



Roj: **STS 5236/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:5236**

Id Cendoj: **28079110012008100877**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2008**

Nº de Recurso: **2727/2004**

Nº de Resolución: **917/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **CLEMENTE AUGER LIÑAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Octubre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 57/03, por la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, como consecuencia de autos, de modificación de medidas de divorcio-contencioso, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Bilbao, recurso que fue interpuesto por Don Jose Miguel , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales Doña Ascensión Peláez Díez, siendo parte recurrida Doña Leticia , representada por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Anaya García, así como el Ministerio Fiscal, que interesa la desestimación del recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Bilbao, fueron vistos los autos, juicio de modificación de medidas de divorcio-contencioso, promovidos a instancia de Don Jose Miguel , contra Doña Leticia .

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho: "...se dicte sentencia por la que se tenga la referida resolución ajustada al Derecho del Estado y su eficacia en el orden civil, acordando reconocer la eficacia y ejecutoriedad en el orden civil de la sentencia por el Tribunal Eclesiástico del Obispado de Bilbao de fecha 21 de diciembre de 2000 declarando nulo el matrimonio contraído entre Don Jose Miguel y Doña Leticia , así como que se proceda a la inscripción en el Registro Civil de Bilbao, donde consta inscrito el matrimonio que se anula y donde consta el nacimiento de los hijos.

Del mismo modo, solicito que previa la estimación íntegra de la demanda, se proceda a dictar sentencia por la que se inste la modificación de medidas adoptadas en la sentencia de divorcio dictada en los autos de divorcio contencioso 640/97, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Bilbao , origen de los de rollo 62/98 tramitados ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia, y en virtud de esta estimación, se proceda a :

1. Declarar extinguida la pensión compensatoria con cargo a mi representado y de la que se beneficia la demandada.
2. Reducir la pensión alimenticia que mi representado ha de abonar a la hija menor Margarita , fijándola en la cantidad de 70.000 pesetas, de acuerdo con las nuevas circunstancias concurrentes en este caso, pagaderas por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente donde se viene efectuando tal ingreso, pensión que será anualmente actualizada conforme a la variación que experimente el IPC que publique para la provincia de Bizkaia el Instituto Nacional de Estadística u organismo que los sustituya, entendiendo esta cantidad como global y comprensiva de todos los gastos de manutención y estudios que se derive de la hija."



Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: "... se dicte sentencia por la que, desestimándose dicha demanda se acuerde la confirmación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia en fecha 14 de diciembre de 1998 , por no haberse producido alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por la Sala a la hora de adoptar dichas medidas, de la suficiente entidad como para provocar su modificación. Y subsidiariamente, para el caso de que se considere que la declaración de nulidad del matrimonio canónico de los litigantes pone fin a la pensión compensatoria que percibe mi representada, solicito que el importe de la misma le sea concedido como indemnización establecida en el artículo 98 del Código Civil , en base a lo dispuesto en el artículo 97 del mismo cuerpo legal.

Todo ello con expresa imposición de las costas a la actora".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 11 de septiembre de 2002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Don Pedro Carnicero Santiago, en nombre y representación de Don Jose Miguel , contra Doña Leticia , representada por el Procurador Don Alfonso José Bartau Rojas, debo acordar y acuerdo reconocer la eficacia civil de la resolución canónica, así como las siguientes medidas definitivas:

- 1) La atribución al Sr. Jose Miguel de la guarda y custodia sobre la hija común del matrimonio menor de edad, siendo el ejercicio de la patria potestad compartido entre ambos progenitores.
- 2) La Sra. Leticia deberá abonar en concepto de pensión alimenticia en favor de la hija del matrimonio el importe de 47.000 pesetas (282 euros).

Dicha cantidad se ingresará dentro de los primeros cinco días en la cuenta bancaria que al efecto señale el esposo, cuantía que será recisable anualmente conforme a las variaciones del IPC que publique el INE.

