

Roj: STS 1227/2014

Id Cendoj: 28079110012014100142

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 201/2012

Nº de Resolución: 106/2014

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio 731/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alcobendas, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Nicolas , la procuradora doña Concepción Hoyos Moliner. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Paloma Thomas de Carranza y Mendez de Vigo, en nombre y representación de doña Zaida . Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** La procuradora doña Paloma Sánchez Oliva, en nombre y representación de doña Zaida interpuso demanda de juicio de separación matrimonial, contra don Nicolas y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia otorgando la separación conyugal por tiempo indefinido del matrimonio formado por DOÑA Zaida y DON Nicolas , por concurrir la causa segunda del artículo 81 del Código Civil , adoptando además las siguientes medidas derivadas de dicha separación conyugal:

1. Declaración relativa a la disolución de la sociedad de gananciales.

2. Asignar a DONA Zaida , la guarda y custodia de las hijas menores de edad, Joaquina y Noemi , a las que se asignará el uso de la vivienda familiar (de carácter ganancial) sita en la CALLE000 nº NUM000 -Cod. Postal 28109 ALCOBENDAS (Madrid).

La esposa custodia de las menores, se hará cargo en exclusiva de los gastos que se ocasionen en relación con la que ha venido constituyendo hasta ahora la vivienda familiar, excepción de los gastos íntegros de Comunidad de Propietarios, seguro del hogar, IBI, demás impuestos o tributos e hipoteca que grava la vivienda que se abonaran conjuntamente al 50% por ambos progenitores, mientras no se liquide la sociedad de gananciales disuelta.

Las menores de edad, Joaquina y Noemi quedarán sujetas a patria potestad de ambos progenitores

DON Nicolas , deberá abandonar definitivamente (ya lo hizo provisionalmente el día 3 de septiembre de 2007) el domicilio que ha sido familiar hasta éste momento, al ser asignada la guarda y custodia de sus hijas menores de edad a su esposa y copropietaria de la que ha sido vivienda familiar, pudiendo sacar del mismo, previo inventario, sus pertenencias y enseres personales que no haya retirado con anterioridad, quedando debidamente inventariado el ajuar domestico en el domicilio familiar para uso y disfrute de las hijas menores de edad.

Dejar al mutuo entendimiento entre ambos progenitores de las menores de edad, Joaquina y Noemi el régimen de visitas y comunicación con el progenitor no custodio, estableciendo en defecto de acuerdo, que durante los períodos no vacacionales, cada progenitor tendrá a sus hijos consigo un fin de semana alterno, entendiéndose como fin de semana, desde el sábado por la mañana a las 10,00 horas, hasta el Domingo a las 20,00 horas, debiendo recoger y devolver a las menores en el domicilio familiar asignado a las mismas, si

bien, respecto de la hija mayor, dicho régimen deberá flexibilizarse especialmente en atención a su próxima a la mayoría de edad.

Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un "puente" por la institución donde cursen sus estudios las hijas, se considerará éste período agregado al fin de semana y, en consecuencia, corresponderá la estancia de las menores de edad Joaquina y/o Noemi con el progenitor que disfrute de su compañía el repetido fin de semana.

En las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano el progenitor no custodio, salvo pacto contrario de los progenitores en interés de los menores, podrá tener consigo a sus hijas menores de edad, Joaquina y Noemi la mitad de las mismas, correspondiendo la elección de tales períodos al cónyuge no custodio los años pares y al otro los impares.

El Progenitor no custodio habrá de pagar como alimentos a favor de cada una de las hijas, en concepto de alimentos la cantidad de 1.350,00 euros mensuales (por ambas hijas, 2.700 euros mes) pagaderos por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente numero NUM001 de Caja Madrid, Sucursal de la Avenida de la Arboleda nº 16, de El Escorial (C 28280) o cuenta corriente o libreta de ahorro, que al efecto designe por escrito y con posterioridad el receptor de las pensiones.

En cualquier caso, la cantidad fijada por alimentos se actualizará anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimente durante los doce meses inmediatos anteriores el índice de precios al consumo (según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya).

Los gastos extraordinarios que sea preciso realizar en el sostenimiento, cuidado y educación de las menores, y especialmente las prótesis dentales, auditivas, intervenciones quirúrgicas, largas enfermedades, actividades extraescolares, libros, uniformes, etc., serán soportados por partes iguales por ambos progenitores.

Corresponde resolver que DON Nicolas satisfaga a la demandante doña Zaida, hasta que ésta alcance la edad legal de jubilación, la cantidad de TRES MIL EUROS MENSUALES (3.000,00 #) que habrán de incrementarse en otros TRES MIL EUROS MENSUALES (3.000 #) en caso de que la Sociedad INNOVACION DESARROLLO Y TRANSPARENCIA DE TECNOLOGIA S.A. con C.I.F A-41725748 que controla el esposo y abona los ingresos de DOÑA Zaida resolviera su contrato o por cualquier motivo disminuyera o cesara en el pago de su retribución, todo ello en concepto de pensión compensatoria teniendo en cuenta que se produce desequilibrio económico a favor de aquel.

Las costas del presente juicio deben serle impuestas a la parte demandada si se opusiera a la misma.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

**2.-** El procurador don Francisco Romares Ayala, en nombre y representación de don Nicolas, contestó a la demanda y formulo reconvenición y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que se acuerde las siguientes Medidas Definitivas:

1. La Disolución por Divorcio del matrimonio formado por. D. Nicolas y doña Zaida, quedando liberados los cónyuges mutuamente de la obligación de convivencia, a tales efectos podrán fijar domicilios independientes sin que ello constituya supuesto de abandono de familia.

2. Patria Potestad. Será compartida por ambos cónyuges, debiendo tomar de común acuerdo todas aquellas decisiones de importancia en la vida de las menores.

3. Guarda y Custodia de las menores. Debe ser compartida en periodos sucesivos por cursos escolares, comenzando el primer periodo en septiembre de cada año y finalizando en agosto del año siguiente. Asignándola a la madre los años pares y al padre los años impares.

Este régimen de guarda y custodia se considera necesario en interés menores debido a su diferencia de edad y a la conveniencia de no separar a las hermanas.

4. La atribución del uso del domicilio conyugal sito en Alcobendas CALLE000 NUM000 (C.P. 28109) y del ajuar doméstico a las menores junto con el progenitor que ostente la guarda y custodia por periodos

anuales, pudiendo el progenitor que no sea custodio durante el primer periodo retirar del domicilio conyugal, si aún no lo hubiere efectuado, todos sus enseres persona uso propio.

5. Alimentos. El progenitor o custodio deberá contribuir con 1.000,00 mes para ambas hija (500 # por cada una). En relación con este punto parece desproporcionada la cantidad cifrada de contrario en 1.500,00 # mensuales por cada uno de los menores, si se tienen en cuenta los gastos de colegios y ordinarios de ambos menores la prestación solicitada de contrario es desproporcionada para los ingresos de mi representado. Parece más apropiado a las necesidades reales de los hijos y a las posibilidades del progenitor que venga obligado a la prestación de alimentos fijar estas en la de 500,00 #mes por cada uno de los menores y por doce mensualidades.

6. Régimen de visitas. Se establece para el progenitor no custodio un amplio y flexible régimen de visitas, por lo que podrá visitar a las menores, comunicar telefónicamente con ellas y tenerlas en su compañía libremente cuantas veces lo desee, siempre que no perturbe sus horarios escolares y de descanso, ni el régimen de vida cotidiano ni su intimidad.

Para el supuesto de que no pueda llegarse a un acuerdo sobre el régimen de visitas flexible, se solicita del órgano jurisdiccional que, con carácter mínimo, se fije el siguiente:

1°- Fines de semana alternos. Desde las 18.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo. Cuando el fin de semana coincida con un día festivo, este también se incluirá en el régimen de visitas.

2°- Entre la semana. Podrá tener en su compañía a las menores, durante dos tardes a la semana que, en defecto de acuerdo, será las de martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas.

3°- La mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa. Que a. estos efectos, se entienden divididas en dos períodos:

La elección corresponde al padre en los años impares y a la madre los pares.

4°- En las vacaciones de verano. Cada progenitor podrá tener en su compañía a las menores, al menos, el 50% de las mismas, dentro de los meses de julio a septiembre, coincidentes con el período vacacional. Se procurará que las estancias en las vacaciones de verano con cada uno de los progenitores coincidan con los períodos de vacaciones laborales de éstos.

Para el supuesto de coincidencia de las vacaciones de ambas partes, o en los supuestos de discrepancia, esta parte elegirá los períodos de permanencia de la menor en su compañía en las vacaciones de verano en los años impares y la madre en los pares, lo que deberá notificarse mutuamente antes del 15 de junio de cada año.

7° Gastos extraordinarios de las hijas, serán abonados al 50% por ambos progenitores, entendiéndose por tales aquellas prestaciones sanitarias no cubiertas por el sistema público de seguridad social y en su caso, los extraescolares que acuerden ambos progenitores.

8° Nada que objetar sobre el régimen económico del matrimonio.

9° No procede acordar pensión compensatoria para doña Zaida , al no reunir los requisitos que para dicha pensión establece el art. 97 del Código Civil .

La procuradora de doña Paloma Sánchez Oliva, en nombre y representación de doña Zaida , contestó a la reconvencción oponiéndose a los hechos y fundamentos de derecho que considero de aplicación y terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que estimando en parte y por imperativo legal la demanda reconvencción de divorcio.

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alcobendas, dictó sentencia con fecha seis de abril de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que ESTIMANDO como estimo la demanda formulada por doña Zaida , representada por la Procuradora Sra. Sánchez Oliva, contra D. Nicolas , representado por el Procurador Sr. Pomares Ayala, y ESTIMANDO la demanda reconvencción ejercitada por este en cuanto a la acción de divorcio, debo DECLARAR Y DECLARO DISUELTO por DIVORCIO el matrimonio formado por los cónyuges citados, celebrado en Leioa (Vizcaya), el día 23 de julio de 1988, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración, incluida la revocación de todos los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, y el cese de la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, y en especial las siguientes medidas complementarias:*

1.- La disolución del régimen económico matrimonial, si procediere, cuya liquidación podrá solicitarse por cualquiera de las partes en el procedimiento correspondiente.

2.- La atribución de la GUARDA Y CUSTODIA de la hija menor de edad del matrimonio a la madre, manteniéndose la titularidad y el ejercicio conjuntos de la patria potestad de forma que los progenitores habrán de actuar de consuno en todas aquellas cuestiones relevantes para la formación, desarrollo integral y prevención de la menor, absteniéndose de adoptar decisiones unilaterales que perjudiquen el interés prioritario de la hija.

3. - El padre podrá estar con su hija menor de edad y tenerla en su compañía, con el carácter de mínimos, y a falta de otros acuerdos que puedan alcanzar los progenitores, conforme al siguiente REGIMEN DE VISITAS:

3.1. Fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio, donde deberá ser recogida por el padre, o persona de la confianza de este, hasta el lunes a la entrada del centro escolar, donde deberá reintegrarla el padre, o persona de la confianza de este. Los progenitores habrán de cuidar de que los traslados se hagan en la forma menos traumática posible para la menor.

3.2. Los lunes o viernes festivos y los "puentes" que estén unidos al fin de semana que el padre tenga visitas con sus hijos, los menores permanecerán con el padre los días no lectivos alargándose la estancia con el mismo durante esos días. En el caso de que el viernes en que el padre pueda estar con la hija sea festivo el régimen se iniciará el jueves anterior a la salida del colegio de la menor, donde deberán ser recogida por el padre, o persona de la confianza de este. Si la festividad fuera lunes, o días posteriores, la menor será reintegrada el primer día lectivo en el centro escolar.

