

Roj: STS 2132/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2132

Id Cendoj: 28079110012016100315

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 841/2015

Nº de Resolución: 323/2016

Procedimiento: Casación

Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 6/2015, dimanante del juicio de divorcio n.º 200/2013, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Siero; cuyo recurso fue interpuesto por la procuradora doña Everilda Camargo Sánchez, en nombre y representación de doña Erica ; siendo parte recurrida la procuradora doña Marina Quintero Sánchez, en nombre y representación de don Pedro Antonio . También ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Juan Montes Fernández, en nombre y representación de don Pedro Antonio interpuso demanda de divorcio contencioso, contra doña Erica y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que condene:

«1º.-La disolución por divorcio del matrimonio contraído por Dña. Erica y D. Pedro Antonio . 2º.- Atribución de la guarda y **custodia** de los hijos menores del matrimonio Zaida , Fabio y Elsa a ambos progenitores por periodos semanales completos, de viernes a viernes, siendo asimismo la patria potestad **compartida**. El hijo mayor, Millán , quedará bajo la guarda y **custodia** su padre, habitando con el mismo de forma continuada, siendo además quien se ocupará de procurarle todos los alimentos que precise para la satisfacción de sus necesidades. 3º.- La atribución del uso del domicilio conyugal sito en La Fresneda, CALLE000 , nº NUM000 así como del mobiliario y ajuar familiar a Dña. Erica y a los hijos Zaida , Fabio y Elsa ; correlativamente se atribuirá el uso y disfrute de la vivienda sita en la CALLE001 NUM001 , piso NUM002 de Oviedo a D. Pedro Antonio y ello hasta el momento de la liquidación de la sociedad conyugal. Ambos litigantes asumirán por partes iguales los gastos de amortización de los créditos hipotecarios que gravan tanto la vivienda de la Fresneda como de la CALLE001 de Oviedo hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y de no efectuarse por alguno de ellos el pago correspondiente será asumido por el otro, considerándose como un crédito a su favor a la hora de liquidar la sociedad de gananciales. Cada litigante satisfará además los gastos de todo tipo correspondientes a la vivienda que se le adjudica. 4º.- Se reconozca el siguiente régimen de visitas mínimo a favor del progenitor a quien no le corresponda tener a los hijos: -La tarde del miércoles en horario de 16:00 a 20:00 horas de la tarde, recogiénolos en el colegio y entregánolos en el domicilio del progenitor a quien le corresponda tener consigo a sus hijos. Vacaciones escolares de Navidad - Reyes: Se repartirán por mitades alternativas. El primer periodo incluye desde las 10:00 horas del primer día no lectivo, hasta el 31 de diciembre a las 12:00 horas, y el segundo desde dicha fecha y hora, hasta el día anterior al inicio del curso escolar a las 20:00 horas, correspondiendo la elección del periodo a la madre en los años pares y al padre en los impares. Vacaciones escolares de Semana Santa: Serán disfrutadas por mitad entre ambos progenitores, comprendidas en dos tramos. Uno se iniciará a las 10:00 horas del primer día de vacaciones escolares finalizando a las 12:00 horas, del miércoles anterior al Jueves Santo. El segundo periodo comenzará al finalizar el primero y acabará a las 20:00 del último día no lectivo. En caso de desacuerdo sobre la elección de los periodos corresponderá a la madre la primera mitad en los años pares y al padre en los impares y viceversa. Vacaciones escolares de Verano: Los progenitores

