



Roj: **STS 5805/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5805**

Id Cendoj: **28079110012008100985**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2008**

Nº de Recurso: **962/2002**

Nº de Resolución: **991/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP ZA 573/2001,**
STS 5805/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zamora, por D. Alfonso , representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Gago Rodríguez, contra la Sentencia dictada, el día 24 de noviembre de 2001 por dicha Audiencia, en el rollo de apelación nº 294/01, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en día contra la Sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Zamora. Ante esta Sala no ha comparecido ninguna de las partes litigantes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zamora, interpuso demanda de separación, Dª. Fátima contra D. Alfonso . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se acuerde dictar las siguientes: Que se decrete la separación provisional de los cónyuges. Que se atribuya del uso del domicilio familiar a la esposa. Que se fije con cargo al demandado, una pensión en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, incluyendo en este concepto los alimentos a los hijos mayores de edad, en cuantía mensual de ciento treinta y cinco mil pesetas. Esta pensión deberá hacerse efectiva por anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes y deberá revisarse anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el índice de precios al consumo. Que se fije con cargo al demandado, también en concepto de contribución a las caras del matrimonio la obligación de pagar el importe mensual íntegro del préstamo hipotecario, bien mediante el ingreso directo en la cuenta bancaria al efecto, bien mediante su pago a la esposa con este fin, y cuanto mas en derecho proceda y todo ello con condena en costas al demandado".

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, la representación de D. Alfonso , compareció en autos presentando el oportuno escrito, contestando a la demanda y formulando demanda reconventional en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia por la que: se estime parcialmente la demanda principal y se decrete la separación del matrimonio formado por D. Alfonso y Doña Fátima , decrete la disolución de la sociedad de gananciales, se adjudique el uso y disfrute del domicilio familiar a la esposa hasta que proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales; y se fija en 60.000 pesetas mensuales la cantidad que en concepto de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio debe efectuar el esposo, y se estime la demanda reconventional en cuanto a la solicitud, que también efectúa, de decretar haber lugar a la separación, la disolución de la sociedad de gananciales, atribución del uso del domicilio de Samir de los Caños (Zamora) al esposo hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, sin hacer expresa imposición de las costas procesales".



Contestada la demanda y dado traslado a la actora de la demanda reconvenional a fin de que dentro del término de diez días la conteste, la misma dejó transcurrir el plazo conferido, sin haberlo verificado y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Zamora dictó Sentencia, con fecha 12 de junio de 2001 y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Lobato Herrero en nombre y representación de D^a Fátima contra D. Alfonso así como la demanda reconvenional interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Gago Rodríguez en nombre y representación de D. Alfonso frente a D^a Fátima , debo decretar y decreto la separación del matrimonio contraído por ambos litigantes en Zamora el día 13.05.1978 con todos los efectos legales inherentes a tal separación declarando disuelta la sociedad de gananciales y sin expresa declaración en cuanto a las costas debiendo regir las siguientes medidas; 1.- Se atribuye el uso del domicilio conyugal a la esposa y el uso de la vivienda sita en Samir de los Caños de forma provisional hasta la liquidación del régimen de sociedad de gananciales al esposo. 2.- Se acuerda como contribución de D. Alfonso a las cargas del matrimonio y alimentos a favor de los hijos el pago de una pensión por importe de 70.000 ptas, cantidad que deberá hacerse efectiva por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes y deberá revisarse anualmente de conformidad a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo en la cuenta bancaria que designe la actora al efecto".

Por la representación de D. Alfonso , se presentó escrito solicitando la aclaración de Sentencia, que fue resuelto por Auto de fecha 19 de junio de 2001 , y contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "...Que estimando el Recurso de Aclaración interpuesto por la parte demandada acuerdo aclarar la sentencia dictada en fecha 12.06.01 , en los siguientes términos: -La atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa no tiene carácter provisional. - La atribución del uso de la vivienda sita en Samir de los Caños al esposo tiene carácter provisional hasta la conclusión de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales. - La contribución a las cargas del matrimonio fijada en 70.000 ptas. a satisfacer por el esposo supone que la esposa deberá hacer frente en su totalidad al pago del préstamo hipotecario que grava el domicilio por haberse tenido en cuenta este extremo en la fijación de dicha cantidad."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a Fátima . Sustanciada la apelación, la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Zamora, dictó Sentencia, con fecha 24 de noviembre de 2001 , con el siguiente fallo: "Que ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Lobato Herrero en nombre y representación de D^a Fátima , contra la sentencia dictada en fecha 12 de junio de 2001 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Zamora en el presente procedimiento de separación matrimonial 316/00. Revocamos parcialmente la sentencia de instancia y establecemos la cantidad de 35.000 pesetas como pensión compensatoria en favor de la esposa, con cargo a los emolumentos del marido, con limitación temporal de ocho años. Así como, la cantidad de 15.000 pesetas como pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad Víctor y la de 30.000 pesetas como pensión de alimentos a favor de la hija Rebeca . Ambas pensiones con cargo a los emolumentos del padre. Establecemos que corresponde por parte iguales el pago del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda que fue domicilio conyugal y, confirmamos el resto de los pronunciamientos que contiene la sentencia de instancia. No se hace expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento".

La representación de D. Alfonso , presentó escrito solicitando la aclaración de la Sentencia, dictándose a tal efecto Auto de aclaración con fecha 21 de enero de 2002 , que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "Aclarar la resolución en el sentido de fijar la pensión de alimentos en la cantidad de 10.000 pesetas, que por error aritmético producía una relación de desequilibrio económico no pretendido entre los intervinientes de la unidad familiar que se separa. Permaneciendo invariables el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia interesados, por la representación que lo interesa, conforme los razonamientos jurídicos hechos en esta Resolución pasan a integrar la sentencia de instancia".

La representación de D^a Fátima , presentó escrito solicitando la aclaración de dicha resolución, dictando la Sala Auto de Aclaración con fecha 6 de febrero de 2002 , que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "Que es procedente la aclaración del Auto de fecha 21 de enero de 2002 , en el único sentido de incluir en su parte dispositiva: "Aclarar la resolución en el sentido de fijar la pensión de alimentos del hijo Víctor , en la cantidad de 10.000 pesetas".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por la representación de D. Alfonso , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representado por el Procurador D. Manuel Gago Rodríguez lo interpuso ante la Sala, articulándolo en los siguientes motivos:



Único: Al amparo del artículo 477.1 de la LEC , por infracción de los artículos 97, 93-2, 146, 148 y 152-2º y 5º del Código Civil .

Por resolución de fecha 22 de Marzo de 2002, acordó la remisión de los autos originales al Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos las actuaciones y formado el presente rollo, no han comparecido ante este Tribunal las partes litigantes.

Admitido el recurso por Auto de fecha 8 de febrero de 2005 , se señaló para la votación y fallo del presente recurso el 14 de octubre de 2008, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Son hechos relevantes para el presente recurso de casación los siguientes:

1º D^a Fátima y D. Alfonso contrajeron matrimonio en 1978; en el momento de pedir la separación tenían dos hijos mayores de edad.

2º D^a Fátima interpuso demanda de separación en la que pidió, en lo relativo a los efectos patrimoniales: a) la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa; b) una pensión en concepto de cargas y alimentos a los hijos mayores de edad; c) la pensión compensatoria, y d) que el marido estaba obligado a pagar a su exclusivo cargo la hipoteca que gravaba el domicilio familiar. D. Alfonso contestó la demanda y se allanó a la petición de separación; estuvo de acuerdo en la atribución del uso del domicilio a la esposa hasta la disolución de la sociedad de gananciales y a su vez, formuló reconvencción en la que pidió: a) la disolución de la sociedad de gananciales; b) que se le adjudicara el uso de la segunda residencia hasta la liquidación de la sociedad.

3º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Zamora, de 12 junio 2001 , estimó en parte la demanda. En lo referente a las cuestiones en las que no se había producido el acuerdo de los cónyuges, decidió: a) fijar la cantidad de 70.000 Ptas. (420,71 euros) mensuales en concepto de cargas y alimentos, dado que las circunstancias del marido habían cambiado desde el momento de la presentación de la demanda, al encontrarse en situación de paro; b) por la razón antes dicha, no procedía la pensión compensatoria, al no haber desequilibrio.

4º D^a Fátima apeló la anterior sentencia interesando que se revocase, siendo los motivos de la apelación la discrepancia acerca de la no fijación de la pensión compensatoria, que no se mantuviera dentro del concepto de cargas familiares el pago de la hipoteca que gravaba el piso propiedad de ambos cónyuges e insistiendo en los demás pedimentos económicos de la demanda. La Audiencia provincial de Zamora dictó sentencia el 24 noviembre 2001 , en la que estimó en parte el recurso de apelación. En dicha sentencia se reconocía: a) una pensión compensatoria a la esposa de 35.000 Ptas. mensuales (210,35 euros) por un periodo de ocho años; b) una cantidad en concepto de alimentos a los hijos mayores de edad, en razón de 15.000 Ptas.(90,15 euros) al hijo y 30.000 Ptas. a la hija (180,30 euros); c) la hipoteca no se considera "gasto ordinario y deviene en la obligatoriedad de que se haga frente a dicha carga por partes iguales entre el marido y la mujer [...]". Esta sentencia fue objeto de aclaración; se consideró que concurría un error aritmético dado que se había acreditado en el procedimiento que los ingresos de D. Alfonso ascendían a 126.456 Ptas. (760,02 euros), lo que llevó a la Audiencia provincial a fijar la cantidad por alimentos debida al hijo en 10.000 Ptas. (60,10 euros).

5º D. Alfonso presenta recurso de casación al amparo del Art. 477.1 LEC . El auto de esta Sala, de 8 febrero 2005 , estimó la concurrencia de presupuesto de recurribilidad en base a la oposición de la sentencia a la doctrina ya sentada por esta Sala y rechazó la vertiente relacionada con la contradicción entre las sentencias de las distintas Audiencias Provinciales y admitió a trámite dicho recurso.

SEGUNDO. El recurso se presenta formalmente con un único motivo de casación, aunque en realidad está dividido en dos submotivos. El enunciado del recurso es el siguiente: "Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio, al amparo del artículo 477.1 LECiv . Se consideran infringidas los artículos 97 y además, artículos 93.2, 146, 148 y 152.2ª y 5ª CC". Como se ha dicho ya, en realidad presenta dos submotivos: El primer submotivo se refiere al reconocimiento de la pensión compensatoria: dice que no hay desequilibrio porque la situación económica de la esposa es más favorable que la del marido recurrente, ya que en la unidad familiar convive su padre, que aporta la pensión de la seguridad social por jubilación, la esposa cuenta con bienes propios y ha hecho suya una cantidad de dinero que figuraba en las cuentas del matrimonio. El marido, sin embargo, está en el paro y después de las obligaciones derivadas de la separación, cuenta con una cantidad que supone el mínimo de subsistencia. La esposa no está incapacitada para entrar en el mercado de trabajo, habiendo trabajado un corto periodo de tiempo. Añade el recurrente que "la sentencia estima que deben coexistir la pensión de alimentos y la pensión compensatoria y si debe estimarse que es



posible la coexistencia y no debe prevalecer un derecho sobre el otro, el mantener la cuantía de la pensión alimenticia y la de la pensión compensatoria supone la infracción del principio de solidaridad fundado en el artículo 39 CE".

El submotivo se estima.

La finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges y así se ha dicho que el presupuesto esencial para que nazca el derecho a obtener la pensión estriba en "la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que gozaba cada uno antes y después de la ruptura". La propia Sala de instancia reconoce que los rendimientos acreditados por el marido son 126.456 Ptas. (760,02 euros) mensuales, que es lo que obtiene en el momento de la separación por encontrarse en situación de paro, de lo que debe deducirse que no se produce un desequilibrio económico en la esposa puesto que las circunstancias del marido en el momento de decretarse la separación son muy distintas de las que concurrían durante el matrimonio, en que el marido gozaba de una situación de pleno empleo. Por ello, no se produjo la situación de desequilibrio que es fundamental para el nacimiento del crédito por pensión compensatoria, que como se ha recordado, no consiste en los alimentos al cónyuge, sino en la solución de un perjuicio que produce la propia separación.

TERCERO. El segundo submotivo denuncia la infracción de los artículos 93.2, 146, 148 y 152. 2ª y 5ª CC, en relación a la pensión de alimentos de los hijos, que entiende que debe adecuarse al caudal del obligado a satisfacerla. Entiende que los alimentos impuestos, a) no son proporcionales al caudal de quien debe prestarlos, de acuerdo con el Art. 146 CC y la sentencia de 5 octubre 1993 ; b) además se han infringido los artículos 148 en relación con 152. 2 y 5 y 93.2 CC, porque la obligación de prestar alimentos cesa cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria, según, además, las sentencias de 12 julio 1904, 10 julio 1979 y 23 febrero 2000. El hijo abandonó el trabajo de forma voluntaria en septiembre 2000 , sin preocuparse de inscribirse como demandante de empleo. El problema, según el recurrente, se centra en que no es posible sostener, sin que ello suponga una infracción, que el esposo, con unos ingresos de 126.456 Ptas. (760,02 euros), deba pagar en concepto de cargas, alimentos y pensión compensatoria la cantidad de 115.000 Ptas. (691,16 euros) y pide que se reconozcan las cantidades acordadas en la sentencia de 1ª Instancia.

El submotivo se desestima.

El recurrente confunde aquí dos conceptos que mezcla y que deben separarse a los efectos de la imposición de las cantidades a pagar: a) los alimentos a los hijos que, aunque mayores de edad, no tienen medios de vida propios, y b) las cantidades correspondientes a la mitad de la hipoteca sobre un bien ganancial.

a) La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el Art. 90D CC , porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el Art. 1362, 2ª CC . Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante.

b) Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo. Por tanto, al no haber demostrado el recurrente que la necesidad del hijo (parece que ya está conforme con los alimentos a la hija), sea debida a su propia conducta, es necesario mantener la cantidad fijada por la Audiencia, en la sentencia recurrida, aclarada por el auto de 21 de enero de 2002 .

CUARTO. La estimación en parte del recurso presentado por D. Alfonso , determina la de su recurso de casación. En consecuencia, debemos casar y anular en parte la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 24 noviembre 2001 y revocar la pensión compensatoria reconocida a Dª Fátima , manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia.

Al haber sido estimado en parte su recurso de casación procede la no imposición de las costas del mismo.

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

FALLAMOS

1º Estimar en parte el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Alfonso contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zamora, de veinticuatro de noviembre de dos mil uno , dictada en el rollo de apelación nº 294/01.



2º Casar y anular en parte el fallo de la sentencia recurrida y en su lugar, dictar sentencia desestimando la pensión compensatoria a favor de la esposa.

3º Confirmar en todo lo demás la sentencia recurrida, incluido lo relativo a las costas.

4º No imponer las costas del recurso de casación interpuesto por D. Alfonso .

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- FRANCISCO MARÍN CASTÁN.- JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL .- ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnación Roca Trías, 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND