



Roj: **STS 3246/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3246**

Id Cendoj: **28079110012018100517**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2018**

Nº de Recurso: **4977/2017**

Nº de Resolución: **525/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 525/2018**

Fecha de sentencia: 24/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4977/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz (5ª)

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 4977/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 525/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 24 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de Divorcio y Modificación de Medidas n.º 477/16, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Algeciras; cuyo recurso fue interpuesto



ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Gabriela , representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Sandra Osorio Alonso, bajo la dirección letrada de don Juan Carlos Jiménez Fernández; siendo parte recurrida don Nemesio , representado por el Procurador de los Tribunales don José Luis Pinto-Marabotto Ruiz, bajo la dirección letrada de doña María del Pilar Cañete Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de don Nemesio , interpuso demanda de divorcio contra doña Gabriela , con modificación de medidas acordadas en la sentencia de separación matrimonial, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara:

«... en su día sentencia por la que estimando esta demanda, se declare haber lugar a la disolución del matrimonio por divorcio de D. Nemesio y D<sup>a</sup> Gabriela , determinándose los siguientes efectos:

»1º.- Se atribuya el uso y disfrute del domicilio que constituyó el domicilio familiar a D<sup>a</sup> Gabriela , al ser la vivienda privativa de la misma.

»2º.- Se extinga la pensión compensatoria fijada a favor de Da Gabriela en sentencia de separación, con efectos desde la fecha de la sentencia que se dicte.

»3º.- Que igualmente se extinga la pensión alimenticia del hijo mayor Avelino .

»4º.- Que se mantenga la pensión alimenticia del hijo menor en el 15% de los ingresos netos de su padre.

»5º.- Las costas serán sufragadas por la parte contraria si se opusiera a esta demanda.

»6º.- Una vez sea firme la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, se acuerde expedir los mandamientos oportunos para la inscripción de la sentencia en el Registro Civil correspondiente.»

**2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada, contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

«...sentencia, en la que se declare la disolución del matrimonio por divorcio de D. Nemesio y D<sup>a</sup> Gabriela , y se acuerden las siguientes medidas:

»- Conformidad con el uso y disfrute de la vivienda que constituyó el domicilio familiar y que es propiedad de la esposa D<sup>a</sup> Gabriela .

»- Mantenimiento de la pensión compensatoria a favor de su ex cónyuge, y consistente en un 20% de los ingresos netos del demandante, como empleo del Ayuntamiento de Algeciras.

»- Mantenimiento de la pensión de alimentos a favor de su hijo mayor Avelino , en un 15% de los ingresos netos de su padre.

»- Conformidad con el mantenimiento de la pensión de alimentos a favor de su hijo menor Avelino (sic), en el 15% de los ingresos netos de su madre.

»- Las costas será sufragadas por la parte demandante debido a su mala fe y temeridad.

»- Conformidad con la solicitud realizada de contrario, y por la que se solicita que se expida los mandamientos oportunos para la inscripción de la sentencia en el registro civil correspondiente.»

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Algeciras, dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2017 cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda de Divorcio y Modificación de Medidas interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Villanueva Nieto en nombre y representación de D. Nemesio contra Da Gabriela , declaro disuelto por DIVORCIO el matrimonio formado por ambas partes con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y se acuerda mantener la pensión de alimentos y la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación de 19 de diciembre de 2008 dictada en el procedimiento nº 1634/2008 por este Juzgado.

»Queda subsistente la sentencia anterior en todo lo que no se vea afectado por el presente pronunciamiento.

»Todo ello sin expresa condena en costas.»



**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y, sustanciada la alzada, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 2 de octubre de 2017, cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Nemesio , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Algeciras en los autos de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, en el único sentido de declarar extinguida la pensión compensatoria señalada en la sentencia de separación de 19 de diciembre de 2008 a favor de Dª Gabriela , manteniendo el resto de la resolución recurrida, todo ello sin imposición al apelante de las costas de esta alzada, acordando la devolución del depósito constituido.»

**TERCERO.-** El procurador don Sergio Domínguez, en nombre y representación de doña Gabriela , interpuso recurso de casación por interés casacional. Esta sala dictó auto de fecha 9 de mayo de 2018 por el que se admitió dicho recurso, que se formula por dos motivos:

1.- Por infracción de los artículos 97 y 101.

2.- Por infracción de la jurisprudencia de esta sala con cita de las sentencias n.º 69/2017, de 3 de febrero , y n.º 641/2013, de 24 de octubre .

**CUARTO .-** Dado traslado a la parte recurrida, don Nemesio , se opuso al recurso mediante escrito presentado en su nombre por el procurador don José Luis Pinto- Marabotto Ruiz.

**QUINTO.-** No habiendo solicitado vista las partes, se señaló para votación y fallo el día 12 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Nemesio formuló demanda de divorcio frente a su esposa doña Gabriela , de la que se hallaba separado judicialmente desde el año 2008, en la cual solicitó como medidas definitivas la extinción de la pensión de alimentos fijada a favor de su hijo, ya mayor de edad, subsistiendo la asignada para otro hijo menor, así como la extinción de la pensión compensatoria fijada en el proceso de separación según convenio suscrito en el año 2008 y que alcanzaba un 20% de los ingresos mensuales netos del obligado. La demandada contestó manifestando su conformidad con la solicitud de divorcio pero oponiéndose a la alteración de las medidas acordadas en la separación.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de 21 de marzo de 2017 en la cual acordó mantener la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, tal como se había establecido en la sentencia de separación. En cuanto a dicha pensión compensatoria, se apoya en la sentencia de esta sala de 27 de octubre de 2011 , teniendo en cuenta que no se ha acreditado que la demandada haya accedido al mercado laboral ni obtenido ningún tipo de ingresos, siendo esta circunstancia -obtención de ingresos- la prevista en el convenio regulador firmado por las partes en el año 2008, en el que se estableció que el Sr. Nemesio abonaría una pensión compensatoria a la Sra. Gabriela hasta el momento en el que ella percibiese una retribución por cualquier concepto, estableciendo una condición que no concurre.