pasarán quince días alternativos con sus hijos, correspondiendo la elección del mes y quincena a la madre en los años pares y al padre en los impares. 4º.-Se fije como contribución de D. Pedro Antonio a las cargas familiares de los hijos Zaida , Fabio y Elsa la suma de 500 euros mensuales actualizables anualmente, con efectos a 1 de enero de cada año, conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Asimismo asumirá los gastos derivados de las actividades extraescolares de los precitados hijos menores así como la cuota mensual del club de campo La Fresneda. Los gastos alimenticios del hijo Millán serán asumidos por su padre en cuya compañía habita. Los gastos extraordinarios de los hijos no cubiertos por el sistema público de salud o seguro de salud médico serán abonados asimismo por D. Pedro Antonio hasta el momento en que Dña Erica se incorpore al mercado laboral. 5º.-Se fije una pensión compensatoria a favor de Dña. Erica por importe de 200 euros mensuales, actualizables anualmente con efectos a 1 de enero de cada año, conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Dicha pensión compensatoria se limitará en el tiempo a un periodo máximo de cinco años a contar de la firmeza de la Sentencia de divorcio.».

SEGUNDO.- El procurador don Juan Ramón Junquera Quintana, en nombre y representación de doña Erica , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare la disolución por divorcio del matrimonio entre mi representada y su esposo, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y adoptando como medidas derivadas del mismo las siguientes:

«1.- Que se atribuya la guardia y **custodia** de los tres hijos menores Zaida Elsa Fabio , siendo la patria potestad **compartida**; estableciendo como régimen de visitas a favor del padre, en defecto del que puedan acordar ambos progenitores, el consistente en fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el lunes que los llevaría el padre al colegio; añadiendo al fin de semana correspondiente las fiestas o puentes y fiestas inmediatamente anteriores o posteriores; más un día intersemanal, los miércoles en defecto de otro acuerdo de las partes, desde la salida de los menores del colegio hasta las 20.00 horas, respetando sus actividades escolares y extraescolares, y mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano - entendiéndose por tal el que va desde el fin de las clases en junio hasta el inicio en septiembre-, correspondiendo el primer periodo de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano al padre, y el segundo a la madre, que es como se ha venido en realidad haciendo hasta la fecha, en defecto de acuerdo en otro sentido por los progenitores, En todos los casos, salvo las recogidas y entregas en el colegio, los menores deberán ser recogidos y reintegrados por el padre en el domicilio materno. 2.- Que se atribuya el uso del domicilio conyugal sito en La Fresneda, doña Erica y a los hijos Zaida , Fabio y CALLE000 , nº NUM000 , así como del mobiliario y ajuar familiar a Elsa .3.- Que se establezca una pensión de alimentos a favor de cada uno de los tres hijos comunes Zaida , Fabio y Elsa de 280 euros mensuales, 840 euros en total, cantidad que será actualizada al 1 de enero de cada año conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, cantidad que habrá de ser de 200 euros para cada hijo en el caso de que se atribuya la guardia y **custodia compartida**. Asumirá asimismo los gastos derivados de las actividades extraescolares de los precitados hijos menores así como la cuota mensual del club de campo de La Fresneda, así como los gastos extraordinarios de los hijos en su integridad, hasta que la madre se incorpore al mercado laboral, siempre que sean acordados por mutuo acuerdo, o en caso de discrepancia fijados por la autoridad judicial, que decidirá la controversia con carácter previo, salvo cuando se trate de circunstancias absolutamente urgentes. 4.- Que se fije como pensión compensatoria la ya fijada en el Convenio Regulador de Separación, con las actualizaciones correspondientes hasta la fecha, sin modificación alguna. Con expresa condena en costas al demandante»

TERCERO .-Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Siero, dictó sentencia en fecha 28 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Que, estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de D. Pedro Antonio frente DÑA. Erica , declaro haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio entre ambos con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, entre ellos, la disolución del régimen económico matrimonial, con adopción de las siguientes medidas: 1º. En relación a la guarda y **custodia** de los menores, régimen de visitas y estancias, pensión alimenticia y atribución del uso y disfrute de domicilios, regirá el acuerdo alcanzado por las partes en el acto de la vista; en los términos recogidos en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución. 2º. Se señala con cargo al Sr. Pedro Antonio la cantidad de 250 euros en concepto de pensión compensatoria por un período de 5 años contados desde la firmeza de la presente resolución; a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria

designada al efecto por el padre y actualizable automáticamente el uno de Enero de cada año para adaptarla a las variaciones que experimente el I.P.C publicado anualmente por el Instituto Nacional de Estadística. Todo ello sin expresa imposición de costas».

