



Roj: **STS 3703/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3703**

Id Cendoj: **28079110012021100673**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2021**

Nº de Recurso: **666/2021**

Nº de Resolución: **689/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1226/2020,**  
**STS 3703/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 689/2021**

Fecha de sentencia: 08/10/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 666/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 666/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 689/2021**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 8 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 5 de octubre de 2020, dictada en recurso de apelación 9805/2018, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dimanante de autos de juicio de **divorcio** contencioso 155/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por Dña. Benita , representada en las instancias por el procurador D. Carlos Beltrán Marín, bajo la dirección letrada de D. Rafael J. Illescas Rojas, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Fausto , representado por el procurador D. Jorge Deleito García, bajo la dirección letrada de D. Manuel Jiménez Portero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Fausto , representado por el procurador D. Francisco José Pacheco Gómez y dirigido por el letrado D. Manuel Jiménez Portero, interpuso demanda de juicio sobre disolución de matrimonio por **divorcio** contra Dña. Benita y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se decrete la disolución por **divorcio** del matrimonio formado por mi conferente, Don Fausto y Doña Benita , adoptando como medidas que han de regir, las interesadas por esta parte en el sexto de los hechos de la presente demanda, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada, si se opusiera a la presente, por ser de Justicia que respetuosamente se pide en Sevilla, a 15 de enero de 2017".

Y en el hecho sexto de la demanda se expone:

"SEXTO.- Que ante la insostenible situación existente entre ambos cónyuges, los cuales no tienen ningún tipo de contacto entre sí pese a residir bajo el mismo techo, y la imposibilidad de reanudar la convivencia conyugal, mi principal, a los fines de regularizar su situación económica y personal, se ve en la necesidad de instar el presente procedimiento, interesando del juzgado se dicte sentencia por la que se solicite de la autoridad judicial se decrete la disolución por **divorcio** de su matrimonio, adoptando como medidas que han de regir tras el **divorcio**, además de las derivadas por ministerio de la ley, las siguientes:

"1.- No ha lugar a atribuir el uso y disfrute del domicilio que fuera conyugal a ninguno de los cónyuges, debiéndose de proceder a la inmediata venta de aquél para con su producto cancelar las deudas del matrimonio, entre otras el préstamo con garantía hipotecaria que grava la citada vivienda.

"En tanto tenga lugar tal transmisión, ambos esposos habrán de alternarse en el uso de la vivienda por períodos anuales, correspondiendo el primero de ellos al esposo, ya que la esposa, y como se ha indicado, pasó a residir con sus hijos.

"2.- Hasta en tanto se proceda a la liquidación de la Sociedad de Gananciales, ambos esposos seguirán usando el vehículo que han venido detentando hasta ahora.

"3.- En cuanto al inmueble sito en la localidad de DIRECCION000 , y que actualmente está arrendado, el importe de la renta y hasta que cese el arriendo, habrá de ir destinado a abonar la hipoteca que grava la citada finca, como acontece hasta la fecha; si se resolviese el contrato por cualquier causa a voluntad del inquilino, la hipoteca habrá de abonarse por ambos esposos al 50%.

"4.- En cuanto a la vivienda sita en la localidad de DIRECCION001 , y hasta que tenga lugar la liquidación de la sociedad legal de gananciales, su uso será atribuido a los esposos por meses alternos, siendo los gastos correspondientes a la propiedad por cuenta de ambos esposos al 50%, al igual que grava el bien abonando cada uno de ellos los correspondientes a su uso en los meses que le corresponda conforme a su atribución.

"5.- La totalidad de cargas del matrimonio serán satisfechas por ambos cónyuges de por mitad. Cualquier pago efectuado por uno de los esposos de la totalidad de las mismas, habrá de ser computado en su haber en el momento de la liquidación de gananciales.

"6.- No ha lugar a pensión compensatoria, por cuanto ambos cónyuges son de sobras económicamente independientes como se ha expuesto".