- 3) El Sr. Jose Miguel deberá abonar en concepto de pensión compensatoria en favor de la esposa el importe fijado en la sentencia de divorcio contenciosa recaída en los autos número 640/97 de la Audiencia Provincial de fecha 14 de diciembre de 1998 ."

SEGUNDO. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciado éste, la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 17 de noviembre de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando, el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Jose Miguel , contra la sentencia de data 11 de septiembre de 2002, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Bilbao , en demanda en solicitud de eficacia civil de la sentencia de nulidad de matrimonio canónico, y, modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio, número 15550/01 , de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, imponiendo a la recurrente las costas de la presente alzada ante la no prosperabilidad de su posición impugnante".

TERCERO. El Procurador Don Pedro Carnicero Santiago, en nombre y representación de Don Jose Miguel , formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primer motivo: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con vulneración de la sentencia recurrida de los artículos 93, 142, 145 y 148 del Código Civil .

Segundo motivo: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración de los artículos 90, 91, 142, 145 y 146 del Código Civil .

Tercer motivo: Al amparo del artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración de la sentencia recurrida de los artículos 90, 91, 93, 97, 98, 100 y 101 del Código Civil .

CUARTO. Admitido el recurso de casación formulado y evacuando el traslado conferido, el Procurador Don Vicente Ruigomez Muriendas, en representación de Doña Leticia , presentó escrito de impugnación al recurso mencionado y terminaba suplicando a esta Sala: "...dicte sentencia desestimándolo, con expresa condena en costas al recurrente".

Igualmente por el Ministerio Fiscal se interesó la impugnación del motivo interpuesto solicitando su desestimación.

QUINTO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 26 de septiembre de 2008, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El recurso de casación objeto de enjuiciamiento tiene su origen en la demanda formulada por el hoy recurrente con fecha 28 de diciembre de 2001, por la que, además de solicitar el reconocimiento en el orden civil de los efectos de la sentencia canónica de nulidad pronunciada por el Tribunal Eclesiástico del Obispado de Bilbao en fecha 21 de diciembre de 2000 y ratificada por Sentencia del Tribunal Metropolitano del Arzobispado de Burgos de 3 de abril de 2001, interesaba la modificación de las medidas definitivas, en concreto las pensiones compensatoria a favor de la esposa y de alimentos a favor de la hija menor, decretadas en procedimiento de divorcio contencioso 64/97 por Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 14 de diciembre de 1998 -que modificaba lo resuelto por el Juzgado con fecha 28 de enero de ese mismo año-, y todo ello por haberse alterado de modo sustancial las circunstancias que fueron tomadas en cuenta para su fijación. En relación con la pensión compensatoria el demandante, Sr. Jose Miguel, concluía que debía extinguirse el derecho a su percepción en atención al incremento patrimonial experimentado por la beneficiaria a resultas de la liquidación del régimen ganancial, a la merma de los ingresos del obligado ligada a su delicado estado de salud (cardiopatía derivada de sendos infartos cerebrales), y a que la eficacia civil de la sentencia canónica de nulidad determinaría la inexistencia de vínculo ab initio, lo que resulta incompatible con el reconocimiento del derecho a pensión. Respecto a la pensión alimenticia de la hija, pedía que la cuantía mensual se redujera a 70.000 pesetas por idénticas razones, apreciando la suficiencia de dicha suma para atender las necesidades de la menor. Posteriormente, mediante escritos de 3 y 5 de abril de 2002, el actor amplió la demanda en base a un hecho nuevo, consistente en que la hija menor con fecha 2 de abril de 2002 había decidido irse a vivir con él aprovechando las vacaciones de Semana Santa, razón por la que el actor pedía la guarda y custodia de la menor, y que fuera la madre la obligada a pagar la pensión alimenticia, en cuantía de 420,71 euros al mes.

Al contestar a la demanda inicial la Sra. Leticia se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, alegando, en cuanto a la primera de ellas, la imposibilidad de otorgar efectos civiles a la nulidad canónica respecto de un matrimonio que ya constaba disuelto por divorcio desde 1998, y en lo referente a la modificación de las medidas, que el actor no había probado una alteración esencial de las circunstancias tomadas en cuenta para su fijación, y así, en lo atinente a las determinantes del reconocimiento y cuantía de la pensión compensatoria, defendía que la adjudicación de bienes a la esposa al liquidarse la sociedad de gananciales no supone un incremento del patrimonio sino la concreción de los bienes que integraban la mitad del haber ganancial de cada uno, siendo la situación económica del actor la misma y no peor que la que tenía; además, el hecho de que la menor continuara teniendo las mismas necesidades determinaba la improcedencia de la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia reconocida en su favor a cargo del padre. No obstante, después de conocer que la menor había decidido vivir con su padre, la Sra. Leticia se mostró de acuerdo en atribuir la guarda y custodia de la menor al actor, aceptando también que fuera la madre la que abonara una pensión alimenticia de 80 euros mensuales a partir del 1 de mayo de 2002, extinguiéndose en dicha fecha la pensión alimenticia a cargo del padre.

El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Además de reconocer efectos civiles a la nulidad eclesiástica, acordó sólo modificar las medidas acordadas en el proceso de divorcio en cuanto a la hija, en el sentido de atribuir su guarda y custodia al padre y fijar una pensión de alimentos a cargo de la madre de 282 euros mensuales. En consecuencia, la sentencia mantuvo la pensión compensatoria a favor de la esposa y a cargo del marido en la cuantía que le había sido reconocida por la sentencia de 14 de diciembre de 1998 en autos de divorcio 64/97.

La Audiencia, desestimando el recurso del actor, confirmó íntegramente la sentencia de instancia considerando que no se había probado la alteración sustancial de las circunstancias económicas y de fortuna de las partes, que fueron tomadas en cuenta para la fijación de la pensión compensatoria, descartando tanto su fijación con carácter temporal, como su modificación o extinción. Entre las razones que esgrime el tribunal para rechazar la alteración de las circunstancias destacan: que la adjudicación a la esposa de su parte de los gananciales no equivale a incremento en su fortuna; que la disminución de ingresos del marido no ha sido debidamente acreditada, no siendo prueba fehaciente de la merma la constatación de una afectación física; que la pensión compensatoria ha de subsistir mientras lo haga la situación de desequilibrio que constituye su razón de ser; que el hecho de haber tenido el obligado un nuevo hijo tampoco determina automáticamente la desaparición del desequilibrio que justifica la pensión compensatoria; y finalmente, que los efectos civiles de la nulidad canónica se extienden sólo al vínculo matrimonial, el cual resulta inexistente, y no a las cuestiones debatidas sobre pensión alimenticia y por desequilibrio. Estas razones le llevan a concluir que el desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión y su cuantía continuaba vigente (fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida: "la pensión compensatoria trata de corregir el desequilibrio tras crisis matrimonial, sin vocación de perpetuidad, ya que una vez corregido el mismo debe desaparecer"), no siendo posible acordar su limitación temporal en atención a que las circunstancias fácticas impiden prever que la beneficiaria va a superar ese desequilibrio en un periodo de tiempo determinado ("si no podemos afirmar que haya hecho corrector o posibilidad de iniciativa de parte receptora en tal sentido, no es posible la limitación temporal,