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de doña Erica , la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 28 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLAMOS: Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por doña Erica contra la sentencia dictada en fecha 9 octubre 2014 por el Ilustrísimo Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Siero , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se revoca en el único sentido de fijar la pensión compensatoria en 350 € (trescientos cincuenta euros) mensuales. Se confirma en los demás la recurrida. No procede expresa condena en costas».

QUINTO.- El procurador don Rafael C. Serrano Martínez, en nombre y representación de doña Erica , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente motivo de casación:

Único: Al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denunciando la violación de los artículos 100 y 101 del Código civil , en relación con el artículo 97 del mismo texto legal , presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el artículo 477. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria y sobre la subsistencia de la pensión compensatoria reconocida con carácter vitalicio, sin que quepa extinguirla por el transcurso del tiempo sin atender al dato de la permanencia o no de la situación de desequilibrio.

SEXTO .- Por Auto de fecha 14 de octubre de 2015, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Marina Quintero Sánchez, en nombre y representación de don Pedro Antonio , presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario. El Ministerio Fiscal presentó escrito de adhesión parcial al recurso interpuesto de contrario

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de abril de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente litigio, hoy en casación, parte de la anterior sentencia de separación de 10 junio 2011 , en la que se aprobó el convenio regulador que, en lo que aquí interesa (lo que se plantea en casación) se fijó la pensión compensatoria en cuantía de 450 € mensuales y sin límite temporal.

Ya en el presente proceso el que fue esposo don Pedro Antonio formuló demanda de divorcio en la que, entre otros pronunciamientos no cuestionados en casación, interesó que la pensión compensatoria se fijara en 200 € mensuales y que se limitara a un período de cinco años. A ello se opuso la que fue esposa, como demandada y recurrente en casación, doña Erica , que solicitó que se fijara la pensión como había sido pactada en el convenio regulador (450 € mensuales) y sin límite temporal.

2.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Siero, de 9 octubre de 2014 , tuvo en cuenta que el padre quedaba con la guarda y **custodia** de los cuatro hijos y el uso de la vivienda conyugal, trató con detalle de la pensión compensatoria y la fijó en 250 € mensuales y por un período temporal de cinco años.

Cuya sentencia fue confirmada en apelación, salvo en la cuantía de la pensión compensatoria que se fijó en 350 €. Ello, por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Sección 5.^a, de Oviedo, de 28 enero de 2015 , que el recurso de apelación se concretó sólo a la pensión compensatoria y a la temporalidad de la misma. Cuyos dos extremos son tratados con detalle en esta sentencia.

3.- Frente a esta última sentencia se ha formulado por doña Erica recurso de casación en un solo motivo en que invoca jurisprudencia para justificar el interés casacional y a lo largo del recurso cuestiona el que no se fijó límite temporal alguno en el convenio regulador. Cita sentencias recientes de esta Sala que apoyan su pretensión, en el sentido de que se determine con carácter indefinido.

El Ministerio Fiscal en su informe aborda la postura del recurso y expone que «no debe establecerse la pensión compensatoria por un período temporal de cinco años».

SEGUNDO.- 1.- El recurso de casación que ha formulado doña Erica , en motivo único fundado en el artículo 477. 2. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se basa en la infracción de los artículos 100 y 101 del

Código civil en relación con el artículo 97 y que contradice la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la temporalidad de la pensión compensatoria y la subsistencia de la misma que había sido reconocida con carácter vitalicio. Así se fijó inicialmente en la separación de mutuo acuerdo, donde se aprobó el convenio regulador en el que de mutuo acuerdo la había establecido sin fijar límite temporal alguno. En la instancia del presente proceso de divorcio, se fijó tanto por el Juzgado como por la Audiencia Provincial el límite de cinco años.

La fijación temporal de la pensión no es un imperativo legal. El artículo 97 del Código civil la contempla como posibilidad, conforme a la ley 15/2005, de 8 julio (sentencia 3 julio de 2014) y esta norma prevé unas circunstancias determinantes de la cuantía a falta de acuerdo de los cónyuges.

La sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, prescinde del acuerdo que consta en su convenio regulador y de la norma del artículo 100 del Código civil que impone que la pensión fijada en el convenio regulador, sólo podrá ser modificada por alteraciones de fortuna. Y los cambios que alega (en su fundamento tercero) no justifican una limitación temporal, ni justifican en modo alguno la extinción (artículo 101) en cinco años. Los hechos de la duración del matrimonio, 18 años; el cuidado de los cuatro hijos; la pérdida de las expectativas laborales; al tiempo de la sentencia de instancia (2015); la situación de desempleo y la edad de 47 años; son motivos para no alterar el tiempo indefinido que pactaron de común acuerdo.

2.- La jurisprudencia abona esta posición de no alterar la pensión compensatoria fijada por acuerdo. Son sentencias recientes que citan, a su vez, sentencias anteriores.

La sentencia de 3 octubre 2008 ya decía que:

«Toda vez que ni la falta de previsión legal ni el régimen de los artículos 100 y 101 del Código Civil son obstáculos para la fijación de la pensión con carácter temporal, la temporalidad depende tan sólo de que se cumpla una condición: «para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad -"ratio"- de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia».

La sentencia del 3 octubre 2011 toma en cuenta las circunstancias de cada caso permita una pensión temporal; dice, en este sentido:

«Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC n.º 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007] y 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008], entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión) que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre».

Y esta misma sentencia concluye:

«siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia».

La sentencia de 24 octubre 2013 contempla el caso de una pensión compensatoria vitalicia fijada en el proceso de separación y en el divorcio se fija en temporal, que se casa por el Tribunal Supremo y se mantiene como vitalicia. Dice:

«El obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente».

Y lo completa, citando sentencias anteriores.

«La modificación de la pensión compensatoria acordada en sentencia de separación sin límite temporal alguno, no puede producirse sino por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge».

La Sentencia de 28 octubre 2014 confirma la pensión compensatoria sin límite temporal, acordada en primera instancia, casando la de la Audiencia Provincial y reitera la sentencia de 24 octubre 2013 con este resumen:

«La decisión de la Audiencia, favorable a esa temporalidad de la pensión, se asienta en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, y no se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente. En primer lugar, se ha de descartar la posibilidad de extinguir una pensión concedida con carácter vitalicio atendiendo únicamente al mero transcurso del tiempo y no al dato objetivo de la subsistencia o no del desequilibrio que la motivó (SSTS 27 de junio y 3 de noviembre 2011)».

TERCERO.- 1.- En definitiva, se considera que la sentencia de la Audiencia Provincial confirmatoria de la del Juzgado de 1.^a Instancia en este aspecto de la pensión temporal, yerra en cuanto contradice lo legalmente dispuesto en el artículo 97 (acuerdo de los cónyuges e incluso circunstancias de la esposa) y en el artículo 100 (modificación de la pensión) y la doctrina jurisprudencial en torno a la temporalidad de la misma.

2.- Por tanto, se debe casar la sentencia recurrida, estimando el recurso de casación que se ha referido exclusivamente al límite temporal de la pensión, si condenan costas, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º - Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de doña Erica , contra la sentencia dictada por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, en fecha 28 de enero de 2015 , que se casa y anula en el único sentido de que la pensión compensatoria no procede que sea limitada en el tiempo, sino que queda determinada con carácter indefinido.

2.º - No se impone condena en las costas causadas en este recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz