



Roj: **STS 4970/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4970**

Id Cendoj: **28079110012022101029**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2022**

Nº de Recurso: **1124/2022**

Nº de Resolución: **993/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 993/2022

Fecha de sentencia: 22/12/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1124/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1124/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 993/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 22 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2021, dictada en recurso de apelación 1309/2020, de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de divorcio 118/2020, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Valdemoro; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Lourdes , representada en las instancias



por el procurador D. Ángel Luis Rodríguez Velasco, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Tarquis Moya, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Gumersindo, representado por el procurador D. Francisco Javier Gotor Invarato, bajo la dirección letrada de Dña. Marta Sanz Heredero. No comparece el Ministerio Fiscal al haber alcanzado los hijos la mayoría de edad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Gumersindo, representado por el procurador D. Francisco Javier Gotor Invarato y bajo la dirección letrada de Dña. Marta Sanz Heredero, interpuso demanda de divorcio, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Valdemoro, incoándose juicio ordinario 118/2020; demanda interpuesta contra Dña. Lourdes, en la que alegando los hechos y fundamentos de derecho considerados aplicables, concluía suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que declare haber lugar a la disolución del matrimonio por causa de divorcio, y determine como efectos y medidas de la misma, además de que los cónyuges podrán vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal y la posibilidad de vincular bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica, las contenidas en el apartado IV de los fundamentos de derecho que damos aquí por reproducidos".

Y en el fundamento de derecho cuarto se expone:

"IV.- EFECTOS DERIVADOS Y MEDIDAS.- Los que se postulan en este escrito se corresponden con los reseñados en los arts. 91 y ss. del Código Civil, en concreto y además de decretar la disolución del matrimonio por divorcio:

"a) Titularidad y ejercicio de la patria potestad.-

"No existe ningún obstáculo para que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo menor sea compartido entre ambos progenitores.

"Como consecuencia del carácter conjunto de la patria potestad, será necesario el consentimiento de ambos para adoptar y ejecutar las decisiones más trascendentes sobre la residencia, salud y educación del menor. En particular deberán ser acordadas previamente a ser adoptadas, sin que puedan ejecutarse unilateralmente por ninguno de los dos progenitores, todas las decisiones relativas a la fijación del lugar de residencia del menor y a cualquier traslado posterior, incluso dentro de la misma población; desplazamientos fuera de España, incluso por razón de vacaciones o estudios; el cambio del centro escolar respecto al que acude en el momento de eficacia del presente convenio, o la elección del que corresponda en cada cambio de ciclo educativo; actividades extraescolares permanentes de carácter lúdico o didáctico; práctica o confesión religiosa; tratamientos médicos distintos de las revisiones rutinarias o de urgencia inaplazable, especialmente los de naturaleza quirúrgica; tratamientos y terapias psiquiátricos o psicológicos, etc.

"Cualquiera de las decisiones relativas a los aspectos anteriores deberá ser notificada de manera clara por el progenitor que pretenda adoptarlas, al otro, antes de comenzar su ejecución, por cualquier medio que deje constancia fehaciente del contenido y de la recepción, al efecto del recabar el necesario consentimiento complementario del otro progenitor. A todos los efectos legales se entenderá prestado dicho consentimiento para el concreto acto notificado si el destinatario no contesta mostrando su oposición dentro de los quince días naturales siguientes a la efectiva recepción de la notificación. En caso de discrepancia, será necesaria resolución judicial con carácter previo a la ejecución de cualquier decisión no consensuada.

"b) Guarda y custodia del hijo menor de edad.-

"Procede su atribución al padre que es quien mejores condiciones ofrece para el cuidado del menor, no sólo desde el punto de vista material, ya que cuenta con un mejor horario de trabajo y apoyo externo, sino de estabilidad emocional. Además, la madre deberá reincorporarse al mercado laboral, por lo que la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad al padre permitiría a la demandada contar con mayor flexibilidad para ello.

"c) Régimen de visitas, comunicación y estancias para el progenitor no custodio.-

"El hijo menor, Martín, alcanzará el próximo mes de octubre la mayoría de edad, por lo que no procede establecer un régimen de visitas, de comunicación y estancias cerrado. Se propone que de común acuerdo, madre e hijo, pacten cómo se desarrollará este régimen.