debiendo acudir a las causas de extinción del art. 101 del C.C.), ni acceder a su modificación o extinción al no haberse "alterado sustancialmente las fortunas de las partes" (art. 100 CC) ni concurrir el supuesto fáctico previsto en el artículo 101 C.C.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso de casación objeto de enjuiciamiento, con cita como vulnerados de los artículos 93, 142, 146, 147 y 148 del Código Civil, plantea el recurrente en relación a la pensión alimenticia establecida a favor de la hija menor de matrimonio, la cuestión de si procede condenar a la madre a su pago con efectos retroactivos desde la fecha de interposición de la demanda o por el contrario, como entiende la sentencia recurrida, desde la fecha de la resolución en que se fija esa prestación, aduciendo tanto la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta Sala Primera plasmada en Auto de 31 de julio de 2003 (Recurso de casación 3397/2000), Sentencia de 8 de abril de 1995 (Recurso de casación 3099/1991) y Sentencia de 11 de diciembre de 2001 (Recurso de Casación 2517/1996) como por existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, citando sendos Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el sentido de retrotraer la obligación de prestar alimentos y otros dos Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, que adoptan un criterio contrario.

Como señala el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida la discrepancia mostrada por el actor respecto de la fecha de inicio de la obligación alimenticia a cargo de la esposa fue una de las cuestiones que centraron la litis en segunda instancia. Ya dijimos que el actor, a resultas de que su hija menor había decidido vivir con él, decidió ampliar su demanda interesando una pensión alimenticia a cargo de la demandada de 70.000 pesetas mensuales (420,71 euros). Como el Juzgado accedió a fijarla sólo por cuantía de 47.000 pesetas (282 euros) mensuales actualizables anualmente conforme al I.P.C., el hoy recurrente, además de expresar en apelación su disconformidad con la cuantía, adujo que la sentencia era incongruente por no pronunciarse sobre la fecha en que debía comenzar el devengo de la pensión -que a su juicio debía ser el día en que la hija comenzó a convivir con su padre (2 de abril de 2002) y no la fecha de notificación de la sentencia-, resolviendo la Audiencia sobre esta cuestión (Apartado A) del fundamento jurídico segundo) que la fijación del comienzo de la obligación es materia de orden público, y que el posicionamiento de las partes no es vinculante para el tribunal, y en su virtud, de conformidad con el criterio seguido en anteriores ocasiones por el mismo órgano, señala que «la pensión de alimentos tiene su inicio obligacional en el momento de dictado de la resolución que la fija».

En relación al problema planteado procede acoger la impugnación al recurso que formula el Ministerio Fiscal, por cuya razonabilidad se acoge en su integridad.

En el desarrollo argumental de este motivo, se alega, que la resolución recurrida, vulnera la doctrina de esta Sala, en la cuestión jurídica relativa al momento, en que el obligado a abonar una pensión de alimentos ha de comenzar a satisfacerla, citando varias sentencias de esta Sala, que establecen una doctrina coincidente relativa, a que la exigibilidad de los alimentos se produce desde la fecha en que se interponga la demanda. Entiende el recurrente que la resolución recurrida vulnera el artículo 148 del Código Civil al establecer, en el fundamento jurídico segundo, "que la pensión de alimentos tiene su inicio obligacional en el momento del dictado de la resolución que la fija." También se alega la existencia de doctrina contradictoria entre Audiencias Provinciales sobre tal cuestión jurídica, citando dos sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, dictadas por diferentes Secciones, que mantienen el mismo criterio que la sentencia impugnada, a las que contraponen otras dos dictadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bizkaia que mantiene un criterio dispar.

Lo primero que procede precisar es que el pronunciamiento de la sentencia relativo a la pensión de alimentos a favor de la hija menor del matrimonio se dicta en un procedimiento de modificación de medidas seguido entre las partes, que modifica el progenitor custodio y por tanto el obligado al pago, y las sentencias dictadas por esta Sala y citadas en el recurso se refieren a un supuesto en que la reclamación de alimentos deriva de un litigio de reclamación de cantidad. Cabe, en consecuencia, dilucidar si es posible la aplicación del artículo 148 del Código Civil, cuando la reclamación de alimentos se plantea en un juicio de separación, nulidad o divorcio que tienen normas específicas procesales y sustantivas.

