimiento de un nuevo hijo, coincidiendo plenamente con lo suplicado en el nuevo proceso. Por ende, para poder determinar si realmente existe identidad objetiva o no, necesitaremos determinar si dicha petición subsidiaria, valorada en la segunda instancia pero no en la primera, puede considerarse objeto del proceso, y, por otro lado, si el pronunciamiento que realiza la Audiencia en los fundamentos de derecho, pero no en el fallo, resulta suficiente para generar efecto de cosa juzgada.

La primera de las cuestiones, aunque no de forma expresa, ya ha sido resuelta con anterioridad. Se estudió sobre la posibilidad de introducir cuestiones nuevas en la apelación, llegando a la conclusión de que únicamente podían tener cabida las alegaciones complementarias y accesorias. En este sentido, la petición subsidiaria de rebaja, aunque en un principio pudiera parecerlo, no podía tener tal consideración al suponer un nuevo petitum con una nueva causa de pedir. Por lo que, en definitiva, la respuesta a si la petición de rebaja de la pensión de alimentos podría considerarse parte del objeto del primer proceso, debe ser consecuentemente negativa.

Y por otro lado, en relación con el pronunciamiento único en los fundamentos de derecho, se ha explicado en el epígrafe anterior que la parte dispositiva de la sentencia se limita únicamente al fallo. De ahí, que el apartado cuarto del artículo 209 LEC disponga que deberá pronunciarse expresamente sobre las pretensiones de las partes «aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos». Por ende, se podría concluir que de nada sirve argumentar sobre ciertas decisiones en los fundamentos si posteriormente las mismas no forman parte del fallo de la resolución.

Por todo ello, la Sentencia nº 324/2023 de 16 de septiembre dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, en lo referente a la petición subsidiaria de la rebaja de la pensión, no alcanza a generar efecto de cosa juzgada toda vez que dicho pronunciamiento no cumple con los requisitos que exige nuestra regulación.

Por último, cabría plantearse la posibilidad de que el demandante hubiera ampliado la demanda, de conformidad con el artículo 401.2 LEC, añadiendo subsidiariamente la petición de rebaja de la pensión. De entenderse posible tal actuación habría operado la preclusión de acciones dado que la nueva petición podría haber sido esgrimida por el actor en el momento procesal oportuno. Sin embargo, la causa de pedir que se empleó para suplicar tal petición imposibilitan dicha posibilidad ya que, recuerdo, esta consistía en la pérdida del empleo, el cual fue justificación para la petición inicial de modificación del régimen de guardia y custodia. Es por ello que tal acción concreta no tenía cabida en dicho procedimiento, habiendo sido lo más conveniente para el actor el inicio de uno nuevo independiente del primero.

V. CONCLUSIONES

Primera.- En primer lugar no alberga dudas que la petición subsidiaria de rebaja de la pensión no puede calificarse ni de accesoria ni complementaria. Pese a que, aparentemente, suponga una reducción de la principal, los hechos que fundamentan cada una de ellas nada tendrían que ver. Es por ello que podemos afirmar que se trata de una pretensión nueva e independiente y que por ende no podía ser introducida ni en fase de conclusiones ni como un punto más del recurso de apelación. En consecuencia el petitum de rebaja de la pensión alimenticia no puede formar parte del objeto del proceso.

Segunda.- En consecuencia de lo anterior, pese a la complicada situación en la que se desarrollaron las actuaciones, una opción posible de actuación, tratando de subsanar los errores cometidos, hubiera sido la interposición de recurso de casación suplicando la anulación del pronunciamiento sobre la rebaja de la pensión de alimentos.

Tercera.- Pese al pronunciamiento expreso que realiza la Audiencia Provincial de Zaragoza sobre la petición subsidiaria de rebaja de la pensión alimenticia, su Sentencia nº 324/2023 de 16 de septiembre, no puede calificarse de incongruente toda vez que el fallo se limita a confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº6 de Zaragoza, el cual no entró a valorar tal petición. En consecuencia podemos concluir que no ha recaído, en la apelación, resolución sobre la pretensión suplicada subsidiariamente.

Cuarta.- En virtud de lo anterior, la apreciación que se realiza en el segundo procedimiento de cosa juzgada es improcedente dado que, al no existir resolución sobre la rebaja de la pensión alimenticia, no se cumplen con los requisitos exigidos por nuestra legislación y jurisprudencia y por ende procedía entrar a valorar sobre el fondo del asunto.

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en Derecho, firmándola el 30 de enero de dos mil veinticuatro, en la ciudad de Zaragoza.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA

1. BIBLIOGRAFÍA

- Díaz Martínez, M. (2023). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil TOMO I (Arts. 1 a 255)*. Tirant Lo Blanch.
- Grande Seara, P. (2009): *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*. Tirant Lo Blanch.
- Martínez García, E., Etxebarria Guridi, J. F., Barona Vilar, S., Planchadell Gargallo, A., Esparza Leibar, I., & Gómez Colomer, J. L. (2023). *Proceso Civil. Derecho Procesal II*, 3ª Edición. Tirant Lo Blanch.
- Vallines García, E. (2004). *La preclusión en el proceso civil. Prólogo de Andrés de la Oliva Santos*. Civitas.

2. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 151/2001, de 2 de julio de 2001. («BOE» núm. 178, de 26 de julio de 2001, páginas 30 a 34 (5 págs.)).
- Sentencia del Tribunal Supremo, número 146/2011, de 9 de marzo de 2011. Aranzadi.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, número 114/2011, de 8 de abril de 2011. Aranzadi.
- Sentencia del Tribunal Supremo, número 173/2013, de 6 de marzo de 2013. Tirant lo Blanch.
- Sentencia del Tribunal Supremo, número 718/2014, de 18 de diciembre de 2014. Vlex.
- Sentencia del Tribunal Supremo, número 23/2016, de 3 de febrero de 2016. Tirant lo Blanch.