Recurrió en apelación el demandante y la Audiencia Provincial dictó sentencia de fecha 2 de octubre de 2017 que, con estimación parcial del recurso, revocó la de primera instancia en el único sentido de declarar extinguida la pensión compensatoria, al estimar desidia de la esposa en la búsqueda de empleo durante el tiempo transcurrido.

La demandada doña Gabriela ha interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 97 y 101 del Código Civil .

Considera que en el presente caso no puede admitirse la extinción de la pensión compensatoria en tanto que dicha prestación no se constituyó con carácter temporal, sino indefinido hasta que se obtuvieran ingresos de cualquier índole por la esposa. Entiende que no se ha probado que concurran causas de modificación, pues el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria salvo que se hubiera establecido como temporal.

En el desarrollo del motivo se recoge el párrafo de la sentencia impugnada que viene a justificar, fundamentalmente, la decisión de declarar extinguida la pensión compensatoria. Dice la Audiencia que

«En el presente supuesto no consta acreditado que la esposa haya realizado ninguna actividad a fin de conseguir obtener un empleo o incorporarse a la vida laboral de forma alguna, pues incluso el hecho de estar



apuntada en las listas del paro, como demandante de empleo, lo hizo únicamente durante dos años y medio, no más, desde el 5-11- 2009 al 11-5-2012, estando dada de baja en dicho registro, y sin que se acrediten cursos de preparación, trabajos esporádicos o temporales etc..., mientras que con anterioridad la esposa había trabajado al menos durante 10 años. No puede servir de explicación o excusa el cuidado del otro hijo, pues los padecimientos del mismo no tienen la entidad suficiente como para determinar un cuidado intensivo y constante del mismo a lo largo de todos estos años, por todo lo cual debe estimarse en este punto el recurso interpuesto, acordando declarar extinguida la pensión compensatoria de D<sup>a</sup> Gabriela ...».

La parte recurrente reserva indebidamente para un segundo motivo la alegación del interés casacional, cuando la exigencia para acceder al recurso extraordinario implica la necesidad de que concurra tanto la infracción legal como el interés casacional de modo conjunto y no alternativo, lo que comporta que deban constituir formalmente un solo motivo, por lo que -en definitiva- ambos motivos quedan refundidos en uno y se estudian de modo conjunto.

Se cita, en primer lugar, en apoyo del recurso la sentencia de esta sala n.º 69/2017, de 3 de febrero, según la cual

«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 ( SSTS de 27 octubre 2011 y 20 junio 2013 ). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-. Entre tales circunstancias es cierto que se contempla con tal virtualidad la idoneidad o actitud de la perceptora para superar el desequilibrio económico. Pero para que así sea es preciso alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para obtener tal certeza, el órgano judicial ha de llevar a cabo un juicio prospectivo, y al hacerlo ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, como recoge reiterada jurisprudencia de esta sala (SSTS de 27 de junio de 2011, 23 de octubre de 2012 y las que cita la sentencia 466/2015, de 8 de septiembre, rec.2591/2013)».

Igualmente se cita como doctrina favorable para la posición de la recurrente la contenida en la sentencia n.º 641/2013, de 24 de octubre, en la que se dice lo siguiente:

«Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas- alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores ( artículo 100 CC ) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho ( artículo 101 CC ). Cuando ello ocurra, 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 ( SSTS 27 de octubre 2011, 20 de junio 2013 ). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-, como señalan las sentencias que se citan en el motivo para justificar el interés casacional. Es cierto que esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 27 de junio 2011, 23 de octubre de 2012, entre otras)...».

De lo resuelto por las anteriores sentencias se desprende, como doctrina mantenida por la sala para estos casos, la que sostiene la imposibilidad de aplicar la pérdida del derecho al percibo de la pensión compensatoria como una especie de sanción por el hecho de no haber accedido a un empleo, salvo que se acredite que las circunstancias concurrentes en quien resulta ser beneficiario de la pensión demuestran una verdadera desidia y desinterés respecto del acceso al mercado laboral, circunstancias que no pueden afirmarse como acreditadas en el presente caso en que se trata de una esposa que abandonó su ocupación laboral para dedicarse a la familia y en particular al cuidado de uno de los hijos habidos del matrimonio que requería de cuidados especiales; lo que unido al hecho de que tiene actualmente unos cincuenta y cinco años de edad - circunstancia que, evidentemente, resta posibilidades de acceso al trabajo salvo que se cuente con una especialización determinada- lleva a considerar que no procede la extinción de la pensión compensatoria y sí su mantenimiento en las condiciones que en su día fueron convenidas.



**TERCERO.**- Lo anterior implica la estimación del recurso, sin especial declaración sobre costas a la recurrente ( artículos 394 y 398 LEC ) y con devolución del depósito constituido. Se imponen al apelante don Nemesio las costas causadas por su recurso de apelación que debió ser desestimado ( artículos 394 y 398 LEC ).

#### **FALLO**

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

**1º.**- Estimar el recurso de casación interpuesto por el procurador don Sergio Domínguez Marín, en nombre y representación de doña Gabriela , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.ª) en Rollo de Apelación n.º 598/2017, con fecha 2 de octubre de 2017.

**2º.**- Casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada en primera instancia.

**3º.**- Condenar a don Nemesio al pago de las costas causadas por su recurso de apelación, sin especial declaración sobre las costas del presente recurso, con devolución a la recurrente del depósito realizado por el mismo.

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

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

Así se acuerda y firma.