

Roj: STS 4790/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4790

Id Cendoj: 28079110012014100610

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1961/2013

Nº de Resolución: 704/2014

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, como consecuencia de autos de juicio divorcio contencioso nº 359/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Calahorra; cuyo recurso fué interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Jaime , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Paula Bonafuente Escalada; siendo parte recurrida doña Emma , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Vitoria Rodríguez Acosta Ladrón de Guevara. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador don José Luis Varea Arnedo, en nombre y representación de doña Emma , interpuso demanda de juicio sobre demanda de divorcio, contra don Jaime y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, termino suplicando al Juzgado se dictara sentencia en los siguientes términos:

1º. Que la guarda y **custodia** de la hija menor, Agueda , se atribuya a la madre, atribuyéndose la patria potestad a ambos cónyuges. Respecto del hijo Nicanor , si bien es mayor de edad, éste sigue dependiendo económicamente de sus padres al encontrarse estudiando en Valladolid, viviendo en el domicilio conyugal junto con su madre y hermana en los periodos de vacaciones.

2º. Respecto de la vivienda y los bienes y enseres en ella existentes, sita en Calahorra, calle PLAZA000 nº NUM000 , escalera NUM000 , NUM000 NUM001 ., se atribuya su uso y disfrute a la esposa y a los hijos Nicanor y Agueda .

3º Respecto del régimen de visitas de la hija menor, Agueda , se atribuya el siguiente régimen de visitas, condicionado a que el padre durante el fin de semana que corresponda estar con la hija se abstenga de beber alcohol, y se comprometa y obligue a efectuarle a su hija los controles obligatorios de glucemias así como cumplir aquellas otras obligaciones inherentes a la enfermedad de la niña, en particular cumplir estrictamente los horarios de comidas:

- fines de semana alternos, desde las 11 h. del sábado, a las 20,00 h. del domingo.

- la mitad de las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano, eligiendo el padre los penados, en los años pares, y la madre, los impares, distribuidos de la siguiente forma:

- desde las 10 horas. del día 1 de julio a las 20,00 h. del 31 de julio, y desde las 20,00 h. del 31 de julio a las 10 horas del día 1 de septiembre, en verano.

- desde las 10,00 horas del día 23 de diciembre a las 16,00 h. del día 31 de diciembre, y desde las 16,00 h. del 31 de diciembre a las 20,00 h. del día 6 de enero, en navidad.

- y desde las 16,00 h. del miércoles santo a las 20,00 h. del lunes de Pascua; y desde las 20,00 h. del lunes de Pascua, a las 20,00 h. del domingo.

4º. Una pensión alimenticia a favor de la hija Agueda de 400 # mensuales; cantidad que deberá ingresar el demandado a favor de la esposa y en la cuenta que en su momento se designará y que deberá actualizarse anualmente cada uno de enero, con arreglo a las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que haga sus veces.

La cantidad de 300 # mensuales en concepto de alimentos a favor del hijo mayor de edad Nicanor , cantidad ésta que deberá ingresar el demandado a favor de la esposa y en la cuenta que en su momento se designará y que deberá actualizarse anualmente cada uno de enero, con arreglo a las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que haga sus veces.

Todos los gastos que conlleve los estudios del hijo Nicanor , y su estancia en la Universidad, bien en Colegio Mayor, Residencia, u otro sistema, serán satisfechos por sus progenitores en la proporción del 35% la madre y el 65% el padre.

5º. Los gastos extraordinarios, tanto del hijo como de la hija, serán satisfechos en la proporción del 35% la madre y del 65% el padre.

6º Pensión compensatoria y por desequilibrio a favor de la madre y con cargo a padre por importe de 1300 #mensuales, y ello para el supuesto de que la sociedad Embalajes Hnos López S.L. no satisfaga la cantidad que en concepto de salario viene abonando mensualmente a la actora y hasta que encuentre la actora un trabajo, reduciéndose el importe del salario que perciba por dicho trabajo de la pensión asignada, abonándose en ese caso por el demandado la diferencia.

7º.- La disolución del régimen económico matrimonial de gananciales.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- El procurador don Fernando Bonafuente Escalada, en nombre y representación de don Jaime , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplican al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se acuerde:

1º.- La atribución de la **custodia** de la hija menor a la madre y la patria potestad **compartida**.