3.3. Una tarde entre semana, a falta de acuerdo, la de los miércoles, desde la salida del centro escolar de la menor, donde deberá ser recogida por el padre, o persona de la confianza de este, hasta las 20:00 horas, en que el padre, o persona de su confianza, deberá reintegrarla en el domicilio familiar.

3.4. La mitad de las vacaciones de Navidad conforme a los siguientes periodos: a) desde las 10:00 horas del primer día de vacaciones escolares hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre, y b) desde las 20:05 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del i día de vacaciones escolares, correspondiendo a falta de acuerdo el primer periodo al padre los años impares y a la madre los pares, y, debiendo ser recogida y entregada la menor en el domicilio materno por el padre, o persona de la confianza de este. La elección del periodo deberá realizarse de forma fehaciente con, al menos, un mes de antelación.

3.5. La mitad de las vacaciones de Semana Santa conforme a los siguientes periodos: a) desde las 10:00 horas del primer día de las vacaciones escolares, hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo, y b) desde las 20:05 horas del Miércoles Santo hasta las 20:00 horas del último día de vacaciones escolares, correspondiendo a falta de acuerdo el primer periodo al padre los años impares y a la madre los pares, y debiendo ser recogida y entregada la menor en el domicilio materno por el padre, o persona de la confianza de este. La elección del periodo deberá realizarse de forma fehaciente con, al menos, un mes de antelación.

3.6. La mitad de las vacaciones escolares de verano, iniciándose el periodo a las 10:00 horas del primer día de vacaciones escolares, y concluyendo el último día de vacaciones, a las 20:00 horas. A falta de acuerdo, corresponderá el primer periodo al padre los años impares y a la madre los pares. La menor deberá ser recogida y entregada en el domicilio materno por el padre, o persona de la confianza de este. La elección del periodo deberá comunicarse al otro progenitor de forma fehaciente al menos con un mes de antelación al del inicio del mismo.

Durante los periodos vacacionales se interrumpen las visitas los fines de semana.

3.7. La menor pasarán con el padre el Día del Padre y con la madre el Día de la Madre. Si este día, siempre domingo, correspondiera, a un fin de semana en el que la menor debiera estar en compañía del padre, será reintegrado en el domicilio materno a las 17:00 horas de ese domingo, concluyendo a esa hora la visita de ese fin de semana. Si el día del padre fuera festivo la menor permanecerá con el padre desde las 12:00 horas hasta las 20:00 horas, debiendo ser recogida y entregada en el domicilio de la madre. Si el día del padre fuera lectivo, la menor serán recogida por el padre, o persona de su confianza, en el centro escolar, y deberá ser reintegrada en el domicilio de la madre a las 20:00 horas.

3.8. Las festividades escolares de la hija, religiosas, deportivas, entregas de diplomas..., serán compartidas por ambos progenitores. También compartirán el día del cumpleaños de la hija. En este último caso, en caso de dificultad para pasar juntos los días del aniversario, el progenitor a quien no correspondiera

estar con la menor ese día pasará con ella, al menos, tres horas, las cuales, a falta de acuerdo, serán desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.

Los padres deberán facilitar la comunicación de la menor con el otro cuando estén disfrutando de su compañía, teniendo siempre en cuenta el prioritario interés de la hija, sus horarios y el desarrollo cotidiano de su vida. Para el mejor disfrute de este derecho cada progenitor deberá facilitar al otro la dirección y teléfono en que la menor va a permanecer durante las vacaciones o el fin de semana, facilitando el contacto telefónico con ella.

Los progenitores deberán informarse puntualmente de las actividades educacionales, extraescolares, escolares, deportivas y sobre cualquier tema de salud y sanitario de la menor, así como de cualquier otra incidencia relevante respecto de la misma, debiendo adoptarse todas las decisiones relevantes respecto de la hija con el conocimiento y consentimiento de ambos progenitores, o, en su defecto, mediante acuerdo judicial.

