



Roj: **STS 4278/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4278**

Id Cendoj: **28079110012016100566**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2016**

Nº de Recurso: **282/2015**

Nº de Resolución: **598/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17287/2014,**
STS 4278/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 5 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio contencioso n.º 2/2012, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 1 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Agapito , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María del Rosario Larriba Romero; siendo parte recurrida doña Fermina , representada por el Procurador de los Tribunales don Javier Cerdeña Fernández-Orduña.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º.- El procurador don Javier Cerdeña Fernández-Orduña, en nombre y representación de doña Fermina , interpuso demanda de juicio sobre separación contenciosa, contra don Agapito alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Decrete la SEPARACIÓN del matrimonio de DÑA Fermina y D. Agapito y sirva admitirlo y tras los trámites legales oportunos acordar las siguientes medidas:

»1.- DECRETE LA SEPARACIÓN y por tanto el cese de la obligación de convivencia.

»2.- LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

»3.- USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR y AJUAR sita en CALLE000 núm NUM000 piso NUM001 puerta NUM002 de Madrid Instamos que el mismo se le atribuya a Dña Fermina .

»4.- PENSIÓN COMPENSATORIA. A favor de Dña Fermina mensual de 1000 euros. Dicha suma será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el instituto Nacional de Estadística y Organismo que la sustituya, siendo la primera actualización en el mes de Enero del 2013 y abonada por mensualidades anticipadas del 1 al 5 de cada mes en la cuenta de Bankia NUM003 .

»5.- D. Agapito indemnizará a Dña Fermina con la adjudicación el usufructo del domicilio familiar así como con la suma de 36.000 euros en concepto de indemnización conforme con el art. 1438 del CC ».

2.- La procuradora doña Silvia de la Fuente Bravo, en nombre y representación de don Mateo contestó a la demanda y formuló reconvención. Oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:



«desestimando la totalidad de los pedimentos efectuados por la actora en su demanda».

El procurador don Francisco Javier Cereceda Fernández-Orduña, en nombre y representación de doña Fermina , contestó a la reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado

«se dicte sentencia de conformidad con lo expuesto en su escrito y en nuestra demanda».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de violencia sobre la mujer nº uno, dictó sentencia con fecha 24 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Estimando en parte la demanda interpuesta por el procurador don Francisco Javier Cereceda Fernández-Oruña, en nombre y representación de doña Fermina , formulada contra don Agapito representado por la Procuradora doña Silvia de la Fuente Bravo y estimando la reconvencción por divorcio, interpuesto por la parte demandada contra la parte actora, DEBO DECLARAR Y DECLARO disuelto por divorcio el matrimonio de ambos cónyuges, celebrado en Madrid, el 14 de febrero de 1997, adoptando como MEDIDAS DEFINITIVAS las siguientes:

»1º- La DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO de ambos cónyuges, cesando la presunción de convivencia conyugal, QUEDANDO EXTINGUIDA EL RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL de SEPARACIÓN DE BIENES.

»2º- Quedan REVOCADOS LOS CONSENTIMIENTOS Y PODERES que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro. cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

»3º- Se atribuye el USO Y DISFRUTE DEL DOMICILIO Y AJUAR FAMILIAR, sita en Madrid, CALLE000 nº NUM000 , piso NUM001 , puerta NUM002 , a AMBOS PROGENITORES, de forma ALTERNATIVA, por períodos SEMESTRALES, y dado que en el Auto de Medidas Provisionales, se le otorgó el uso provisional de la misma a la actora, si tal uso se hubiera llevado a la práctica desde el mes de abril del presente año, y en tal caso, le corresponderá el uso alternativo por otros seis meses al demandado, con efectos del 1º de octubre del presente año. En el caso de que dicho uso, otorgado provisionalmente a la esposa por el Auto de 22 de marzo de 2013, no se hubiera puesto. en práctica, y siguiera el esposo haciendo uso de la vivienda conyugal, deberá la esposa entrar a hacer uso de la vivienda, el 1º de octubre del 2013, asumiendo cada uno de los progenitores a su exclusivo cargo, los gastos de los servicios y suministros de dicha vivienda, correspondientes a sus períodos de ocupación, incluida la cuota ordinaria de la Comunidad de Propietarios.

»4º.- Se establece una PENSIÓN COMPENSATORIA a favor de la actora DOÑA Fermina , a abonar por el demandado D Agapito , con duración indefinida, por importe de TRESCIENTOS SETENTA EUROS mensuales (370 Euros), en doce mensualidades, pagaderas por meses anticipados, en la cuenta, que designe o tenga designada la esposa, antes del día 5 de cada mes, con efectos del presente mes de junio de 2013.

»Respecto de la Pensión correspondiente al mes corriente, dispondrá el demandado de un plazo de CINCO días hábiles, contados desde la fecha de notificación de esta resolución para el abono de la misma.

»Dicha pensión sera actualizada anualmente, con efectos del 1º de julio de cada año, conforme a las variaciones del IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya, efectuándose la primera revisión en el 1º del mes de julio de 2014

»5º.- De conformidad con el Art 1438 del Código Civil , se establece una indemnización a favor de doña Fermina a abonar por el demandado don Agapito , por importe de QUINCE MIL EUROS (15.000. euros) , que podrá ser abonado en un único pago, o hasta un máximo de diez pagos mensuales de 1500 euros mensuales, contados a partir del mes siguiente a la firmeza de la resolución.

»6º.- No se hace expresa imposición de costas causadas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

»7º.- Una vez firme esta resolución notifíquese de oficio al Registro civil correspondiente, en que conste el matrimonio de los litigantes».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Fermina . La Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 25 de Noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

« Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Javier Cereceda Fernández-Oruña en nombre y representación de Doña Fermina , y estimando parcialmente la Impugnación efectuada por la Procurador doña Silvia de la Fuente Bravo en nombre y representación de Don Agapito ,



contra la sentencia dictada en fecha 24 de junio de 2013, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de los de Madrid , en autos de divorcio nº 2/12, seguido entre las citadas partes, debemos revocar revocamos dicha resolución en el sentido siguiente:

»Primero.- No ha lugar a pronunciamiento alguno sobre el derecho de uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de las facultades dominicales que correspondan a los titulares de dicha vivienda.

»Segundo.- La pensión compensatoria en favor de la esposa se reconoce en la cuantía de 600 ? mensuales, con efectos desde la fecha de la sentencia de instancia, y para el año 2013, y 601,8 ? mensuales, para el año 2014, actualizables conforme al IPC a 1 enero de cada año, correspondiendo la siguiente actualización en enero del 2015.

»Tercero.- No ha lugar a reconocer a la esposa el derecho a la compensación prevenida en el artículo 1438 del Código Civil , pronunciamiento que cobrará vigencia desde la fecha de la sentencia de instancia.

»Se confirman los demás pronunciamientos de la sentencia dictada por el juzgado, sin hacer declaración sobre condena en las costas del recurso ni de la impugnación.

»Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal por la parte Juzgado de Violencia».

Con fecha 3 de diciembre de 2014, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice:

«Rectificar la sentencia en el sentido siguiente:

»En el encabezamiento de la sentencia donde dice: De una como Apelante, Doña Fermina y de otra, como apelado-Impugnante: Don Agapito . DEBE DECIR: De una como Apelante, Don Agapito ... y de otra como Apelado-Impugnante: Doña Fermina .

»En el Antecedente de Hecho tercero donde dice:

»se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Doña Fermina ..

»...presentándose por la representación legal de don Agapito , escrito de oposición e impugnación»

»DEBE DECIR:

»«se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Don Agapito ...

»presentándose por la representación legal de Doña Fermina , escrito de oposición e impugnación».

»En el Fallo de la sentencia, donde dice:

»«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Javier Cereceda Fernández-Oruña en nombre y representación de Doña Fermina , y estimando parcialmente la Impugnación efectuada por la Procurador doña Silvia de la Fuente Bravo en nombre y representación de don Agapito ».

»DEBE DECIR: «Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procurador doña Silvia de la Fuente Bravo en nombre y representación de Don Agapito , y estimando parcialmente la Impugnación efectuada por el Procurador don Javier Cereceda Fernández Oruña en nombre y representación de doña Fermina .

»Y donde dice: «Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal por la parte Apelada-Impugnante»

»DEBE DECIR: Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal por la parte Apelante».

CUARTO- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Agapito , con apoyo en un Motivo: Único.- En el que alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en SSTs de 19 de enero de 2010 , 24 de noviembre de 2011 , 19 de octubre de 2011 , 16 de noviembre de 2012 y 17 de mayo de 2013 respecto de la aplicación del art. 97 CC , en el que refiere la aplicación de la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo, requisitos para la apreciación de existencia de desequilibrio. Análisis exhaustivo de todas las cuestiones que engloba la jurisprudencia y su aplicación al recurso.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 30 de marzo de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Francisco Javier Cereceda Fernández-Oruña, en nombre y representación de doña Fermina , presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2016, en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Agapito recurre la sentencia de la Audiencia Provincial únicamente en lo que se refiere a la pensión compensatoria que, en cuantía de 600 euros mensuales, reconoce a su esposa, con efectos desde la fecha de la sentencia de instancia, y para el año 2013, y de 601,8 mensuales, para el año 2014, actualizables conforme al IPC al 1 de enero de cada año, correspondiendo la siguiente actualización en enero de 2015.

El derecho a la pensión compensatoria, en los términos previstos en el artículo 97 del CC, dice la sentencia:

«se reconoce en favor del cónyuge cuya separación, nulidad o divorcio causa un desequilibrio teniendo en cuenta el estatus mantenido durante el matrimonio, advirtiendo que no se trata de un mecanismo igualador de economías dispares, y, también, recordando que el desequilibrio económico no se presume nunca sino que es necesario su demostración, de conformidad con lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el presente supuesto, consta acreditado que el matrimonio se contrajo el 14 de febrero de 1997, si bien la convivencia se inicia un año antes; la esposa cuenta con 62 años, ahora, no trabajó durante el matrimonio, lo hizo como camarera antes del matrimonio, no tiene cualificación profesional, y sólo cuenta con el 50% de la titularidad de una vivienda, junto con su hermana, y un plan de pensiones.

Por el contrario, el esposo ha estado dedicado a la actividad empresarial, recibe rentas de alquiler de una nave propiedad del demandado y de su hermano, repartidas al 50%, en más de 1.400 Eur. mensuales; es titular de varias cuentas en la entidad Bankia, habiéndose observado, una vez analizada la documental aportada, importantes movimientos y saldos durante los últimos años.

Cierto es que en el entorno familiar se explota la sociedad Hermanos Jurado SL, que aparece bajo la dirección y la explotación de los hijos del demandado, talleres ubicados en la nave propiedad del demandado y de su hermano, de modo que a la pensión de jubilación que percibe, por importe de 490 Eur. mensuales, cabe presumir que también recibe ingresos procedentes de rendimientos y beneficios de la explotación de dicho negocio familiar; también ostenta la titularidad de la cuenta de valores en Ing Directo, habiendo realizado operaciones de venta de valores en fechas muy próximas a la celebración de la vista y, por otra parte, también tiene el esposo la propiedad, junto con su hermano, de algunas plazas de garaje, que están alquiladas, contando, también, con el usufructo vitalicio de un apartamento en Calpe -Alicante- y tiene la titularidad de un chalet en La Cabrera.

En definitiva, los ingresos del recurrente son superiores a los que se derivan única y exclusivamente del percibo de la pensión de jubilación, de modo que aun contando con que debe afrontar gastos correspondientes al patrimonio inmobiliario, es lo cierto todo lo anterior determina la posibilidad de afirmar que existe desequilibrio económico entre los cónyuges, lo que conlleva el reconocimiento del derecho a la pensión compensatoria, lo que determina la desestimación del recurso.

Dicho lo que antecede, y de acuerdo a la situación patrimonial y económica de uno y otro cónyuge, es lo procedente estimar parcialmente el recurso interpuesto por la parte apelada, por vía de impugnación, para establecer el derecho a la pensión compensatoria en la cuantía de 600 Eur. mensuales, con efectos desde la sentencia de instancia, para el año 2013, y 601,8 Eur. mensuales para el año 2014, actualizables conforme al IPC a 1 enero de cada año, correspondiendo la siguiente actualización en enero del 2015».

SEGUNDO.- Para la parte recurrente, este pronunciamiento se opone a la jurisprudencia sobre el establecimiento de la pensión compensatoria, a partir de la sentencia de 19 de enero de 2010 que, en recurso para el interés casacional, determinaba la aplicación de la tesis objetivista del desequilibrio económico en aplicación del artículo 97 del Código Civil, frente a la tesis subjetivista que sostenían muchas Audiencias Provinciales, precisando con claridad cómo y de qué manera se debe interpretar dicho artículo para determinar la existencia o no de desequilibrio económico; doctrina que ha sido confirmada por sentencias posteriores (24 de noviembre 2011 ; 17 de marzo 2013 , 16 de noviembre 2012 y 19 de octubre de 2011).

La sentencia 19 de enero de 2010 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: «para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio».

La pensión compensatoria, sostiene, «pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar



determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:

- a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.
- b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:
 - a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.
 - b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.
 - c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Pues bien, una cosa es que la sala no considere debidamente probada la concurrencia de los requisitos definidos en la jurisprudencia para reconocer a la esposa el derecho a la compensación del artículo 1438 del Código Civil, y otra distinta que no concurren los requisitos exigidos para establecer en su favor la compensación prevista en el artículo 97, compatible con la anterior, en la forma en que esta Sala ha venido interpretando la citada disposición.

1º La recurrente ha sufrido un perjuicio indudable por el hecho de haber contraído matrimonio el 14 de febrero de 1997 (si bien la convivencia se inició un año antes), ya que su capacidad de trabajo no se ha mantenido a lo largo del mismo: antes de contraerlo, trabajó como camarera; durante el matrimonio no trabajó, a diferencia de sus esposo que ha estado dedicado a la actividad empresarial, teniendo en la actualidad 63 años de edad.

2º El régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de separación de bienes, lo que no ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, ni va a permitir participar de los bienes adquiridos por su esposo durante el matrimonio.

3º El divorcio le ocasionado una indudable pérdida en su capacidad laboral puesto que no se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio.

4º No se ha cuestionado a través del recurso correspondiente la capacidad económica de ambos cónyuges, por lo que esta sala debe respetar los 600 euros en los que se cuantifica la pensión compensatoria al no resultar arbitraria, ilógica o desproporcionada.

5º El recurso a la pensión temporal que se interesa de forma subsidiaria se compadece mal con la edad, con los recursos económicos y con la dificultad de rehacer su vida laboral la esposa.

TERCERO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC, en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley, las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación formulado por don Agapito contra la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2014 por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid; con expresa imposición de las costas al recurrente. Librese 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.