2º.- La atribución del uso y disfrute de la vivienda a la mujer y a la hija menor de edad, en tanto en cuanto se lleva a efecto la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales que esta parte solicitará del juzgado en septiembre si no ha sido posible liquidarla de mutuo acuerdo con anterioridad. En tanto en cuanto tengan atribuido el uso de la vivienda, deberá asumir, exclusivamente, la esposa los gastos y tasas del domicilio conyugal al ser quien disfruta del mismo (luz, agua, basuras, alcantarillado, gastos ordinarios, etc).

3º.- Conforme con el régimen de visitas propuesto de adverso.

4º.- Se acuerde una pensión de alimentos de 200 euros respecto de la hija menor y una de 150 euros respecto del hijo mayor de edad en tanto en cuanto se encuentren estudiando y no tengan ingresos económicos. Ambas pensiones serán actualizable conforme al IPC, llevándose a término la primera actualización cuando transcurra un año desde la firmeza de la sentencia de divorcio.

5º.- En cuanto a los gastos extraordinarios se tendrá que valorar la naturaleza del gasto a realizar y el consentimiento conjunto de los progenitores, distinguiendo:

- Los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniendo un origen lúdico o académico hayan sido decididos de común acuerdo por los progenitores o, en su defecto, hayan sido aprobados judicialmente, se abonarán por mitad.

- Los que teniendo un origen lúdico o académico, no cuenten con el consentimiento de ambos progenitores o con la autorización judicial supletoria, se abonarán por aquel que autorice su realización si se llegan a efectuar.

6º.- La disolución económico matrimonial.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y practica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Calahorra, dictó sentencia con fecha 21 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de la Sra. Emma contra el Sr. Jaime , DECLARO DISUELTO POR DIVORCIO el matrimonio celebrado en la localidad de Calahorra el 5 de septiembre de 1987 entre los ya mencionados, con la fijación de los siguientes efectos:

1.- Se atribuye a la madre, Sra. Emma , la guarda y **custodia** de la hija menor común, Agueda , compartiendo ambos progenitores la patria potestad sobre la misma.

2.- Se reconoce al padre, Sr. Jaime , el derecho a visitar a su hija y tenerla en su compañía, el cual se ejercerá en los siguientes términos:

-fines de semana alternos, desde las 11 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo.

-la mitad de las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano, eligiendo los padres los años pares y la madre los impares. Los periodos abarcan:

En el verano: desde las 10 horas del día 1 de julio a las 20 horas del 31 de julio y desde las 20 horas del 31 de julio a las 10 horas del 1 de septiembre.

En Navidad: desde las 10 horas del día 23 de diciembre a las 16 horas del día 31 de diciembre y desde las 16 horas del 31 de diciembre a las 20 horas del 6 de enero.

En Semana Santa: desde las 16 horas del miércoles santo a las 20 horas del lunes de Pascua y desde las 20 horas del lunes de pascua a las 20 horas del domingo.

3.- Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la calle PLAZA000 nº NUM000 , escalera NUM000 , NUM000 NUM001 . de la localidad de Calahorra, a los hijos y a la Sra. Emma .

4.- En concepto de alimentos para la hija menor común, el Sr. Jaime deberá abonar a la Sra. Emma , la cantidad de 300 euros mensuales y, para el hijo mayor de edad, la cantidad de 200 euros mensuales, en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a estos efectos designe la Sra. Emma , por mensualidades anticipadas, actualizables cada año, con referencia al uno de enero, en proporción a las variaciones del IPC publicadas por el Instituto Nacional de Estadística.

5.- No ha lugar a la fijación de una pensión compensatoria mientras la Sra. Emma siga percibiendo el salario de 1.300 euros de la empresa Embalajes Hnos. López S.L.

En el caso de que deje de percibir dicho salario, se fija como pensión compensatoria a favor de la Sra. Emma y a cargo del Sr. Jaime , la cantidad de 1.300 euros mensuales que se abonará y actualizará en la forma prevista para la pensión de alimentos.

6.- Los gastos extraordinarios que tengan su origen en los hijos comunes, serán satisfechos de la siguiente forma:

-Los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores o en su defecto hubiesen sido autorizados judicialmente, por mitad entre ambos cónyuges.

-Los que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con la autorización judicial supletoria, por aquél que determine su realización si es que el gasto llegara a producirse.

Los gastos reclamados deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe, y en su caso, a su devengo.

Dichos gastos se sufragarán a cargo de los beneficios de las sociedades de las que forman parte los progenitores.

No se hace expresa imposición de costas.

Firme que sea esta sentencia, remítase mediante oficio testimonio de la misma al Sr. Encargado del Registro Civil.

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Jaime . La Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, dictó sentencia con fecha once de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Bonafuente Escalada, en nombre y representación de DON Jaime , contra la sentencia, de fecha 21 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Calahorra, en Divorcio Contencioso seguido en el mismo al nº 359/2011, de que dimana Rollo de

*Apelación nº 19/2013, confirmando la sentencia impugnada . Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.*

Con fecha 7 de mayo de 2013, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva LA SALA ACUERDA: *Que procede la aclaración de la sentencia en base a lo recogido en la fundamentación jurídica de esta resolución.*

**TERCERO.-** Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación de don Jaime con apoyo en los siguientes **MOTIVO:UNICO.-** Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2. de la LEC , alegando interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo referente a la concesión de la pensión compensatoria fijada en STS de 10 de enero de 2010 , 22 de junio de 2011 , 19 de octubre de 2011 , 24 de noviembre de 2011 , 16 de noviembre de 2012 y 17 de mayo de 2013 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del tribunal Supremo por auto de fecha 8 de abril de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Victoria Rodríguez Acosta Ladrón de Guevara, en nombre y representación de doña Emma , presento escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Ministerio Fiscal presentó escrito mostrando su conformidad con el motivo del recurso de casación, interesando se case la sentencia y se suprima la pensión compensatoria concedida en la sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Logroño con fecha 11-04-2013, en el rollo de apelación 19/2013 .

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de noviembre de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de la Audiencia Provincial mantiene la sentencia del Juzgado, en lo que se refiere a la pensión compensatoria, en el sentido de no fijarla mientras la esposa siga percibiendo un salario de 1.300 euros en la empresa para la que trabaja, con la sola modificación de que si dejase de percibir dicho salario, el importe de la pensión no sería el señalado en la sentencia del juzgado, de 1.300 euros al mes, sino de 1000 euros. Se recurre este pronunciamiento por don Jaime por interpretación y aplicación indebida del artículo 97 del Código Civil y porque se opone a la sentencia de esta Sala de 19 de enero de 2010 , confirmada por las de 22 de junio , 19 de octubre y 24 de noviembre de 2001 , y las de 16 de noviembre de 2012 , 17 de mayo de 2013 y otras, puesto que no establece una pensión compensatoria a favor de la esposa en el momento actual sino que lo condiciona a hechos futuros e inciertos, sin que el divorcio haya ocasionado un desequilibrio económico a los cónyuges.

**SEGUNDO.-** El recurso se estima.

La STS de 22 junio de 2011 , que cita la de 19 de octubre del mismo año , y la más reciente de 18 de marzo de 2014 , resume la doctrina de esta Sala relativa la naturaleza de la pensión compensatoria. El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que "(...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge". Se añade que "En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia".

La sentencia recurrida niega que exista desequilibrio económico que fundamenta la pensión compensatoria y sin embargo concede a la esposa de una forma preventiva o condicionada una pensión compensatoria de futuro en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa para la que trabaja, lo que no solo no está previsto en el artículo 97 del Código Civil , sino que contradice la jurisprudencia de

esta Sala. Es cierto que la esposa puede en el futuro quedarse sin trabajo, pero también lo es que puede encontrar un nuevo empleo, y que su marido puede atravesar por la misma circunstancia afectado por la crisis económica, colocándose en la misma situación de desempleo. Situaciones indeseadas pero reales que obligarían a replantear la relación conyugal en unas condiciones distintas y en un momento en el que las partes han podido rehacer su vida familiar a partir del nuevo estatus creado por la sentencia.

Si ello ocurriera, dice la sentencia de 19 de octubre de 2011, dejando aparte las compensaciones laborales a que en este caso tendría derecho la esposa, el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior. "El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial". A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables.

**TERCERO.-** La estimación del recurso de casación formulado determina que se case y anule la sentencia recurrida en el sentido de dejar sin efecto la pensión compensatoria concedida a d<sup>a</sup> Emma. Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial.

**CUARTO.-** No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

**1º** Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Jaime contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño -Sección 1ª de 11 de abril de 2013, dictada en el rollo de apelación num. 19/2013, y se casa y anula en el sentido de dejar sin efecto la pensión compensatoria concedida a d<sup>a</sup> Emma.

**2º** Se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial.

**3º** No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jose Luis Calvo Cabello. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.