4.- En concepto de pensión de ALIMENTOS en favor de las hijas el padre abonará la cantidad mensual de OCHOCIENTOS CINCUENTA (850) euros para cada una de las hijas. Dicha cantidad se abonará en doce mensualidades, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que indique la madre, sin que sea admisible otra forma de pago, y se actualizará, sin necesidad de requerimiento previo, cada primero de año, en la misma variación que experimente el Índice de Precios al Consumo del ejercicio anterior aprobado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. Al tener encomendada la madre la guarda y custodia de la menor será ella quien administre sus necesidades, como también administrará las necesidades de la hija mayor de edad, hasta que alcance independencia económica.

Los gastos extraordinarios -educativos (como son: las actividades extraescolares, las clases de apoyo al estudio, los campamentos estacionales, la ruta escolar, la ampliación de horario...., y no lo son: la matrícula del colegio, ni el material o libros escolares, la escolaridad ordinaria, el comedor, los uniformes..., que forman parte de la pensión de alimentos), médicos no cubiertos por la Sanidad Pública, farmacéuticos, oftalmológicos, odontológicos (ortodoncias...) o de otro tipo- terapias, asistencia psicológica.. - serán satisfechos al 50% por cada progenitor, previa notificación al otro de la causa que lo motiva y acuerdo con este, salvo supuestos de urgencia, o, en su defecto, autorización judicial.

5.- Se atribuye a las hijas del matrimonio, y a la madre bajo cuya custodia queda la hija menor de edad, el USO Y DISFRUTE del d familiar, con el ajuar y enseres domésticos que en ella existan, del que se hará inventario, y pudiendo retirar el esposo, si no lo ha hecho ya, y previo inventario, sus enseres y objetos de uso personal.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

**SEGUNDO .-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Zaida , la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 15 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación por Doña Zaida contra la Sentencia dictada en fecha 6 de abril de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Alcobendas , en autos de divorcio seguidos, bajo el nº 731/07, entre dicha litigante y Don Nicolas , debemos revocar y revocamos la resolución impugnada en el sentido de reconocer a Doña Zaida el derecho compensatorio sin cuantificación económica en este, procedimiento de divorcio, quedando, por lo tanto en suspenso dicha efectividad y que podrá determinarse y concretarse, en su caso, cuando se den las con y circunstancias para ello, en los términos que han quedado señalados en esta resolución , y conforme a lo dispuesto y previsto en los artículos 100 y 101 del CC .

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

**TERCERO .-** Contra la expresada sentencia **interpuso recurso de casación** la representación procesal de don Nicolas , con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Infracción de preceptos legales por interpretación y aplicación indebida del art. 97 del Código Civil . **SEGUNDO.-** Vulneración del derecho de tutela del art. 24 de la C.E . El contenido casacional de este recurso se pone de manifiesto en el fundamento de Derecho segundo, párrafo último de la sentencia que se recurre, donde el Organo Jurisdiccional señala que con carácter excepcional reconoce formalmente un derecho compensatorio sin cuantificación dineraria.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de mayo de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Paloma Thomas de Carranza Mendez de Vigo, en nombre y representación de doña Zaida , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso de casación interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de febrero del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial, que revocó la del Juzgado para conceder la pensión compensatoria que se había denegado, en los siguientes términos: *"reconocer a Doña Zaida el derecho compensatorio sin cuantificación económica en este procedimiento de divorcio, quedando, por lo tanto, en suspenso dicha efectividad y que podrá determinarse y concretarse, en su caso, cuando se den las condiciones y circunstancias para ello, en los términos que han quedado señalados en esta resolución, y conforme a lo dispuesto y previsto en los artículos 100 y 101 del CC "*.

