

Roj: STS 4825/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100446
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1387/2009
 Nº de Resolución: 472/2011
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Pensión compensatoria. Posibilidad de fijarla con carácter temporal. Decisión de la Audiencia Provincial favorable a la temporalidad que encuentra adecuada justificación en las circunstancias fácticas valoradas por el tribunal, no revisables en casación. Supuesto de la cuestión.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 1387/2009, ante la misma pende de resolución, interpuesto por D^a Noemi , aquí representada por el procurador D. Marco Calleja García, contra la sentencia de 25 de mayo de 2009 dictada en grado de apelación, rollo n.º 155/09, por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Córdoba , dimanante de autos de modificación de medidas n.º 688/08, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba. Es parte recurrida D. Jorge , que ha comparecido representado por el procurador D. José Bernardo Cobo Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba dictó sentencia de 19 de diciembre de 2008, en el juicio de modificación de medidas n.º 688/08 cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que debo estimar y estimo en parte la demanda presentada por la procuradora Sra. Bajo Herrera, en nombre y representación de D. Jorge , contra D^a Noemi , en el sentido de mantener las medidas acordadas en sentencia de divorcio de fecha 18 de enero de 2003, recaída en los autos seguidos con el n.º 306/02 de este mismo Juzgado, con las modificaciones introducidas en la misma por la sentencia de la Audiencia Provincial de 21 de julio de 2003, dictada en el rollo de apelación n.º 169/03 , incluida la **pensión compensatoria** a favor de la Sra. Noemi , si bien, estableciendo un límite temporal cierto y determinado a la misma, de tres años, de manera que la misma quedará extinguida sin necesidad de nueva resolución judicial al efecto el 1 de enero de 2012. Y todo ello sin hacer especial condena en costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.- En relación con la única cuestión controvertida en casación, la sentencia contiene, en síntesis, los siguientes fundamentos de Derecho:

Tanto el *artículo 775 LEC*, como el 90 CC permiten modificar las medidas adoptadas siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para acordarlas.

La AP, frente a la sentencia del Juzgado que fijó una **pensión** de 600 euros a favor de la esposa por dos años, acordó ampliarla a 900 euros con un límite de cinco años para que, transcurrido este plazo, pudieran revisarse nuevamente todas las circunstancias, especialmente, el particular interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de un trabajo.

El actor solicita la extinción de la **pensión** o su modificación. Las causas que provocan la extinción automática son la muerte del acreedor de la **pensión** y la celebración de un nuevo matrimonio. También la convivencia marital del acreedor con un tercero, siempre que se pruebe esta causa extintiva. Finalmente, también se extingue por desaparecer la situación de desequilibrio, por ser esta la causa que la motiva, lo que puede producirse por una mejora de la situación del acreedor o por un empeoramiento de la del obligado. Esta causa tampoco opera automáticamente sino que debe probarse por la parte que pide la extinción.

Esta enumeración no es taxativa pues también extingue el derecho a **pensión** la renuncia, la prescripción, la reconciliación entre los cónyuges o el cumplimiento de la condición resolutoria establecida en el convenio o, el transcurso del plazo cuando se fijó con carácter temporal.

Aunque no se prevé expresamente en la regulación legal, cabe fijar la **pensión** con carácter temporal, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado como una **pensión** vitalicia.

Cuando la resolución judicial no la estableció con carácter temporal, pueden existir problemas para alterar lo establecido por el mero transcurso del tiempo. No obstante, es posible considerar que el transcurso del tiempo puede dar lugar a la extinción de la **pensión** si se acredita que no ha existido intención, por parte del beneficiario, de superar la causa que motivó su otorgamiento, que no era otra que el desequilibrio.

En aplicación de esta regulación legal y jurisprudencial, no puede declararse extinguida la **pensión** de la Sra. Noemi , pues no ha contraído nuevo matrimonio, ni convive maritalmente con nadie, ni ha desaparecido la causa que la motivó, ni ha transcurrido el límite temporal alguno, dado que no se fijó. No obstante, dado que la sentencia preveía la revisión de las circunstancias pasados cinco años desde su fecha, requisito que se encuentra cumplido, es necesario valorar las circunstancias que motivaron su otorgamiento y, en particular, el interés y empeño de la esposa en la obtención de empleo.

En este sentido, subsisten las circunstancias que tuvo en cuenta la AP en el pleito de divorcio, como la situación económica de la familia, la duración del matrimonio (desde noviembre de 1989, 14 años), la edad (aún mayor) y cualificación de la esposa y su dedicación pasada y futura a la familia (a pesar de la mayor autonomía de las hijas por su edad, 15 años). Sin embargo, en cuanto al interés y empeño en la búsqueda de trabajo, no puede considerarse de entidad suficiente como para justificar su mantenimiento ya que se ha limitado la esposa a figurar como demandante de empleo en el INEM y a realizar dos cursos de una duración no superior a seis meses, si haber realizado ningún curso, ni estudio en los últimos tres años y medio. En consecuencia, esta conducta de la esposa, sino es bastante para extinguir la **pensión**, sí ha de valorarse a la hora de limitar su percepción, a fin de incentivar la actitud de la beneficiaria en la búsqueda efectiva de un empleo.

TERCERO. - La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia de 25 de mayo de 2009, en el rollo de apelación n.º 155/09 , cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la procuradora Sra. Bajo Herrera, en nombre y representación que ostenta de Don Jorge , y por el procurador Sr. Bergillos Madrid, en representación de Doña Noemi , contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2008 , dictada en los autos de Juicio de Modificación de Medidas núm. 688/08 por la Iltna. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba , y, en consecuencia, confirmamos la aludida resolución; con expresa condena a cada una de aquellas partes de las costas derivadas del recurso».

CUARTO. - En relación con la única cuestión controvertida en casación, la sentencia contiene, en síntesis, los siguientes fundamentos de Derecho:

Este procedimiento dimana de sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2003 que revocó parcialmente la de 18 de enero de 2003 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba. En lo que aquí interesa, la AP fijó una **pensión** de 900 euros a favor de la esposa en las condiciones que indicaba en el FD Octavo, razonamiento según el cual, aunque no se establecía a priori una limitación temporal y consiguiente extinción automática de la referida **pensión**, sí se fijaba un plazo prudencial de cinco años a partir de la sentencia para que pudieran revisarse todas las circunstancias que habían motivado su fijación, y, en particular, el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo.

La demanda de modificación de medidas se interpone por el esposo, pasados casi cinco años desde aquella sentencia, y se dirige a que se extinga o, subsidiariamente, a que se reduzca la cuantía de la **pensión** y a su limitación temporal a un año, así como la contribución de ambos cónyuges al 50% en el crédito hipotecario.

El Juzgado solo estima en parte esa demanda y fija un límite temporal de tres años. Recurren ambas partes, el demandante, por no haberse declarado la extinción, y la demandada, por haberse fijado con carácter temporal frente al carácter indefinido que defiende. Quedan fuera del recurso las demás cuestiones también contempladas en la demanda como la reducción de la cuantía o la distribución del crédito hipotecario al 50%.

La decisión apelada es congruente, pues al fijar tres años como límite temporal, adoptó una solución intermedia entre lo pedido, que fue la extinción o su limitación a un año.

En cuanto a la procedencia de esa limitación, el Juzgado acierta al señalar que la anterior sentencia de esta Sala por la que se fijó la **pensión compensatoria**, aunque no la estableció con carácter temporal, dejaba abierta la posibilidad de revisar las circunstancias tenidas en cuenta para fijarla a los cinco años contados desde la fecha de dicha resolución. El Juzgado analiza la posible alteración de dichas circunstancias en las páginas 12 a 14 de su resolución, concluyendo que la duración del matrimonio, la dedicación pasada y futura de la esposa a la familia y la actividad profesional del marido son hechos inamovibles, sin que se constatará la alteración sustancial de la edad y cualificación profesional de la esposa, al haberse incrementado la primera, pero también la segunda, en beneficio de la posibilidad de acceder a un empleo.

Las partes no someten a controversia las conclusiones del Juzgado en estos aspectos, sino únicamente, en la valoración del interés y empeño de la beneficiaria para acceder al mercado laboral.

Debe acogerse lo argumentado en la sentencia apelada en cuanto al carácter no taxativo de las causas de extinción del *artículo 101 CC*, de manera que dentro del motivo de cese de la causa se contempla la desaparición del desequilibrio. Y lo que ha hecho la jurisprudencia es interpretar analógicamente que se supera el desequilibrio cuando la no superación es imputable a la falta de voluntad de la beneficiaria. Por tanto, lo transcendente es comprobar si durante los cinco años fijados por la sentencia de divorcio la esposa ha mostrado interés y empeño verdaderos en la obtención de empleo. En este aspecto, el razonamiento del Juzgado es correcto pues para apreciar el interés no basta con figurar como demandante de empleo, sino que deben realizarse actividades tendentes a su búsqueda, tales como presentar currículum en diferentes empresas o presentarse a oposiciones o ampliar la formación (lo que no hizo, realizando solo dos cursos de seis meses en total en cinco años).

En consecuencia, la decisión del Juzgado de no extinguir la **pensión** pero sí limitarla a tres años es razonable, ya que este plazo, sumado a los cinco ya transcurridos, supone un tiempo más que suficiente para, partiendo de la cualificación con que contaba (técnico de empresa y actividades turísticas), lograr el acceso al mercado de trabajo.

Esta argumentación sirve también para rechazar el recurso de la esposa, cuyo recurso se limita a cuestionar las deducciones que el Juez obtuvo de la prueba practicada.

No puede considerarse que la nueva enfermedad detectada a la esposa, sobrevenida en fecha posterior al dictado de la sentencia de primera instancia, justifique el mantenimiento de la **pensión** más allá del plazo señalado. En primer lugar, porque el documento aportado solo acredita el resultado de una biopsia, ignorándose cualquier extremo sobre intervención quirúrgica o tratamiento paliativo a recibir, y sus consecuencias para su vida diaria. Sería necesario un mayor avance en la documentación de su tratamiento y una pericial ilustradora sobre sus efectos para valorar la real incidencia de esa enfermedad en la posibilidad de acceder a un empleo.

En todo caso, la enfermedad no puede tenerse en cuenta para determinar la vigencia, extensión o cuantía de la **pensión** al tratarse de algo sobrevenido a la ruptura, de manera que las consecuencias onerosas no traen causa de la quiebra de la convivencia, momento en que debe justificarse la situación de desequilibrio.

QUINTO. - En el escrito de interposición presentado por la representación procesal de la parte demandada, D^a Noemi, se formula, en primer lugar, un recurso extraordinario por infracción procesal que no ha sido admitido.

En el mismo escrito se formula un recurso de casación, al amparo del *artículo 477.2.3º LEC* , por existencia de interés casacional tanto en la modalidad de oposición a la jurisprudencia del TS como en la de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales.

El recurso consta de un motivo único, subdividido en dos apartados.

El primero, denominado 1), se introduce con la fórmula: «infracción de los *artículos 90, 91, 97, 100 y 101 del Código Civil* ».

En síntesis, se funda en lo siguiente:

La AP se opone a la jurisprudencia del TS al sostener el carácter no taxativo de las causas contempladas en el *artículo 101 CC* para que proceda la extinción, entendiéndose que dentro del motivo del cese de la causa que justificó el establecimiento de la **pensión** se encuentra la desaparición del desequilibrio y que, dentro de dicha causa, por interpretación analógica, se encuentra el transcurso del tiempo en casos en que no se supera ese desequilibrio por falta de voluntad de la beneficiaria.

Cita y extracta la STS de 3 de octubre de 2008, RC n.º 2727/2004 , según la cual, lo relevante para la extinción no es el mero transcurso del tiempo sino la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho.

Cita y extracta la STS de 17 de octubre de 2008, RC n.º 2650/2003 , según la cual, la temporalidad exige una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio que haga desaconsejable su prolongación más allá de un plazo determinado, para lo que debe hacerse una previsión anticipada basada en la certidumbre y alejada de toda adivinación.

El criterio mantenido por la AP consistente en entender como causa de extinción de la **pensión** el transcurso del tiempo en supuestos en que no se supera el desequilibrio por falta de voluntad de la beneficiaria también infringe los citados *artículos 90 F 3, 97.2 y 101 CC*, al resolver puntos sobre los que existe doctrina contradictoria en las AAPP.

-Cita, en contra del criterio del carácter no taxativo de las causas del *artículo 101 CC* y de considerar el transcurso del tiempo como causa de extinción de la **pensión**, las SSAP de Murcia, Sección 5ª, de 30 de marzo de 2004 , y de Málaga, Sección 6ª, de 4 de enero de 2007 .

-Cita a favor del criterio de la sentencia recurrida las SSAP de Madrid, Sección 24ª, de 19 de mayo de 2005 , y de Valencia, Sección 10ª, de 27 de septiembre de 2006 .

Sin perjuicio de lo anterior, también la sentencia recurrida infringe los *artículos 90, 91, 97, 100 y 101 CC* que establecen la posibilidad de que la **pensión compensatoria** pueda ser modificada cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, al negar en su FD Cuarto que el hecho de que la Sra. Noemi se le haya detectado cáncer de mama a finales del 2008, es decir, pueda ser tenido en cuenta a la hora de determinar la vigencia, extensión o cuantía de la **pensión compensatoria**, por ser algo sobrevenido a la ruptura del vínculo.

La jurisprudencia obliga a estar al estado de salud y posibilidad de recuperación en orden a fijar la duración de la **pensión**, de manera que, cualquiera que sea la duración que se haya fijado, nada obsta a que pueda esta modificarse en un pleito de modificación en atención a una alteración sustancial de circunstancias.

Cita y extracta la STS de 3 de octubre de 2008, RC n.º 2727/2004 .

La sentencia recurrida se opone a dicha jurisprudencia dado que, a pesar de entender que puede valorar de nuevo las circunstancias, y hechos nuevos no alegados en primera instancia, sin embargo no toma en cuenta la enfermedad oncológica sobrevenida de la beneficiaria de la **pensión**, a pesar de su evidente relación que tiene ese estado de salud empeorado con la posibilidad real de acceder al mercado de trabajo, y, consecuentemente, con la posibilidad real de superar el desequilibrio.

Cita y extracta la SAP de Tarragona, Sección 1ª, de 23 de marzo de 2007 .

En definitiva, a la dificultad que tenía la Sra. Noemi para acceder al empleo debido a su edad, escasa cualificación profesional y nula experiencia laboral, debe unirse la dificultad añadida que deriva de la

enfermedad que le fue diagnosticada en enero de 2009 (con posterioridad a la sentencia firme de divorcio que fijó la **pensión** de modo definitivo).

El submotivo segundo, denominado 2), se introduce con la fórmula: «infracción de los *artículos 90 y 97 del Código Civil*».

La decisión de la AP de establecer un límite temporal de manera apriorística, que impida el derecho vitalicio e indefinido a la **pensión**, infringe la jurisprudencia del TS, que si bien permite la fijación de la **pensión compensatoria** con carácter temporal, condiciona esta posibilidad a que se cumpla la función reequilibradora que le es propia, sin que se descarte de modo absoluto el que se pueda fijar con carácter vitalicio.

Cita y extracta la STS de 10 de febrero de 2005 .

Cita las SSTs de 3 de octubre de 2008, RC n.º 2727/2004 y de 17 de octubre de 2008, RC n.º 2650/2003 .

La sentencia recurrida se remite, para justificar la temporalidad, a una sentencia de la AP de Asturias que recayó en un supuesto totalmente diferente al de autos. En dicha sentencia, de 19 de marzo de 1999, la esposa tenía 23 años, el matrimonio no tenía descendencia y su duración había sido de 13 años, además de que no figuraba ni siquiera como demandante de empleo en el INEM. Por el contrario, la Sra. Noemi tenía 47 años, el matrimonio duró 14, existían dos hijas menores, la esposa vino colaborando con el esposo en la consulta de Cirugía Estética durante 9 años sin remuneración ni prestación social de ninguna clase, y sí consta inscrita en el INEM.

Además, la situación de desequilibrio patrimonial, lejos de haberse corregido, se ha aumentado durante todo el tiempo transcurrido desde la sentencia de divorcio de segunda instancia (21 de julio de 2003). Así, el Sr. Jorge realiza movimientos de cuentas por elevado importe, mientras la Sra. Noemi realiza escasas disposiciones, y también ha adquirido inmuebles (una parcela y otra vivienda) sin apenas esfuerzo (en el caso de la vivienda, sin necesitar préstamo hipotecario alguno). Igualmente, sus ingresos le permiten costearse sin dificultad los gastos de abogados y procuradores, lo que no puede afirmarse de la Sra. Noemi . En consecuencia, las circunstancias que se valoraron para apreciar el desequilibrio que dio lugar al establecimiento de la **pensión** se mantienen en la actualidad.

Pese a lo dicho, la sentencia recurrida penaliza a la esposa por no haber encontrado trabajo, pese a que consta inscrita en el INEM y ha hecho cursos de formación destinados a facilitar su obtención. La principal interesada en no depender del marido es la esposa, ya que si recibiera ingresos por trabajo no sería necesario ni siquiera la fijación de un límite temporal a la **pensión**, ya que entraría en juego el *artículo 100 CC* por aumento de la fortuna de la esposa. Pero no ha sido así, a pesar de sus esfuerzos. Todas las sentencias que se citan para justificar la fijación de un límite temporal de tres años se basan en supuestos de hechos diferentes, pues en ellas las beneficiarias no estaban inscritas como demandantes de empleo en el INEM. La ley no condiciona la percepción de la **pensión** a que el beneficiario haga oposiciones o estudios, pues esto sería totalmente desmesurado.

Cita y extracta la doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de fijar la **pensión compensatoria** con carácter temporal.

Cita y extracta la STS de 17 de octubre de 2008 .

La claridad y contundencia de los términos en que se pronuncia la Sala Primera pone en evidencia la infracción legal en que incurre la sentencia objeto de recurso, al mantener la temporalidad que introduce el juzgador de instancia sin que se haya producido circunstancia alguna distinta de las que se tuvieron en cuenta para fijarla con carácter no temporal.

Termina la parte solicitando de esta Sala «[...] dictar sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos:

»1º Se estime el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por esta parte [...]

»[...] 2º. Eventualmente, para el caso de que el recurso por infracción procesal no sea acogido, se estime el recurso de casación interpuesto por esta parte, casando y anulando la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte otra por la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la demanda, con imposición al actor de las costas causadas en primera y segunda instancia, y sin imposición a esta parte de las costas

del recurso de apelación».

SEXTO.- Mediante auto de 25 de mayo de 2010 se acordó admitir el recurso de casación, por interés casacional (*artículo 477.2.3 LEC*) y no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso formulado por D. Jorge, constan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

El recurso gira en torno a dos cuestiones;

a. El carácter no taxativo de las causas expresadas en el *artículo 101 CC* en íntima conexión con la interpretación analógica del transcurso del tiempo.

b. La no falta de voluntad de la beneficiaria para intentar reequilibrar el desequilibrio.

Ambas cuestiones las entresaca la recurrente de dos SSTs, de 3 y 17 de octubre de 2008, obviando otras muchas que no le interesan.

El matrimonio duró 11 años y no 14. La colaboración en la consulta del esposo no excedió de 6 meses.

La jurisprudencia, a partir de las SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, permite fijar la **pensión compensatoria** por un tiempo determinado. Además, la *Ley 15/2005, de 8 de julio*, ha introducido las siguientes modificaciones:

-Sustitución del término **pensión** por el de compensación

-Posibilidad de limitarla temporalmente

-Admisión de la prestación única

-Determinación del importe por el juez solo a falta de acuerdo entre los cónyuges.

Cita las SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, y de 19 de diciembre de 2005 y 3 de octubre de 2008.

Cita y extracta las SSAP de Madrid, Sección 24ª, de 29 de octubre de 2009; Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de octubre de 2009; Alicante, Sección 4ª, de 11 de junio de 2009; de Sevilla, Sección 2ª, de 22 de abril de 2009; de Barcelona, Sección 12ª, de 30 de junio de 2008; de Las Palmas, Sección 3ª, de 26 de junio de 2008; de Cádiz, Sección 5ª, de 12 de mayo de 2008; de Lugo, Sección 1ª, de 18 de diciembre de 2007; Las Palmas, Sección 3ª, de 14 de diciembre de 2007; Asturias, Sección 6ª, de 17 de septiembre de 2007; y de Córdoba, Sección 1ª, de 20 de marzo de 2006.

En la SAP de Córdoba, de 21 de julio de 2003 (proceso de divorcio del que trae causa este procedimiento de modificación de medidas allí adoptadas), no se establecía un plazo prudencial, sino que se contemplaba la revisión de todas las circunstancias una vez pasados cinco años, en particular, el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo.

Lo que ha quedado acreditado, según dicha sentencia, es que:

a) Pese a transcurrir sobradamente esos cinco años, la esposa se ha limitado a hacer unos cursos, obligada más por el INEM que por su propio interés (dos y cuatro meses de duración), lo que difícilmente puede conjugarse con una voluntad real de trabajar o formarse.

La esposa está titulada en turismo en una ciudad muy turística como Córdoba, sin que conste en las actuaciones que hubiese presentado ningún currículum. No existe prueba de un asomo de esfuerzo (idiomas, informática, o cualquier otro).

b) Igual que tuvo que acudir a su familia para afrontar los gastos de abogado y procurador, podía haberlo hecho para pedir trabajo a su padre, el conocido tenor Vidal.

c) El matrimonio duró 11 años y la temporalidad de la **pensión** se fijó por un total de 8 años,

prácticamente igual a la duración del matrimonio. Lo que no es razonable es pretender convertirla en vitalicia.

d) Son totalmente inciertas las compras de inmuebles que se atribuyen al esposo, ni los ingresos que se manifiestan.

e) El tiempo que la madre dedica al día al cuidado de sus hijas (15 años de edad) es muy escaso, pues la manutención la paga el padre y pasan la mayor parte del tiempo en el colegio, y actividades extraescolares. En consecuencia, pretender hacerse acreedora de la **pensión** solo por el esfuerzo de cuidado por las noches es atentar contra su dignidad y la de miles de mujeres trabajadoras con hijos de más corta edad y que no van a colegios de pago, ni comen en los mismos, y que conjugan su trabajo con la crianza de los hijos.

f) La enfermedad que se aduce, ni ha sido probada ni ha dejado secuelas de ninguna clase.

Termina la parte solicitando de esta Sala «[...] dicte sentencia decretando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Noemi , contra la sentencia de 25 de mayo de 2009, dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2^a), en el Rollo de Apelación n.º 155/2009 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas n.º 688/2008, del Juzgado de 1^a Instancia n.º 3 (Familia) de Córdoba, con expresa condena en costas a la recurrente».

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 8 de junio de 2011, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial

CC, Código Civil.

FD, fundamento de Derecho

INEM, Instituto Nacional de Empleo.

IPC, Índice de Precios al Consumo.

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

SAP, sentencia de Audiencia Provincial

SSAP, sentencias de Audiencias Provinciales.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TS, Tribunal Supremo.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Juan Antonio Xiol Rios**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. En los autos de divorcio n.º 306/02, la Sección 2^a de la AP de Córdoba dictó sentencia de 21 de julio de 2003 que acordó fijar la **pensión compensatoria** a cargo del marido y a favor de la esposa en la suma de 900 euros al mes, sin limitación temporal a priori, pero contemplando la revisión de las circunstancias tomadas en cuenta para su adopción pasados cinco años contados desde dicha fecha, en particular «el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo».

2. El 24 de abril de 2008 el exmarido formuló demanda de modificación de medidas interesando la extinción de la **pensión compensatoria** acordada o subsidiariamente, la reducción de su cuantía y la limitación temporal a un año. Para sustentar tales pretensiones adujo, sustancialmente, que el desequilibrio

fundado en la duración del matrimonio, la mayor dedicación de la esposa al cuidado de la familia y la colaboración de esta en la actividad del esposo, debía considerarse suficientemente reparado con la **pensión** por cinco años percibida durante el periodo que había transcurrido desde la sentencia que la concedió al momento de presentarse la demanda de modificación de medidas, y que la finalidad híbrida de la **pensión compensatoria** a la que se refirió la AP debía considerarse plenamente satisfecha, pues la formación académica de la ex esposa la hacía apta para incorporarse al mercado laboral y superar, así, el inicial desequilibrio.

3. La exesposa se opuso a la modificación instada con base en que la **pensión** había sido fijada con carácter vitalicio por la AP, y en que, la posibilidad indicada, de revisar las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación transcurridos cinco años, solo era posible pasado dicho plazo y de probarse haberse producido una alteración sustancial de las mismas, lo que no era el caso.

4. El Juzgado estimó en parte la demanda en el sentido de reconocer a la esposa el derecho a seguir percibiendo la **pensión** reconocida durante otros tres años más (que se sumaban a los cinco años percibidos hasta ese momento), hasta el 1 de enero de 2012, fecha de su extinción. En síntesis, la sentencia declaró que si la jurisprudencia permite que la **pensión** pueda extinguirse por el transcurso del tiempo cuando se acredita que el beneficiario no ha mostrado intención de superar el desequilibrio que motivó su otorgamiento, también es posible establecer un límite temporal para su percepción. En consecuencia, dado que la AP previó su revisión transcurridos cinco años, el Juzgado procedió a examinar la subsistencia de las circunstancias que fueron en su día tomadas en consideración, entre las cuales mencionó el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de empleo, y concluyó a este respecto que el simple hecho de figurar como demandante de empleo en el INEM no acreditaba ese interés al que aludió la AP cuando la fijó, lo que permitía, sino su extinción, si al menos limitar su percepción a un plazo de tres años, con el fin de incentivar la búsqueda efectiva de empleo de la perceptora.

5. La AP de Córdoba desestimó los recursos formulados por ambos litigantes y confirmó el fallo de primera instancia.

6. En relación con la **pensión compensatoria**, la sentencia declaró, en síntesis, lo siguiente: a) que la AP no fijó límite temporal de cinco años, sino que señaló dicho plazo para la revisión de las circunstancias tenidas en cuenta para su concesión; b) que la fijación de un límite de tres años no puede tacharse de decisión incongruente, dado que el demandante de modificación pidió la extinción de la **pensión** o, subsidiariamente, una limitación temporal de un año; c) que constituye hecho probado que la esposa se limitó a inscribirse como demandante de empleo en el INEM y a realizar cursos de formación por tiempo no superior a seis meses, lo que, entiende, es insuficiente para apreciar un auténtico interés y empeño de la esposa en superar el desequilibrio causante de la **pensión**; d) que, en consecuencia, el nuevo límite de tres años, sumado a los más de cinco ya transcurridos desde su fijación inicial, dan un total superior a ocho años de percepción de la **pensión**, plazo suficiente para, con la cualificación profesional con que contaba la mujer (técnico de empresa y actividades turísticas), haber accedido al mercado laboral; e) que la nueva circunstancia aludida por la esposa en su recurso (cáncer de mama con metástasis ganglionar, detectada a finales de 2008) ni había quedado suficientemente acreditada ni debía valorarse para la vigencia, extensión o cuantía de la **pensión** al ser algo sobrevenido a la ruptura del vínculo conyugal.

7. Contra dicha sentencia formuló la parte demandada recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, el primero de los cuales no ha sido admitido, siéndolo el de casación por interés casacional.

SEGUNDO. - Enunciación del motivo primero y único de casación.

Aunque el motivo se encuentra subdividido en dos apartados, por tratarse en ambos esencialmente la misma cuestión, se procede a su examen y resolución conjunta.

En el primer apartado, con cita como infringidos de los **artículos 90, 91, 97, 100 y 101 CC**, se aduce, de una parte, la existencia de interés casacional, tanto en la modalidad de oposición a jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como en la de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, con relación a la interpretación no taxativa de las causas de extinción del **artículo 101 CC**, que llevó a la AP al establecimiento de un límite temporal de tres años ante la falta de voluntad de la beneficiaria de superar el desequilibrio. Según la recurrente, dicho criterio se opondría a la doctrina afirmada en sentido contrario por esta Sala en SSTs de 3 de octubre de 2008, RC n.º 2727/2004 y de 17 de octubre de 2008, RC n.º 2650/2003, además de existir en torno a dicha interpretación pronunciamientos contradictorios en la doctrina menor, siendo ejemplo de la postura favorable a carácter taxativo de las causas del **artículo 101 CC** las SSAP de Murcia, Sección 5ª, de 30 de marzo de 2004, y de Málaga, Sección 6ª, de 4 de enero de 2007, y ejemplos de la interpretación laxa sostenida por la sentencia recurrida, las SSAP de Madrid, Sección 24ª,

de 19 de mayo de 2005 y Valencia, Sección 10ª, de 27 de septiembre de 2006 . De otra parte, en el mismo apartado se combate la decisión de la AP de no tomar en consideración la enfermedad sobrevenida de la perceptora de la **pensión**, sosteniéndose que se trata de un factor que habría de incidir negativamente en la obtención de empleo y por tanto, a valorar a la hora de decidir sobre su continuidad, por no haberse superado la situación de desequilibrio.

En el segundo apartado, de nuevo con fundamento en los *artículos 90 y 97 CC* , se aduce la existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina de esta Sala, sobre la posibilidad de fijar la **pensión compensatoria** con carácter temporal, en la medida que, a su juicio, no se habían alterado sustancialmente las circunstancias -especialmente las económicas de uno y otro cónyuge- determinantes del desequilibrio que sirvieron de base para acordarla, encontrándose la esposa, por su enfermedad, incluso en peor situación a la hora de acceder al mercado laboral que la que entonces se previó para fijarla sin límite temporal. Se discute expresamente que pueda condicionarse el percibo de la **pensión** a que el beneficiario haga oposiciones o curse estudios.

El motivo en su conjunto debe ser desestimado.

TERCERO.- Imposibilidad de revisar los hechos probados en casación

El régimen de recursos extraordinarios establecido en los *artículos 468 y 469 y DF 16.ª* LEC establece la separación entre las cuestiones procesales y las sustantivas (SSTS de 16 de marzo de 2010 [RC n.º 504/2006]; 22 de marzo de 2010 [RC n.º 364/2007]; 5 de mayo de 2010 [RC n.º 556/2006]; 5 de mayo de 2010, [RC n.º 699/2005]; 14 de marzo de 2011 [RC n.º 1970/2006]) de manera que estas, consistentes en la infracción de las normas civiles y mercantiles, son las únicas que se pueden plantear en el recurso de casación, cuya función se contrae a contrastar la correcta aplicación de dicha norma sustantiva al supuesto fáctico declarado probado (SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 2051/2006], 28 de julio de 2010 [RC n.º 1688/2006], 29 de junio de 2010 [RC n.º 871/2006], 1 de febrero de 2010 [RC n.º 191/2007] y 14 de marzo de 2011 [RC n.º 1970/2006]), sin que puedan combatirse en casación los hechos fijados por el tribunal de instancia en su función de valoración de la prueba, por estar esto reservado al recurso extraordinario por infracción procesal poniendo de manifiesto la infracción de alguna regla legal o la concurrencia de arbitrariedad o de una manifiesta falta de razonabilidad en la valoración que se ha llevado a cabo (SSTS 20 de mayo de 2008 [RC n.º 1394/2001]; 6 de noviembre de 2008 [RC n.º 332/2004]; ambas citadas por la STS 25 de marzo de 2010 [RC n.º 1262/2004]). En suma, dado que la casación no es una tercera instancia, no es posible plantear mediante el recurso de casación temas relativos al juicio de hecho, como son los errores en la valoración de la prueba, siendo también inaceptables todas las apreciaciones de la parte recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaraciones de hecho efectuadas en la resolución recurrida (SSTS 18 de junio de 2009 [RC n.º 2775/2004], 5 de mayo de 2010 [RC n.º 556/2006] y 14 de marzo de 2011 [RC n.º 1970/2006], entre otras muchas).

CUARTO.- Temporalidad de la **pensión compensatoria.**

La posibilidad de establecer la **pensión compensatoria** con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 17 de octubre de 2008 [RC n.º 531/2005 y RC n.º 2650/2003], 21 de noviembre de 2008 [RC n.º 411/2004], 29 de septiembre de 2009 [RC n.º 1722/2007], 28 de abril de 2010 [RC n.º 707/2006], 29 de septiembre de 2010 [RC n.º 1722/2007], 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007] y 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008]) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero de 2005 y 28 de abril de 2005 , como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2.005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al *artículo 97 CC* , estableciendo que la compensación podrá consistir en una **pensión** temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Según esta doctrina, 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 restaurar 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 n.º 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007] y 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008], 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.

En la misma línea, las SSTs de 9 y 17 de octubre de 2008 [RC n.º 516/2005 y RC n.º 531/2005], mencionadas por las más recientes de 28 de abril de 2010 [RC n.º 707/2006] y 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007]), afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la **pensión**, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la **pensión** como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio pronóstico 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 apuntados por la jurisprudencia.

QUINTO.- Aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado .

El expresado sentido y alcance de la doctrina antes mencionada determinan que deba rechazarse el motivo por las razones siguientes:

El planteamiento del recurso parte de una serie de razonamientos, empleados tanto por la sentencia de apelación recaída en el previo pleito de divorcio (FD Séptimo), como después por la propia sentencia recurrida, que no se comparten. En particular se discrepa de la posición de aquella, partidaria de admitir la posibilidad de fijar límites temporales a la **pensión compensatoria** y de negar al mismo tiempo que cupiera fijar un plazo a priori, y, también se discrepa de la decisión de la sentencia recurrida, de considerar que la fijación apriorística de un plazo de tres años, como hizo el Juzgado, no era contraria al contenido o espíritu de su anterior sentencia). Estos razonamientos llevan a la parte recurrente a considerar que la sentencia de apelación dictada en el juicio de divorcio, al fijar con carácter definitivo la **pensión compensatoria** a percibir por la esposa, lo hizo con carácter vitalicio, cuando por el contrario, como acertadamente declara la sentencia recurrida (FD 1º) pese a su confusa redacción, de los propios términos de su fundamentación jurídica no se desprende tal cosa sino que se condicionó el percibo de la **pensión** a partir del quinto año a la prueba de la subsistencia de la situación de desequilibrio inicial, por causa no imputable a la propia desidia o pasividad de la esposa en la búsqueda y obtención de empleo, decisión que trasluce su contemplación como algo temporal en vez de como algo definitivo.

Esta circunstancia posibilitó, con ocasión del presente pleito de modificación de medidas, que tanto el Juzgado como luego la AP, examinaran nuevamente los presupuestos de la **pensión**, y que decidieran, no su extinción automática por el transcurso del tiempo, como se sostiene (en contra de lo expresamente dicho por la AP, FD Segundo, último párrafo), sino su concesión por el plazo que, a priori, se consideraba suficiente para que la esposa superara la situación de desequilibrio que la motivó, medida a medio camino entre lo solicitado por el ex marido demandante (extinción o limitación a un año), que el órgano judicial justificó valorando que ese nuevo plazo de tres años, sumado al anterior de cinco que habían transcurrido al dictarse sentencia en primera instancia, suponían un tiempo más que suficiente para que pudiera desenvolverse de forma autónoma.