Aunque los alimentos debidos a los hijos no pueden verse afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes (en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2005, señala: "que mientras la obligación de alimentos entre parientes descansa en la situación de necesidad perentoria de los mismos o para subsistir y se le abona sólo desde la fecha en que se interponga la demanda, los alimentos de los hijos, en la medida que tienen su origen en la filiación, artículo 39.3 de la Constitución Española, ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos"), sin embargo, comparten en gran medida los caracteres de la regulación legal de los alimentos entre parientes regulados en los artículos 142 y siguientes del Código Civil.



Tal criterio es seguido por esta Sala en sentencia de 5 de octubre de 1993 : "no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad". Por tanto, a la obligación de abonar alimentos a los hijos es aplicable el artículo 148 del Código Civil , que establece: "la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Pero lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, que varia el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente, criterio seguido por la sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo.

Siguiendo esta tesis, la pretensión de devolución o pago por diferencias que solicita el recurrente es improcedente, en aras del principio de seguridad jurídica, ya que la resolución dictada despliega sus efectos desde que se dicta, no dándose la situación de injusticia que denuncia, en la medida que cuando se planteó la demanda de modificación de medidas pudo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 775. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , haber solicitado la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en el pleito anterior de divorcio, mecanismo procesal que no utilizó.

Respecto al interés casacional fundado en la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, las dos sentencias citadas por el recurrente dictadas por la Audiencia Provincial de Bizkaia, que según él mantienen su criterio, no sostienen identidad de supuestos con la que es objeto del recurso, ya que ambas se refieren a la pensión de alimentos fijada en medidas provisionales, es decir, en la primera resolución que impone la obligación al pago, supuesto distinto al presente como ya se ha expuesto.

Por otro lado, en las sentencias alegadas como contradictorias tampoco existe tal criterio dispar, ya que la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, sí admite la aplicación del artículo 148 del Código Civil a la primera resolución que sanciona la obligación, en aras a la protección del alimentista, pero que deviene inoperante al tratar hipótesis distintas, respecto de los ulteriores pronunciamientos de cuantía que sólo operarán desde la fecha de su adopción.

En consecuencia, no existe jurisprudencia contradictoria, porque como ha manifestado esta Sala en sentencia de 29 de diciembre de 2005 es preciso que se señalen dos sentencias con una doctrina determinada de un mismo Tribunal (una de las cuales habrá de ser la impugnada) y otras dos sentencias con la doctrina contradictoria, debiendo, además, expresar en el escrito de interposición las resoluciones con el contenido básico que justifica el interés casacional.

A la vista de lo expuesto, procede la desestimación del motivo.

TERCERO.- Los restantes motivos del recurso (segundo y tercero) se refieren a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil .

De una parte (motivo segundo), con apoyo en los artículos 90, 91, 93, 142, 145 y 146 del Código Civil que se citan como infringidos, se plantea tan sólo la cuestión de si el nacimiento de un nuevo hijo ha de ser valorado como alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación de la misma, aduciéndose la existencia de interés casacional por existir doctrina contradictoria de las Audiencias de Vizcaya (Sentencias de 11 de julio de 2002 y 27 de junio de 2002) -que acogen la tesis del recurrente de que el nacimiento de un nuevo hijo debe considerarse una alteración sustancial- y Navarra (Sentencias de 31 de mayo de 2002 y 23 de enero de 2002), que, en línea con la sentencia recurrida, consideran lo contrario.

De otra (motivo tercero), denunciando como vulnerados los artículos 90, 91, 93, 97, 98, 99, 100 y 101 , se suscita el tema de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal en el caso enjuiciado, o si acaso acordar su modificación o supresión vía artículos 100 y 101 del Código Civil , respectivamente, pretendiendo justificar la existencia de interés casacional en la modalidad de doctrina contradictoria de las Audiencias, aludiendo a las Sentencias de 18 y 20 de noviembre de 2002 de la Audiencia de Zamora que acogen el criterio favorable a la temporalidad, y a las Sentencias de 22 de julio de 1999 y 12 de mayo de 1999 de la



Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que se decantan por el criterio jurídico contrario. Aduce el recurrente que la Audiencia no tuvo en cuenta circunstancias, -especialmente el mero transcurso del tiempo y la propiedad de la esposa de los gananciales adjudicados en la liquidación-, que debían valorarse como causa de limitación temporal o supresión del citado derecho. El motivo así planteado debe ser desestimado.

Comenzando con el tercer motivo, sobre la limitación temporal del derecho que fue reconocido a la esposa con carácter indefinido, o su posible modificación o supresión, los argumentos expuestos no pueden ser acogidos. Ciertamente, en Sentencia de 10 de febrero de 2005, Recurso de Casación 1876/2002, luego citada por la de 28 de abril de 2005), este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse a favor de la temporalidad de la pensión compensatoria, anticipándose al propio legislador, que la admitió expresamente con ocasión de la Ley 15/2.005, de 8 de julio -la nueva redacción al art. 97 CC señala que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única-. Pero la citada doctrina sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, acogida en posteriores sentencias como la de 19 de diciembre de 2005, ha de ponerse en relación con la naturaleza de dicho derecho, y entenderse en los siguientes términos:

1.- La pensión compensatoria del Artículo 97 del Código Civil tiene una finalidad reequilibradora, y de la existencia de desequilibrio depende el reconocimiento del derecho, con independencia de su duración. Según la Sentencia de 28 de mayo de 2005, «Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no es la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio». Constituye su presupuesto esencial «la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse 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. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios».

2.- Por lo que respecta estrictamente a la posibilidad de fijar límites temporales, la doctrina no sólo lo admite con arreglo a la normativa anterior a la reforma de 2005, sino que se pronuncia también expresamente sobre la compatibilidad del establecimiento temporal de la pensión compensatoria y del régimen de modificación o supresión a que aluden los artículos 100 y 101 del Código Civil. La Sentencia de 10 de febrero de 2005, tras analizar en profundidad los argumentos vertidos a favor y en contra, opta por el criterio favorable a la temporalización expresado por el Consejo de Europa (Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1.980), el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/98, de 15 de julio -en cuyo art. 86.1 d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció-; y el, entonces, Proyecto de la Ley 15/2.005, de 8 de julio, y declara que la fijación de una pensión compensatoria temporal no es algo que la normativa legal vigente antes de la reforma de 2005 (artículo 97, según redacción dada por la Ley 30/1.981, de 7 de julio) prohibiera ni que resulte imposible de conciliar con las previsiones contenidas en el Código Civil relativas a su modificación o supresión: «además de que no resulta excluida por el art. 97 CC -el que no la recoja no significa que la prohíba-, la pensión temporal no afecta a la regulación de los arts. 99, 100 y 101 CC, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada».

3.- 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. De lo dicho se deduce que la ley -que de ningún modo cabe tergiversar- no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación. Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje



o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión "ex ante" de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado "futurismo o adivinación". El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.

Se sienta así, «como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del art. 97 CC , siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal».

De la doctrina expuesta resulta con claridad:

Primero.- Que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio, (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal.

Segundo.- Que partiendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, su fijación en uno y otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función reequilibradora que constituye su razón de ser.

Tercero.- Que cualquiera que sea la duración de la pensión, «nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada», lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 del Código Civil , siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas (alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge, cese de la causa que lo motivó, nuevo matrimonio o situación equivalente de convivencia del preceptor).

