

Roj: **STS 355/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:355**Id Cendoj: **28079110012017100064**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/02/2017**Nº de Recurso: **2098/2016**Nº de Resolución: **69/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 3 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 2016, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, en el rollo de apelación 556/2015, dimanante del juicio de divorcio contencioso 985/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Zaragoza. El procurador don Miguel Ángel Álamo García, en nombre y representación de doña Elsa, presentó escrito ante esta Sala personándose como parte recurrente. El procurador don Pedro Bañeres Trueba, en nombre y representación de don Humberto, presentó escrito ante esta Sala personándose como parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador don Pedro Bañeres Trueba, en nombre y representación de don Humberto, formuló demanda de divorcio frente a doña Elsa. En el suplico de la demanda solicitó al Juzgado:

«...dicte sentencia estimando la misma y acordando la adopción de las siguientes medidas:

1º. Se acuerde la disolución del matrimonio por causa de divorcio.

2º. Se acuerde la extinción del derecho a la pensión compensatoria a favor de la esposa y subsidiariamente se establezca una limitación temporal a un plazo de 6 meses.»

2.- Por decreto de 19 de diciembre de 2014, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador don Luis Alberto Fernández Fortum, en nombre y representación de doña Elsa, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«AL JUZGADO SUPLICO, tenga por presentado este escrito, junto con los documentos que se acompañan y copia de todo ello, lo admita, me tenga por comparecido y parte en la representación que ostento, acordando entenderse conmigo los sucesivos trámites, teniendo por contestada la demanda formulada de contrario, y en su día, previos los trámites que procedan, incluido el recibimiento del juicio a prueba que desde este mismo momento intereso, dicte sentencia por la que se decrete el divorcio de los ahora litigantes, desestimando el resto de pedimentos que se contienen en la demanda, y por ello, acuerde el mantenimiento de la pensión compensatoria fijada en el Convenio Regulador aprobado por la Sentencia de Separación, en la forma y con los efectos que en el mismo se disponen, con expresa imposición de las costas a la parte actora.»

4.- El Juzgado dictó sentencia el 8 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Estimo la petición de divorcio formulada por D. Humberto contra Dña. Elsa. Por tanto:



- »1.- Declaro disuelto por causa de divorcio el matrimonio. de los litigantes con los efectos legales inherentes a dicha declaración.
- »2.- En concepto de pensión compensatoria, D. Humberto seguirá abonando mensualmente la cantidad actualizada que corresponda a los 421 euros pactados en la separación.
- »Se hará efectiva en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta señalada por DÑA. Elsa .
- »Se actualizará automáticamente cada mes de enero, según la variación que experimente el IPC nacional en el año natural anterior (índice diciembre-diciembre)
- 3.- No hago especial pronunciamiento sobre costas.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Humberto , correspondiendo su resolución a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que dictó sentencia el 17 de mayo de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DON Humberto contra DÑA. Elsa y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 8 junio 2015 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia no . 5, de los de Zaragoza, debemos revocar como revocamos la referida resolución', en el único sentido de mantener hasta el 31 octubre 2016 el derecho de doña Elsa a percibir pensión compensatoria, el cual quedará extinguido llegado ese día Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de doña Elsa , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia con base en los siguientes motivos:

- Motivo primero por infracción del artículo 97 del Código Civil .
- Motivo segundo por infracción del artículo 101 del Código Civil .

2.- La sala dictó auto el 28 de septiembre de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Elsa , contra la sentencia dictada, con fecha 17 de mayo de 2016, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, en el rollo de apelación 556/2015 , dimanante del juicio de divorcio contencioso 985/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Zaragoza.

»2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.».

3.- La representación procesal de don Humberto formuló oposición al recurso interpuesto de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 25 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que exponemos a continuación:

- 1.- Don Humberto y doña Elsa contrajeron matrimonio el 6 de septiembre de 1980 y obtuvieron la separación conyugal por sentencia de 6 de noviembre de 2003 .
- 2.- En la sentencia de separación se aprobó el convenio regulador suscrito por las partes, que en su estipulación sexta establecía que el esposo debía abonar a su cónyuge una pensión compensatoria mensual por importe inicial de 421 €, con la actualización correspondiente, ponderando a tal fin la liquidación del consorcio, la edad, estado de salud y situación laboral de la esposa, así como la situación de emancipación de la hija Raquel .
- 3.- Don Humberto interpuso el 24 de noviembre de 2014 demanda de divorcio contra doña Elsa , solicitando la disolución del matrimonio por tal causa y la extinción de la pensión compensatoria señalada en el convenio regulador de la separación, o su subsidiaria limitación temporal a seis meses.