2.- Admitida a trámite la demanda, la demandada Dña. Benita , representada por la procuradora Dña. Purificación Berjano Arenado y bajo la dirección letrada de D. Vicente Jiménez Filpo, contestó a la misma oponiéndose y formulando demanda reconventional; en su oposición expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que se estime la demanda deducida de contrario en cuanto a la disolución matrimonial por **divorcio** solicitada, pero no respecto de las medidas solicitadas, con imposición a la actora de las costas causadas".

En su demanda reconvenional solicitó al juzgado:

"Se tenga por formulada demanda de reconversión contra D. Fausto , y previos los trámites legales procedentes, se acuerde la disolución matrimonial por **divorcio** y como medidas definitivas las que se interesan como provisionales y todo ello, con expresa imposición de las costas causadas en esta reconversión a la parte actora reconvenida".

Respecto a las medidas provisionales, en lo que aquí interesa, solicitó:

"2.º Uso de la vivienda y ajuar familiar.-

"El uso del domicilio y ajuar conyugal se atribuirá a Dña. Benita para que viva en él al ser la parte más desprotegida, al menos económicamente. D. Fausto podrá sacar de la vivienda, previo inventario, sus bienes y enseres de uso personal.

"Como venimos exponiendo, el demandado posee un nivel económico que supera en más de tres veces al de la esposa por lo que le será menos gravoso el salir de dicho domicilio y buscarse otra vivienda aunque sea en régimen de arrendamiento: cuenta con unos ingresos más que suficientes para satisfacer sus propias necesidades fuera del domicilio familiar.

"3.º De la pensión compensatoria prevista en el art. 97 CC.-

"Como hemos visto hay un claro desequilibrio entre los esposos ya que al margen de la dedicación que la esposa prestó no solo al esposo sino a la educación de sus hijos, nos encontramos con que los emolumentos del demandado superan con creces a los de mi mandante, quien además empleaba o destinaba todos sus ingresos a los gastos corrientes de la familia, al igual que ahora.

"Por el contrario, los elevados ingresos del esposo sólo él los conoce pues a la esposa ninguna información le ha dado nunca.

"Por todo ello se interesa una pensión por desequilibrio de tres mil euros mensuales (3.000.-€), abonada vitaliciamente.

"La pensión será actualizada cada año mediante la aplicación a la cifra que en cada momento deba abonarse del IPC anual elaborado por el INE o índice que lo sustituya".

**3.-** El procurador D. Francisco José Pacheco Gómez, en representación de D. Fausto , contestó oponiéndose a la demanda reconvenional y solicitó al juzgado:

"Se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente aquella, declarando no haber lugar a establecer pensión compensatoria a favor de la esposa, todo ello por ser justicia que se pide..."

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla se dictó sentencia, con fecha 21 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimando la demanda de **divorcio** presentada por el Procurador Sr. Pacheco Gómez en nombre de D. Fausto contra Benita declaro disuelto el matrimonio de ambos por **divorcio**, así como el régimen económico del matrimonio y la revocación de los consentimientos y poderes que cualesquiera de los cónyuges se hubieren otorgado.

"1.- La vivienda familiar y ajuar doméstico sita en DIRECCION002 (Sevilla) URBANIZACION000 , CALLE000 número NUM000 , en tanto se liquida la sociedad de gananciales y con un plazo máximo de 2 años en que la vivienda quedará desafectada totalmente, se atribuye el uso por plazo de 6 meses a cada uno de los cónyuges, comenzando la demandada debiendo desalojarla el actor en el plazo de 15 días desde la notificación de la resolución junto con sus enseres.

"2.- Respecto de la pensión compensatoria D. Fausto abonara a Dña. Benita la suma de 1000,00 euros mensuales dentro de los 5 primeros días de cada mes durante 9 años en la cuenta que designe.

"Se establece como índice de actualización de la pensión el de la variación porcentual que experimente durante el año anterior el índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística o el organismo que le sustituya, tomándose como referencia el IPC de la anualidad inmediatamente anterior y con efectos del 1 de enero de las sucesivas anualidades. Todo ello sin necesidad de requerimiento y solo al alza.