Atendiendo a lo expuesto, debe descartarse que en el supuesto de autos la Audiencia haya vulnerado la citada doctrina. En cuanto a la limitación temporal, no puede obviar el recurrente que el desequilibrio se ha de apreciar en el momento de la ruptura, siendo la Sentencia de la Audiencia que puso fin al pleito de divorcio la que reconoció a la esposa una pensión por desequilibrio con carácter vitalicio (documento 8 de la demanda). Aunque esta Sala no comparta los razonamientos de dicha resolución, -al ser la temporalidad compatible con el régimen de los artículos 100 y 101 del Código Civil -, es incuestionable que el recurrente no recurrió dicha resolución, determinando la inatacabilidad en este nuevo pleito las circunstancias fácticas a que hace alusión el art. 97 del Código Civil -en particular la larga duración del matrimonio, la dedicación de la esposa a la familia, su avanzada edad y la falta de fehaciente de cualificación profesional, incluyendo la propia voluntad de los esposos expresada en Convenio Regulador (30 de marzo de 1995), donde nada se dijo de sobre la limitación temporal de la pensión-, que llevaron, no sólo a tener por cierto el desequilibrio y reconocer el derecho, sino además a hacerlo sin límite temporal.

Dado que hemos dicho que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 C.C ., lo que procede es dilucidar si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas -alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100) o la convivencia del preceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101)-. La Audiencia examina la prueba obrante y concluye que «no se han alterado sustancialmente las fortunas de las partes... no ha lugar a modificar, no hay incardinación en el art. 100 del C.C. ni a extinguir, no hay subsunción en el 101 del mismo texto legal». Pretende el recurrente que se consideren alteradas esas circunstancias por el mero transcurso del tiempo y por las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo más allá de un plazo determinado, que condujeron al reconocimiento de una pensión compensatoria vitalicia, no pueden verse alteradas por el mero transcurso del tiempo en la medida que lo relevante no es el dato objetivo del paso del mismo, sino la superación de la



situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho, lo que no ha ocurrido, debiéndose descartar también que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados el haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no ha variado ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando ésta tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentre con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación.

También se encuentra abocada al fracaso la cuestión planteada como motivo segundo, relativa a si el nacimiento del nuevo hijo del actor constituye necesariamente una alteración sustancial de circunstancias.

Partiendo de la literalidad de la norma (artículo 100 C.C.), que alude a la alteración sustancial "de la fortuna de uno y otro cónyuge", la Audiencia entiende, con acierto, que el nacimiento de un nuevo hijo del obligado no equivale a una disminución de su fortuna que permita subsumir el supuesto de autos en el supuesto fáctico previsto por la norma. Si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hacía preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, -situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna-, lo que no se hizo. Parece no reparar el recurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquel disminuyó, pues la ley determina el carácter ganancial de los rendimientos del trabajo constante matrimonio, y ello ha lugar a que la fortuna del mismo, lejos de disminuir, se viera incrementada a resultas de la convivencia con su nueva mujer. Resulta por tanto que el recurrente sostiene un motivo tomando en consideración hechos distintos de los que configuran la base fáctica de la sentencia, lo que determina que el interés aducido, representado por la contradicción entre doctrina de Audiencias Provinciales, se tenga por inexistente, ya que «no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose por completo del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, de suerte que no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación distinta de la apreciada por la resolución recurrida (AATS, entre otros, de 13/3/2007, 27/3/2007, 10/4/2007 y 8/7/2008 en recursos de casación num 2670/2003, 2507/2003, 2940/2003 y 1358/2007). En atención a lo expuesto, el motivo carece de interés casacional, circunstancia que debería haber dado lugar a que no superase el trámite de admisión al concurrir la causa de prevista en el artículo 483.2.3º inciso segundo en relación con el artículo 479.4 de la LEC 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, lo cual no obsta para apreciar ahora dicha causa como determinante de su desestimación.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al desestimarse el recurso, procede hacer expresa condena en costas al recurrente.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de Don Jose Miguel contra la sentencia de 17 de noviembre de 2003, dictada en grado de apelación, rollo 57/04, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, con imposición del pago de costas al recurrentes.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Jesús Corbal Fernández. Clemente Auger Liñán. Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Clemente Auger Liñán, 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.