Fundaba su petición en que, aunque en el convenio regulador no se estableció ninguna limitación temporal, fue por el pleno convencimiento de que la pensión no sería vitalicia sino que la esposa tendría tiempo suficiente para superar total o parcialmente su desequilibrio económico a causa de la separación, tiempo del que ha dispuesto en once años.

También alegaba que la esposa había convivido con una pareja estable en la vivienda familiar

4.- La sentencia del Juzgado de Primera instancia, teniendo en cuenta la edad de la esposa, su situación laboral, la duración de la convivencia, el alejamiento prolongado de doña Elsa del mercado de trabajo, que se remonta a la celebración del matrimonio, así como sus problemas de salud, ya ponderados en el convenio regulador de la separación, resolvió que se mantuviese la pensión por desequilibrio pactada de 421 €, en la cantidad actualizada.

5.- El actor interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió su conocimiento a la Sección número 2 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que dictó sentencia el 17 de mayo de 2016 por la que, estimando el recurso, mantenía la pensión compensatoria sólo hasta el 31 de octubre de 2016, día en que quedaría extinguida.

6.- En su motivación es relevante, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

(i) No existe prueba sobre la convivencia de la demandada con una pareja en el domicilio familiar.

(ii) No se entra a valorar la situación económica del actor y de la demandada, en el empeoramiento y mejora respectivamente, por ser cuestiones nuevas no planteadas en la demanda.

(iii) Se pactó una pensión de duración indefinida, sin limitación en el tiempo.

(iv) La jurisprudencia descarta que sea posible poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo de su percepción, ya que lo relevante no es el dato objetivo del paso del tiempo, sino la posibilidad de superar la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho, y resulta determinante a la hora de apreciar dicha situación objetiva de superación del desequilibrio el interés insuficiente de la esposa inferido de su conducta.

(v) Se concluye, analizando los datos de la prueba practicada, que existió falta de interés de la demandada en conseguir ingresos propios.

(vi) Tales datos, que devienen en razón decisoria, consisten en que no consta la búsqueda de empleo ni actividad formativa. Comenzó a trabajar en el año 1973 y dejó de hacerlo al contraer matrimonio en el año 1980 y desde entonces no lo ha hecho, salvo un intento hace seis o siete años, en el servicio doméstico según ella, que tuvo que abandonar por motivos de salud. Cuando se separó tenía 44 años de edad y una hija de 21 años y no acredita que intentase buscar empleo. Los padecimientos son trastornos de angustia / taquicardias sinusales e insuficiencia mitral leve, sobreviniendo posteriormente en el año 2012, fecha en que aparecen documentados los anteriores trastornos, un tumor renal, un cáncer objeto de nefrectomía, sin recurrencia en el último control del día 10 de marzo de 2014.

(vii) A pesar de esa falta de interés se reconoce que tiene 57 años, que merma sus posibilidades de incorporación al mercado laboral, por lo que se le concede un límite temporal hasta el 31 octubre de 2016 que le permita buscar empleo, y se añade, rentabilizar la explotación de los bienes inmuebles cuya propiedad o nuda propiedad ostenta, a raíz de la herencia paterna recibida.

7.- La representación procesal de doña Elsa interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional con base en el artículo 477. 2. 3º LEC, por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en los términos que luego se enunciarán.

8.- La Sala dictó auto el 28 de septiembre de 2016 admitiendo el recurso de casación y, previó el oportuno traslado, la parte recurrida se opuso a él, alegando prioritariamente, la inadmisibilidad del mismo por falta de interés casacional.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso de casación se estructura en dos motivos:

1.- El motivo primero por infracción del artículo 97 del Código Civil y clara infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, recogida entre otras en las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de Pleno de 19 de marzo de 2010, recurso 52/2006 y sentencias de 17 de octubre de 2008, recurso 53/2005 y 29 de septiembre de 2010, recurso 1722/2007. En el desarrollo argumental del motivo cita más sentencias de esta Sala.



La recurrente alega que en el procedimiento de separación se pactó la pensión compensatoria en base a los parámetros que fijaron de común acuerdo: edad, estado de salud y situación laboral de la esposa, así como la situación de emancipación de la hija. alega que es ilógico el juicio prospectivo de superación de la situación de desequilibrio. Alega la parte recurrente que:

«Es totalmente ilógico pensar que la esposa, sus 57 sin ningún tipo de formación profesional, alejada del mercado laboral desde 1980 (fecha del matrimonio), es decir 36 años pueda conseguir encontrar un trabajo remunerado que le permita vivir con la mínima dignidad, unido al hecho de que al no haber cotizado en los últimos 36 años (...)».

2.- El motivo segundo por infracción del artículo 101 del Código Civil . En el desarrollo argumental del motivo viene a reiterar las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta al pactar en el convenio la pensión compensatoria, y alega infracción de la misma doctrina jurisprudencial invocada en el motivo anterior.

TERCERO.- *Decisión de la Sala.*

1.- Conforme autoriza la doctrina de la Sala vamos a ofrecer respuesta conjunta a ambos motivos, por cuanto no se trata de decidir sobre si ha lugar o no a la concesión de la pensión compensatoria a favor de la demandada a consecuencia de la disolución de su matrimonio por divorcio, ya que tal derecho lo tenía concedido por la sentencia de separación conyugal que precedió, sino si la pensión ha de extinguirse o limitarse en el tiempo por la concurrencia de nuevas circunstancias con entidad suficiente.

2.- La doctrina de la Sala tiene sentado (sentencia 446/2013, de 20 de junio, rec. 876/2011 y 641/2013, de 24 de octubre, rec. 2159/2012 que: «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-»

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 2011 , 23 de octubre de 2012 y las que cita la sentencia 466/2015, de 8 de septiembre , rec. 2591/2013).

3.- Enlazando con lo anteriormente expuesto, y por ello la admisibilidad del recurso, únicamente es posible la revisión casacional de las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia (sentencias del T.S anteriormente citadas).

4.- Pues bien la Sala concluye que ha de merecer tal calificación el juicio prospectivo que se ha llevado a cabo en la sentencia recurrida.

En el presente caso las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo ya venían analizadas en el convenio regulador recogido en la sentencia de separación matrimonial, justificando las circunstancias de la concesión del derecho y fijándose su cuantía y la duración indefinida, sin que nada se dijese o contemplase de la posibilidad que tenía entonces la esposa de superar en un tiempo determinado el desequilibrio que le generaba la ruptura.

Tales circunstancias, según se ha recogido, se compadecía con los parámetros de nuestra jurisprudencia. La esposa dejó de trabajar al contraer matrimonio para dedicarse a hogar y la familia; de forma que al separarse el matrimonio en el año 2003, contando ella 44 años, llevaba 23 años sin trabajar fuera del hogar, sin formación y con delicado estado de salud y, de ahí, los términos del convenio.



Lo que en su día no se preveyó no puede traerse ahora a colación, reprochando a la demandada desidia en la búsqueda de empleo, sobre todo si se tiene en cuenta las dificultades que tiene el mercado laboral para personas de esa edad.

A ello se puede añadir que la cuantía de la pensión tampoco induce a pensar que no quisiese implementarla.

Por todo ello el recurso debe estimarse. No tiene sentido que lo que no se contempló cuando la recurrida tenía 44 años (limitación temporal de la pensión) se imponga ahora que tiene 57.

Finalmente se ha de rechazar, por su equivocidad, las posibles rentas que le atribuye la sentencia recurrida como fruto de una herencia. En primer lugar porque no se concretan los bienes ni a título de que se dispone de ellos (dominio o nula propiedad), con lo que resulta imposible conocer sus frutos.

En segundo lugar porque la propia sentencia consideraba que la posible mejora de fortuna de la demandada no se incluyó en la demanda como objeto de debate y, por ende, es cuestión nueva.

CUARTO.- De conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 LEC no procede imponer a la recurrente las costas del recurso.

Aplicando tales preceptos procede condenar a la parte actora a las costas del recurso de apelación interpuesto por ella.

FALLO

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

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Elsa , contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 2016, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, en el rollo de apelación 556/2015 , dimanante del juicio de divorcio contencioso 985/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Zaragoza. **2.º** Casar la sentencia recurrida y, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por don Humberto , contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Zaragoza , confirmar la sentencia de la primera instancia, declarando su firmeza. **3.º** No ha lugar a imponer a la recurrente las costas del recurso. **4.º** Se condena la a parte apelante del recurso de apelación a las costas. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.