Por otra parte, y enlazando con la infracción denunciada en el segundo apartado del motivo, en que se cuestiona la fijación de un límite temporal por supuesta vulneración de la doctrina de esta Sala sobre la materia, hay que afirmar que la decisión de la AP, favorable esa temporalidad de la **pensión**, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, construido con criterios de prudencia y ponderación, sobre la posibilidad real que tenía entonces la actora de superar en tal espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquella le generó la ruptura, y sustentado en los factores concurrentes previstos en el artículo 97 CC , que previamente le sirvieron para justificar su procedencia, todo lo cual impide su revisión en casación, y con menor motivo, cuando el pronóstico de la recurrente sobre el tiempo necesario para superar el desequilibrio inicial se apoya en sus propias conclusiones de índole fáctico. Por tanto, la Sala considera acertada la decisión al respecto de la AP, que, para su fijación temporal, comenzó valorando y reputaron subsistentes las circunstancias o factores que determinaron que se tuviera por existente el desequilibrio en el anterior juicio de divorcio, entre ellos, la duración del matrimonio (desde noviembre de 1989), la dedicación de la esposa a la familia, su edad (nació el 13 de diciembre de 1961, 41 años a fecha de la ruptura, si se tiene en cuenta que la demanda de divorcio es de abril de 2002) y su cualificación profesional; siendo la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le

permitiera alcanzar una situación de independencia económica (en este sentido, la AP considera que el empeño e interés de la esposa en eliminar el desequilibrio no tuvo la intensidad que se requería para justificar que el mantenimiento del mismo no podía imputarse a su conducta, y confirmó las apreciaciones del Juzgado que en esta línea, valoró negativamente que se limitara a estar inscrita en el INEM, renunciando a tomar una actitud activa, que en buena lógica, podía ser más efectiva en orden a la obtención de un puesto de trabajo, por ejemplo, mediante el envío de currículos a empresas demandantes de empleo) lo que aconsejó que se limitara a tres años la **pensión**, al considerar ambos órganos judiciales, con acierto, que en la tesitura en que se encontraba la beneficiaria, era un plazo más que suficiente para conseguir un trabajo, no siendo jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la **pensión** las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso al mismo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención.

Finalmente, en cuanto a la toma en consideración de la enfermedad sobrevenida a la esposa, basta decir para rechazar los argumentos de la parte recurrente, que estos se apoyan en sus propias conclusiones de orden fáctico, las cuales discurren al margen de los hechos probados de la sentencia recurrida, toda vez que insiste en la incidencia de su enfermedad en su estado de salud y, consecuentemente, en una mayor dificultad de acceso al empleo, cuando la sentencia recurrida, por el contrario, se refiere con toda claridad a la ausencia de prueba concluyente en orden a ilustrar sobre el tratamiento, las posibles secuelas, sus consecuencias en la vida diaria, y, lógicamente, sobre la incidencia de dicha enfermedad en las posibilidades reales de acceder al empleo que, a priori, con arreglo al resto de factores, cabía atribuir a la esposa, y que llevaron a considerar como adecuado un plazo de tres años para superar la situación de desequilibrio inicial.

Por todo ello, la decisión de la AP, perfectamente razonada, se ajusta a los parámetros de prudencia y ponderación a los que se hizo referencia, por lo que la concesión sin carácter vitalicio, limitada a tres años, a sumar a los cinco ya percibidos, debe ser respetada en casación, sin que frente a dichos razonamientos puedan prosperar unos argumentos de impugnación de los que meramente se desprende la disconformidad de la recurrente con el reseñado juicio prospectivo y sus consecuencias, ya que la mera disconformidad con el señalamiento de un límite temporal a su percepción o con el plazo que se ha calculado suficiente para que cumpla su fin, no equivale a entender que dicho cálculo fue ilógico o irracional, ni que se sustentó en parámetros distintos de los previstos legal y jurisprudencialmente, y con menor motivo en un caso en el que, más allá de la constatada actitud de la esposa, el plazo total fijado equivale a casi dos terceras partes de la duración del vínculo matrimonial y cuyo aumento solo tendría razón de ser de concebirse la **pensión compensatoria** como algo que no es, esto es, como instrumento de nivelación patrimonial, o que responde a situaciones de necesidad.

SEXTO.- Desestimación del recurso y costas.

Al no encontrarse fundado el recurso, procede su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente, por aplicación del *artículo 398.1 LEC*, en relación con el *artículo 394 LEC*.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Noemi, contra la sentencia de 25 de mayo de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 155/09, por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, dimanante de autos de modificación de medidas n.º 688/08, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba, cuyo fallo dice:

»Fallamos:

»Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la procuradora Sra. Bajo Herrera, en nombre y representación que ostenta de Don Jorge, y por el procurador Sr. Bergillos Madrid, en representación de Doña Noemi, contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2008, dictada en los autos de Juicio de Modificación de Medidas núm. 688/08 por la Il.ª Sra. Magistrada-Jefe de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba, y, en consecuencia, confirmamos la aludida resolución; con expresa condena a cada una de aquellas partes de las costas derivadas del recurso».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Rios**, Xavier O'Callaghan Muñoz, Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Roman Garcia Varela. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Rios**, 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.