Dicho pronunciamiento se argumenta de la siguiente forma: No se acredita *" que exista hoy por hoy el desequilibrio entre la posición económica de uno y otro litigante"*, ahora bien, sigue diciendo , *"sus ingresos proceden directamente de la entidad societaria de la que forma parte el interesado en calidad de miembro de sus órganos de Administración o apoderados, por lo que las capacidades, facultades o actividades del mismo pueden interferir de forma directa o indirecta en el desenvolvimiento del trabajo de Doña Zaida , en su continuación, suspensión o finalización de aquella prestación de servicios o funciones desarrolladas por la ahora recurrente"* , relación de la que deduce que, dada la manifiesta y evidente vinculación del esposo con la estructura empresarial y el poder de disposición en la gestión y administración societaria, control o fiscalización de la actividad laboral de la esposa, con prestación de servicios para la empresa y las notas que caracterizan a la relación laboral de ajenidad, dependencia y retribución *"es preciso establecer un mecanismo garantizador de la posición que en la actualidad ostenta la misma y que le impide -en este momento- ver reconocida la pensión compensatoria que por ella se reclama"*, de manera que si la esposa se queda sin trabajo o funciones en dicha estructura empresarial por causas ajenas a su voluntad, o no previstas en el estatuto de los trabajadores como despido, o no se incorpora a un nuevo destino laboral por interés o iniciativa de la interesada, o circunstancias similares o equiparables *"podrá, en determinados supuestos, articularse un procedimiento para el cambio o modificación de medidas, y en el que nuevamente se valoren y sopesen las circunstancias personales y, o económicas de los interesados (existencia o no de indemnizaciones, prestaciones por desempleo, ingresos o recursos de otra índole etc..), a fin de calibrar, ajustadamente, si se da o no, en ese supuesto, la existencia del desequilibrio económico, que ahora se rechaza"*.

Don Nicolas formula recurso de casación por interpretación y aplicación indebida del artículo 97 del Código Civil , por cuanto se opone a la doctrina de esta Sala recogida, entre otras, en las sentencias de 25 de abril de 2005 y 19 de octubre de 2011 , sobre la finalidad de la pensión compensatoria, así como por vulneración del derecho a la tutela de los artículos 24 y 14 de la CE , al establecer una desigualdad ante la Ley en circunstancias idénticas.

**SEGUNDO.** -Se estima el recurso. La STS de 22 junio de 2011 , que cita la de 19 de octubre del mismo año , resume la doctrina de esta Sala relativa la naturaleza de la pensión compensatoria. El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que *"(...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y "Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge"*. Se añade que *"En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia"*.

La sentencia recurrida niega que exista desequilibrio económico que fundamenta la pensión compensatoria y sin embargo concede a la esposa de una forma preventiva o condicionada una pensión compensatoria de futuro sin cuantificación económica en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su esposo tras la ruptura matrimonial, lo que no solo no está previsto en el artículo 97 del Código Civil, sino que contradice la jurisprudencia de esta Sala. Es cierto que la esposa puede quedarse sin trabajo, pero también lo es que puede encontrar un nuevo empleo, y que la sociedad de su marido puede verse también afectada por la crisis económica, colocándole en una situación de desempleo. Situaciones indeseadas pero reales que obligarían a replantear la situación conyugal en unas condiciones distintas. Si ello ocurriera, dice la sentencia de 19 de octubre de 2011, dejando aparte las compensaciones laborales a que en este caso tendría derecho la esposa, el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior. *"El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial"*. A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables.

**TERCERO.-** La estimación del recurso de casación formulado determina que se case y anule la sentencia recurrida en el sentido de dejar sin efecto la pensión compensatoria concedida a doña Zaida. Se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial.

No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes.

Se imponen las costas del recurso de apelación a la recurrente D<sup>a</sup> Zaida.

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

## FALLAMOS

**1º** Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Nicolas contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 22- de 15 de noviembre 2011, dictada en el rollo de apelación num. 473/201, y se casa y anula en el sentido de dejar sin efecto la pensión compensatoria concedida a doña Zaida, manteniendo en su integridad la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Alcobendas.

**2º** Se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial.

**3º** No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes

**4º** Se imponen las costas del recurso de apelación a la recurrente doña Zaida.

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

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