"La primera revisión tendrá lugar con efectos económicos del día 1 de enero de 2019 aplicándose la variación experimentada en el intervalo de diciembre de 2017 a diciembre de 2018 y las sucesivas en igual fecha.

"No procede hacer imposición de las costas causadas.

"Comuníquese la presente resolución al Registro Civil a los efectos oportunos".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia, con fecha 5 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso deducido por la representación procesal de Fausto y estimando la impugnación de la sentencia formulada por la representación procesal de Dña. Benita contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla recaída en las actuaciones de que este rollo dimana, debemos revocar dicha resolución en el solo sentido de fijar una pensión compensatoria de 300 euros mensuales con el límite temporal de 5 años y establecer un uso alternativo y sucesivo para la vivienda familiar por períodos anuales, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas de esta segunda instancia".

**TERCERO.- 1.-** Por Dña. Benita se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con el artículo 218.1 y 2 de la LEC, así como de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la CE.

Segundo motivo.- Al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 de la LEC, por nueva infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con el art. 218.1 y 2 de la LEC Y 120.3 de la Constitución Española, así como los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la CE.

Tercer motivo.- Al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 de la LEC, por infracción del art. 24 de la Constitución Española, con vulneración de las reglas de valoración de la prueba que impide, en estricta conexión con el art. 9.3 de la CE, una valoración arbitraria e ilógica de la prueba.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En concreto, de la vulneración del art. 97, párrafo 1.º, del Código Civil y la jurisprudencia que interpreta el mismo, en la que incurre la sentencia recurrida. Cita las sentencias de la Sala 1.ª del TS números 106/2014, de 18 de marzo, recurso 201/2012, y 236/2018, de 23 de abril, recurso 3177/2017.

Segundo motivo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3 de la LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En concreto, de la vulneración del art. 97, párrafo 2.º, del Código Civil en la que incurre la sentencia recurrida. Cita las sentencias dictadas por la Sala 1.ª del TS núm. 91/2014, de 19 de febrero, recurso 2258/2012 y 104/2014, de 20 de febrero, recurso 2489/2012.

Tercer motivo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3 de la LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En concreto, de la vulneración del art. 106 del Código Civil y 774.5 de la LEC, en la que incurre la sentencia recurrida. Cita las sentencias de la Sala 1.ª del TS núm. 162/2014, de 26 de marzo, recurso 1088/2013 y 674/2016, de 16 de noviembre, recurso 448/2016.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de mayo de 2021, se acordó admitir los recursos interpuestos extraordinario por infracción procesal y de casación y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitidos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, y evacuado el traslado conferido, el procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de D. Fausto, presentó escrito de oposición a ambos recursos.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 29 de septiembre de 2021, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes.**



Interpuesta demanda de **divorcio** -del matrimonio hubo hijos que ya son independientes económicamente-, las medidas controvertidas lo fueron el uso de la vivienda familiar y la procedencia de la pensión compensatoria.

Por sentencia se acordó la atribución alternativa del uso de la vivienda a cada uno de los ex cónyuges por plazo de seis meses -lo que fue objeto de impugnación por la esposa-.

Centrando el debate en la procedencia o no de una pensión compensatoria a cargo del esposo, su importe y duración, en su caso, la esposa reclamó 3000,00 euros/mes de forma vitalicia, y el esposo se opuso, alegando que la esposa percibe 2.065,00 euros/mes y él 2.115,95 euros/mes.

Mediante sentencia dictada en primera instancia, se acordó el **divorcio**, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en la forma indicada, y respecto de la pensión compensatoria solicitada declara que es procedente, al existir desequilibrio, y la fija en la cuantía de 1000,00 euros a percibir durante nueve años. Se establece en el fallo: "como índice de actualización de la pensión el de la variación porcentual que experimente durante el año anterior el índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística o el organismo que le sustituya, tomándose como referencia el IPC de la anualidad inmediatamente anterior y con efectos del 1 de enero de las sucesivas anualidades. Todo ello sin necesidad de requerimiento y solo al alza. La primera revisión tendrá lugar con efectos económicos del día 1 de enero de 2019 aplicándose la variación experimentada en el intervalo de diciembre de 2017 a diciembre de 2018 y las sucesivas en igual fecha".

La sentencia de primera instancia, dispone:

"[...]CUARTO. -De la prueba practicada resulta que ambos cónyuges actualmente se encuentran jubilados, La Sra. Benita desde el año 2000 y el Sr. Fausto prejubilado desde el día 1/6/2015 y jubilado desde el día 25/4/2017. Según los documentos obrantes en autos resulta que la Sra. Benita percibe mensualmente la suma de 2.100 euros aproximadamente prorrateando en 12 meses los ingresos menos retenciones de la renta del IRPF del año 2016. (29.280,844.085,84 = 2.099,58).

"Por su parte el Sr. Fausto percibe desde el 26/4/2017 la suma mensual de 2.468 euros aproximadamente prorrateando en 12 meses los ingresos menos retenciones según el documento emitido por el INSS y aportado con la contestación a la reconvención.

"Según la información facilitada por el actor con la demanda son titulares ambos cónyuges de cuatro préstamos hipotecarios con Banco Sabadell cuyos importes a 20/12/2016 ascienden a un total de 208.295,00 euros y según la documental aportada a fecha 9/1/2018 requerida al Banco Sabadell supone una suma al mes de 1.689,31 euros aproximadamente lo que supone a cada uno unos 845,00 euros al mes.

"Del extenso documental (sic) bancaria aportada en autos resulta que la nómina del actor se ingresa en la cuenta del Sabadell NUM001 y la de la demandada en Unicaja NUM002. Las percepciones salariales del actor durante los años anteriores a la prejubilación han sido según las declaraciones de IRPF de:

"2013: 60.344,89 euros (95.398,89-35.054).

"2014: 65.153,00 euros (104.838-39.685,87).

"2015: 85.648,00 euros (141.064.26-55.416,77).

"2016: 64.482,00 euros (98.856,80-34.374,80).

"Por el contrario, la demandada:

"2015: 24.763,12 euros (28.914,32-4.151,76).

"2016: 25.195 euros (29.280,84-4.085).

"QUINTO.- Sostiene el actor que durante dos años no ha percibido cantidad alguna pero resulta de la cuenta común NUM001 y del contrato de extinción aportado por Sabadell que desde junio de 2015 fecha de la terminación del contrato con Sabadell ha percibido en la cuenta, el día 28/5/2015 la suma de 19.662,28 euros; el día 29/6/2015 la suma de 37.519,60 euros, el día 28/1/2016 la suma de 78.108,20 euros y falta el último ingreso del 9/1/2018 último día hábil de enero de 2018 que era de 35.902 euros brutos y que no se acompaña al tener los movimientos solo hasta diciembre de 2016.

"Del examen de los movimientos de la cuenta común Sabadell NUM001 y de las cuentas cuyo titular único es el actor NUM003 y NUM004 así como las sucesivas operaciones que informa en fecha 9/1/2018 dicha entidad bancaria, entidad en la que recordemos ha trabajado el actor desde el 21/6/1971 hasta el día 1/6/2015, resulta que ha dispuesto de los recursos gananciales como ha considerado conveniente puesto que es el titular único de las pólizas de crédito NUM003 y NUM004 y cuyos saldos son negativos a fecha de la demanda pero de donde han salido y entrado cantidades a discreción del actor. También consta cargas de la familia,



pero también consta que lo han sido de la cuenta común de Unicaja donde estaba domiciliada la pensión de la demandada.

"Según la demanda el actor es titular a diciembre de 2016 de dos cuentas valores NUM005 y NUM006 por importes respectivos de 22.519,62 y 29.201,47 euros y por último los productos de ahorro para la jubilación del actor ascienden a 28 de febrero de 2017 a la suma de 253.151,16 euros según documental acompañada en el acto de la vista por la demandada.

"Por su parte la demandada a fecha de la demanda y contestación no consta que tenga cuenta valor alguna ya que las de Sabadell han sido canceladas el 2/6/2016, tenía un plan de Previsión NUM007 pero que carece de saldo acumulado y según la documental aportada por la parte actora en el acto de la vista consistente en el plan de pensiones en la entidad Unicaja sus derechos consolidados son a 31/12/2016 de 45.105,25 euros y de la documental aportada por Unicaja a instancia del demandado resulta que el único plan de pensiones no cancelado es ese pues existían otros dos que fueron cancelados en 2012 y 2015, antes de la apertura de la cuenta cuya única titular era la Sra. Benita en Unicaja NUM008 ya que se apertura el día 23/3/2016 y donde debe (sic) ingresa la pensión pues se dejó de ingresar en la de Unicaja NUM002 .

"SEXTO.- En suma, los ingresos económicos del actor a lo largo de estos años no solo se han destinado al sostenimiento de la familia sino a la formación de un patrimonio mobiliario cuya titularidad y valor no quedan excesivamente claros en este momento y a un patrimonio inmobiliario, pero con unas cargas a las que han de hacer frente ambos cónyuges con unos recursos económicos muy distintos. El actor no puede manifiesta (sic) que la demandada tiene unos ingresos superiores. El desequilibrio económico es evidente por cuanto que la disolución del matrimonio se solicita el Sr. Fausto que cuenta con un gran respaldo económico para hacer frente a los gastos de la sociedad de gananciales frente a la demandada quien quizás no habría contraído las cargas hipotecarias de conocer la obligación de hacer frente a ellas con su pensión. La pensión compensatoria trata de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. No existen ya hijos dependientes y los dos litigantes están jubilados pero precisamente esta situación y la edad no permite a la demandada su incorporación al mundo laboral por lo que teniendo en cuenta los años de matrimonio consideramos que la suma solicitada es excesiva tal como reconoce la propia demandada en conclusiones, considerando a juicio de este Tribunal que procede establecer la suma de 1000 euros al mes durante 9 años lo que arroja una suma que es aproximada al importe de la carga hipotecaria que le resta por abonar a la demandada considerando que el actor está en mejor posición económica para hacer frente a ella y siendo el importe aproximado al que mensualmente debe hacer frente la demandada por las cargas hipotecarias y gastos de titularidad de los inmuebles".

Recurrida en apelación por el esposo dicha medida, la Audiencia Provincial estima el recurso parcialmente, reduciendo la pensión compensatoria a 300 euros mes durante cinco años. La esposa impugnó el uso alternativo de la vivienda por períodos de seis meses, y la Audiencia la acogió, y acordó que lo fuera por anualidades.

Centrando el debate en la procedencia o no de una pensión compensatoria a cargo del esposo, su importe y duración, la Audiencia dispone que "hay desequilibrio económico cuando exista notoria desproporción de ingresos y así se acredita en el presente procedimiento como declara la sentencia apelada, en la que se describen los ingresos y patrimonios de ambos, que si bien se encuentran jubilados, el esposo percibe mensualmente, 2.468 euros y la esposa 2.100,00, ha quedado acreditado que el esposo percibió una importante cantidad por la extinción de su contrato de trabajo con el banco Sabadell, distribuida en cuatro plazos, los últimos con fecha posterior a la ruptura matrimonial, así como que ha formado un importante patrimonio mobiliario", por ello considera que hay desequilibrio económico para la esposa con la ruptura matrimonial, si bien indica, que por las circunstancias descritas, reduce el importe y la duración, en la forma expuesta e indicada en el fundamento de derecho primero.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** *Motivos primero y segundo. Primer motivo: al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con el artículo 218.1 y 2 de la LEC , así como de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la CE . Segundo motivo: al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 de la LEC , por nueva infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con el art. 218.1 y 2 de la LEC Y 120.3 de la Constitución Española , así como los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la CE .*

Se desestiman los motivos, analizados conjuntamente.

Se alega falta de motivación en la sentencia recurrida.



Esta sala debe rechazar los motivos del recurso, pues si bien la motivación es parca, debemos calificarla como suficiente, pues valora los ingresos de cada parte, su patrimonio mobiliario y las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo del Sr. Fausto ( art. 218 LEC).

**TERCERO.-** *Motivo tercero: al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 de la LEC , por infracción del art. 24 de la Constitución Española , con vulneración de las reglas de valoración de la prueba que impide, en estricta conexión con el art. 9.3 de la CE , una valoración arbitraria e ilógica de la prueba.*

Se desestima el motivo.

El error notorio en la valoración de la prueba que se opone se basa en:

1. Que en la sentencia de la Audiencia se entiende que los últimos plazos de la indemnización por extinción del contrato de trabajo del Sr Fausto , se percibieron después de la ruptura.

Esta sala debe declarar que sólo el último plazo se percibió después de la ruptura, lo que constituye un error material irrelevante, dada su escasa consideración ( art. 24 CE).

2. Se pretende un error material por la fijación de una cantidad diferente de pensión compensatoria, partiendo de los mismos datos económicos fijados por el Juzgado.

Esta Sala debe rechazar el argumento esgrimido, pues no concurre un error material sino una valoración jurídica diversa, que tendrá respuesta al resolver el recurso de casación.

#### **Recurso de casación.**

**CUARTO.-** *Motivos primero y segundo. Primer motivo: al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En concreto, de la vulneración del art. 97, párrafo 1.º, del Código Civil y la jurisprudencia que interpreta el mismo, en la que incurre la sentencia recurrida. Cita las sentencias de la Sala 1.ª del TS números 106/2014, de 18 de marzo, recurso 201/2012 , y 236/2018, de 23 de abril, recurso 3177/2017 . Segundo motivo: al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3 de la LEC , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En concreto, de la vulneración del art. 97, párrafo 2.º, del Código Civil en la que incurre la sentencia recurrida. Cita las sentencias dictadas por la Sala 1.ª del TS núm. 91/2014, de 19 de febrero, recurso 2258/2012 y 104/2014, de 20 de febrero, recurso 2489/2012 .*

Se desestiman los motivos, analizados conjuntamente.

Se alega que en la sentencia de apelación no se ha tenido en cuenta la situación de desequilibrio en el que queda la Sra. Benita .

Esta sala debe declarar que en la sentencia de apelación no solo se tiene en cuenta la disparidad de pensiones, sino el resto de las circunstancias concurrentes como es el patrimonio mobiliario del hoy recurrido y la indemnización que percibió ( sentencia de esta sala 386/2019, de 3 de julio).

La sentencia 153/2018, de 15 de marzo, resume la doctrina de la Sala sobre la pensión compensatoria:

"El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, RC 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación ( STS de 2 de junio de 2015, RC 507/2014). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio".



Aplicada la doctrina al presente recurso hemos de declarar que en la sentencia recurrida se aprecia con prudencia y corrección la cuantía de la pensión compensatoria, dadas las pensiones concurrentes y el considerable patrimonio ganancial que se habrá de liquidar, en concreto tres viviendas y el patrimonio mobiliario.

La recurrente cuando plantea su recurso hace hincapié en las deudas, que no solo son de ella sino de ambos, mientras que olvida que son dueños (también ella), de un piso en alquiler, otro en la playa y el que fue la vivienda familiar, por lo que de acuerdo con el art. 97 del C. Civil, dados los ingresos que ambos perciben (vía pensiones), el patrimonio del que van a disponer (tras la liquidación de la sociedad de gananciales), la mayoría de edad e independencia de los hijos y la duración del matrimonio, es la cantidad de 300 euros, durante cinco años, una suma ponderada y no desequilibrada.

**QUINTO.-** *Motivo tercero: al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3 de la LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En concreto, de la vulneración del art. 106 del Código Civil y 774.5 de la LEC, en la que incurre la sentencia recurrida. Cita las sentencias de la Sala 1.ª del TS núm. 162/2014, de 26 de marzo, recurso 1088/2013 y 674/2016, de 16 de noviembre, recurso 448/2016.*

Se desestima el motivo.

Alega la recurrente que la pensión compensatoria se redujo por la Audiencia Provincial de 1000 a 300 euros, declarando que los efectos operaban desde la sentencia de primera instancia, con lo que le atribuía indebidamente retroactividad.

Esta sala en sentencia 674/2016, de 16 de noviembre, declaró en un supuesto en el que la pensión compensatoria se había fijado por primera vez en un procedimiento de separación y que pretendía modificarse en el procedimiento de **divorcio**:

"[...] conforme a la doctrina de esta Sala expresada en las sentencias de 3 de octubre de 2008 y 18 de noviembre de 2014, que "la pensión compensatoria en el hipotético caso de ser reconocida debe serlo desde la sentencia de apelación y no carácter retroactivo, en cumplimiento de la doctrina jurisprudencial". Y, ciertamente, tiene razón el recurrente (al margen de que posiblemente la decisión que interesa pueda resultarle perjudicial teniendo en cuenta lo que pagaba de pensión, incluidas las revisiones, y lo que debe pagar a partir de la sentencia de **divorcio**), desde la idea de que la sentencia no crea el derecho sino que lo modifica. La pensión venía ya declarada con anterioridad y lo que ha hecho la sentencia es mantenerla por importe de 400 euros mensuales. Se ha dicho en la sentencia de 3 de octubre de 2008, citada en las de 26 de marzo y 18 de noviembre de 2014, 12 de febrero, 15 y 23 de junio de 2015; 6 de octubre 2016, lo siguiente: "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 varía 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 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".

Esta tesis se mantuvo en sentencia 453/2018, de 18 de julio, para los supuestos de modificación de pensión compensatoria.

Sin embargo, en sentencia 388/2017, de 20 de junio, en supuesto en que se solicitaba por primera vez en el procedimiento en litigio se declaró:

"Nos encontramos ante una pensión compensatoria, cuya finalidad es compensar por el desequilibrio que se produzca en el momento de la separación o el **divorcio**. Puesto que fue la sentencia de primera instancia la que declaró disuelto el matrimonio por **divorcio**, sin que existiera previa resolución que fijara compensación alguna, es a la fecha de la notificación de esa sentencia a la que debe estarse para fijar los efectos de la pensión compensatoria, con independencia de que fuera la sentencia de segunda instancia la que, al valorar los mismos hechos de una manera diferente elevara la cuantía de la pensión compensatoria. La cuantía fijada por la sentencia de segunda instancia produce efectos desde la sentencia de primera instancia en la que se reconoció el derecho a la pensión compensatoria".

En aplicación de esta doctrina debemos declarar que la reducción de la pensión compensatoria efectuada en la sentencia de apelación, fijándola en 300 euros, es operativa desde la sentencia de primera instancia.



Por lo expuesto, la sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial que para caso similar se deduce de la sentencia citada 388/2017, de 20 de junio, pues en nuestro caso no se trata de modificar una pensión establecida en otro procedimiento, sino que en sentencia de apelación se rebajó la cantidad que en primera instancia del mismo procedimiento se había fijado, por lo que los efectos de la sentencia de apelación se harán valer desde la sentencia de primera instancia.

**SEXTO.- Costas y depósito.**

Desestimados ambos recursos se imponen al recurrente las costas tanto del recurso extraordinario por infracción procesal como del recurso de casación ( arts. 394 y 398 LEC), con la pérdida de los depósitos constituidos.

## FALLO

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

- 1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Dña. Benita , contra sentencia de fecha 5 de octubre de 2020, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- 2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la misma parte contra la misma sentencia.
- 3.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.
- 4.º- Procede imponer las costas de ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, al recurrente, con la pérdida de los depósitos constituidos.

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

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

Así se acuerda y firma.