"d) Pensión alimenticia para el hijo.-



"Dado que en el momento actual la esposa no trabaja por cuenta ajena, al menos oficialmente, se propone la suspensión de la obligación de prestar alimentos hasta que obtenga recursos para ello.

"Cuando cuente recursos, se fijará una cantidad adecuada que deberá actualizarse el 1.º de enero de cada año de conformidad con los incrementos de IPC publicados por el INE u organismo que lo sustituya.

"Asimismo, debe establecerse que los cónyuges abonarán por mitad los gastos extraordinarios que se generen en la vida del menor, previa comunicación de la necesidad de los mismos y consentimiento de ambos, debiéndose acudir a la vía judicial en caso de desacuerdo.

"e) Atribución del uso de la vivienda familiar.-

"Dado que la madre cuenta con una vivienda en Madrid, y solicitándose la guarda y custodia del menor para el padre, se propone que se le adjudique a éste el uso y disfrute de la misma donde, además, convivirá con la hija María Rosa .

"f) Pensión compensatoria.-

"Se reconoce que, independientemente de las causas, en la actualidad el divorcio supone para la esposa un desequilibrio económico. Por ello se propone el pago por este concepto de la cantidad de 300,00.-€ mensuales, a abonar por mi mandante en la cuenta bancaria que la esposa designe, por el plazo de dos años".

2.- Admitida a trámite la demanda, la demandada Dña. Lourdes , representada por la procuradora Dña. Concepción Moraleda Valenzuela y bajo la dirección letrada de Dña. Alicia López Frutos designadas ambas del turno de oficio, contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia en la que:

"Se estime la misma en cuanto a la disolución matrimonial por divorcio, solicitando las siguientes medidas:

"1.º PATRIA POTESTAD.

"Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad.

"2.º GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR.

La guarda y custodia del hijo menor será atribuida a la madre.

"3.º EL DOMICILIO FAMILIAR y AJUAR DOMÉSTICO, se atribuirá a la madre y a los hijos que convivan con ella.

"Abonándose al 50% la hipoteca, seguro de la vivienda e IBI hasta su venta.

"4.º VISITAS, COMUNICACIONES Y ESTANCIAS.

"Dada la edad del hijo menor, 17 años, las visitas y estancias con el padre se fijarán libremente entre éstos.

"5.º PENSIÓN DE ALIMENTOS.

"En concepto de pensión de alimentos, el padre abonará la cantidad de 400 euros para cada hijo, María Rosa y Martín , en la cuenta que designe al efecto la madre, cantidad que será actualizada conforme al IPC en el mes de enero de cada año.

"Los gastos extraordinarios de los hijos serán asumidos en un 80% por parte del padre, y el resto la madre. Entendiéndose como tales los que tengan carácter excepcional, imprevisible, necesario y adecuado a la capacidad económica de ambos progenitores, serán sufragados por ambos por mitad, siempre que medie previa consulta del progenitor custodio al no custodio sobre la conveniencia y/o necesidad del gasto (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible) y acuerdo de ambos -de forma expresa y escrita antes de hacerse el desembolso- o en su defecto, autorización judicial.

"6.º PENSIÓN COMPENSATORIA.

"El esposo abonará en concepto de pensión compensatoria a mi mandante la cantidad de 1000 euros con carácter indefinido en la cuenta que designe al efecto ésta.

"Dicha cantidad se actualizará conforme al IPC en el mes de enero de cada año.

"7.º COSTAS.

"Las costas deben ser impuestas al demandante, de oponerse a estas pretensiones".

3.- Personado el Ministerio Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y solicitó al juzgado dictara sentencia:

"En que de acuerdo con lo que se haya probado, se resuelva sobre los siguientes extremos:

- "1. La determinación del progenitor bajo cuya guarda han de quedar los hijos menores de edad.
- "2. El régimen de visitas, la comunicación y la estancia de los hijos menores con el otro progenitor.
- "3. El mantenimiento de la patria potestad sobre los hijos menores de edad por parte de ambos progenitores.
- "4. Las cantidades que cada progenitor ha de abonar para atender a las necesidades alimenticias y educativas de los hijos menores, la periodicidad en su pago, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías que han de fijarse para asegurarlas.
- "5. La atribución del uso de la vivienda familiar y de los objetos de utilización ordinaria a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía queden".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valdemoro se dictó sentencia 75/2020, de 24 de julio, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador Marcelino Bartolomé Garretas, debo decretar y decreto la disolución por causa de divorcio del matrimonio formado por D. Gumersindo y Dña. Lourdes con todos los efectos legales, y en especial los siguientes:

"1.º- Se establece un sistema de guarda y custodia compartida del hijo menor Martin , compartiéndose igualmente la patria potestad por ambos progenitores.

"2.º- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar sito en la CALLE000 número NUM000 de DIRECCION000 (Madrid) al menor y a la madre hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

"3.º- En concepto de pensión alimenticia D. Gumersindo abonará a favor de sus hijos Martin y María Rosa la cantidad de 400 euros mensuales (200 euros para cada uno), pagaderos por mensualidades anticipadas dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que designe la madre, cantidad que se actualizará anualmente de conformidad con el incremento experimentado por el índice de precios al consumo y publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle. En cuanto a los gastos extraordinarios de los menores, serán abonados por mitad entre ambos progenitores, previa notificación del gasto a la otra parte para su aprobación y, en caso de discrepancia, resolvería el Juzgado.

"4.º- Respecto a las cargas del matrimonio, el padre deberá abonar la hipoteca que grava el domicilio familiar, así como el seguro y el impuesto de bienes inmuebles del mismo.

"5.º- En concepto de pensión compensatoria D. Gumersindo abonará a favor de Dña. Lourdes la cantidad de 500 euros mensuales durante un periodo de tres años, actualizándose anualmente dicha cantidad conforme al índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya y pagadera por meses anticipados, dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que designe la esposa.

"6.º- Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial una vez firme la presente resolución.

"7.º- No se hace expreso pronunciamiento en costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el procurador D. Ángel Luis Rodríguez Velasco, representante procesal de la demandada Dña. Lourdes .

2.- El recurso de apelación correspondió a la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, recurso de apelación 1309/2020, donde se dictó sentencia, con fecha 18 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales señora doña Pilar Concepción Moraleda Valenzuela, en nombre y representación de doña Lourdes , contra la sentencia de fecha veinticuatro de julio de dos mil veinte, dictada en el procedimiento de divorcio seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Valdemoro bajo el cardinal 118/2020, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada".

TERCERO.- *Interposición y sustanciación del recurso de casación ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.*

1.- Por Dña. Lourdes se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:



Motivo único.- Por el cauce del art. 477.2.3.º de la LEC, infracción de los arts. 97 y 101 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa de los mismos.

2.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, comparecieron las partes reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia y practicadas las diligencias necesarias para la sustanciación del recurso, por auto, de fecha 29 de junio de 2022, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Francisco Javier Gotor Invarato, en nombre y representación de D. Gumersindo, presentó escrito de oposición al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

El presente recurso trae causa de demanda de juicio de divorcio interpuesto por el marido.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y en la que, además de la disolución del vínculo, se adoptan una serie de medidas, entre las que se establece, apreciada la existencia de desequilibrio económico tras la ruptura, una pensión compensatoria en favor de la esposa por importe de 500 euros por un periodo de tres años.

Para establecer esta pensión compensatoria la sentencia considera que resultan acreditadas condiciones suficientes para su reconocimiento: el matrimonio ha durado 26 años, y la esposa, de 59 años de edad al tiempo de la sentencia, trabajó durante veintitrés años y cuatro meses, habiéndose dedicado al cuidado de la familia en exclusiva al menos durante cinco años (habiendo trabajado de manera ininterrumpida desde mayo de 2009 hasta mayo de 2018 en que definitivamente dejó de trabajar), sin que se haya incorporado a nuevo trabajo. Mientras que el marido, ingeniero industrial, con unos ingresos mensuales prorrateados de unos 4.244 euros al mes, hace frente a los gastos de la casa, aportando 350 euros todos los meses.

Por todo ello, se establece por el juzgador una pensión compensatoria temporal, limitada a un periodo de tres años, periodo en el que considera que la demandada podrá incorporarse al mercado laboral.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Interpuesto recurso de apelación por la esposa demandada, la sentencia de segunda instancia desestima el recurso confirmando las determinaciones de la sentencia de primera instancia.

Considera, en síntesis, la Sala de apelación: que la esposa, de 60 años al tiempo de la sentencia de segunda instancia, actualmente no trabaja pero con una vida laboral de 23 años, 4 meses y 24 días, que le habría generado expectativa de derecho prestacional; que el matrimonio ha durado 27 años, del que han nacido tres hijos, actualmente mayores de edad; que el régimen económico matrimonial fue el de gananciales y que no resulta acreditado que la esposa, como consecuencia de su dedicación parcial a la familia, haya perdido alguna expectativa profesional legítima.

3.- Recurso de casación.

Contra la citada sentencia se interpone por la esposa recurso de casación, fundado en único motivo, por infracción de los arts. 97 y 101 CC, al entender que dada su edad actual de 60 años, con problemas de movilidad acreditados, y que actualmente no trabaja, ni percibe ingreso alguno, por lo que habría existido un error al realizar el juicio prospectivo, al limitar la cuantía a la suma de 500 euros por un periodo de tres años, sin que exista certidumbre de que el desequilibrio se supere transcurrido el periodo fijado, pues al contrario parece que el transcurso del tiempo jugará en contra de las posibilidades de reinserción laboral de la destinataria de la pensión, por lo que solicita el establecimiento de una pensión compensatoria por tiempo indefinido y por un importe de 1.000 euros mensuales.

SEGUNDO.- Motivo único.- Por el cauce del art. 477.2.3.º de la LEC, infracción de los arts. 97 y 101 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa de los mismos.

La recurrente alegó que dada su edad (60 años s.e.u.o), "ciertos problemas de movilidad" en ambas manos, carencia de formación cualificada, dedicación a la familia (esposo y tres hijos), último trabajo en 2018, es



improbable que pueda reinsertarse en el mercado laboral, por lo que solicita una pensión compensatoria indefinida de 1000 (mil) euros mensuales.

Acreditó la existencia de síndrome de túnel carpiano bilateral de intensidad moderada-severa con intervención quirúrgica en mano derecha, 29 de mayo de 2018.

Consta informe médico de 14 de septiembre de 2018 que declara que "globalmente la mano es funcional 6 ss máximo". "Sensación de rigidez en el carpo y en cuarto dedo que le quita funcionalidad a la mano".

TERCERO.- Doctrina jurisprudencial tiempo de duración de la pensión compensatoria.

La sentencia 153/2018, de 15 de marzo, resume la doctrina de la Sala sobre la fijación de un límite temporal en la pensión compensatoria:

"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 ésta 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 núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012), 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. Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, Rc. 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación (STS de 2 de junio de 2015, Rc. 507/2014). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio".

CUARTO .- Decisión de la sala. Duración de la pensión compensatoria.

Se estima parcialmente el motivo.

A la vista de la referida doctrina jurisprudencial debemos declarar que la cantidad fijada en la sentencia de apelación es ponderada, dado que la recurrente mantiene en comunidad hereditaria un bien inmueble y en comunidad de bienes la vivienda familiar que va a entrar en proceso de liquidación de sociedad de gananciales.

La sala no puede tener en cuenta la posible pensión de jubilación que la recurrente pueda obtener en su día, dado que es un futuro no concretado cuantitativamente.

Por el contrario, el tiempo de duración fijado, de tres años, es manifiestamente insuficiente, dado que por la edad de la recurrente (60 años), carencia de formación especializada y existencia de falta de movilidad, al menos en una mano, es mas que improbable la inserción en el mercado laboral, por lo que de acuerdo con el art. 97 del C. Civil, se ha de fijar la pensión compensatoria de 500 euros como indefinida.

Todo lo declarado es sin perjuicio de las modificaciones que en el futuro pudieran presentarse si de ello se dedujese un incremento de la capacidad económica de la Sra. Lourdes (art. 100 C. Civil).

QUINTO.- Costas y depósito.

Estimado el recurso de casación, no ha lugar a la imposición de costas (art. 398.2 LEC) y procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido para la casación.

FALLO

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

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Dña. Lourdes , contra sentencia de fecha 18 de octubre de 2021, de la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 1309/2020).



2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de mantener la pensión compensatoria en la cantidad de 500 (quinientos) euros, pero fijándola con carácter indefinido.

3.º- Se mantiene la resolución recurrida en los demás extremos.

4.º- No ha lugar a imposición de costas de la casación y devuélvase el depósito constituido para este recurso al recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