



Roj: **STS 3534/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3534**

Id Cendoj: **28079110012017100519**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **4130/2016**

Nº de Resolución: **553/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 11 de octubre de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio n.º 904/2013 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Valdemoro, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Cosme , representado ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña Teresa Castro Rodríguez; siendo parte recurrida doña Magdalena , representada por el procurador de los Tribunales don Domingo Lago Pato. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.º-** La procuradora doña Belén Sierra Recas, en nombre y representación de don Cosme , interpuso demanda de juicio sobre divorcio, contra doña Magdalena y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«PRIMERO.- Que se decrete el divorcio de los esposos.

»SEGUNDO.- Que la guarda y custodia de la hija menor Teodora sea atribuida a la esposa, Dª Magdalena , ostentando ambos progenitores la patria potestad compartida.

»TERCERO.- No procede la fijación de un régimen de visitas, por lo que se relacionará con el padre libremente y conforme a su voluntad. No obstante, atendiendo al hecho de que la hija menor, Teodora , aún cuenta con 13 años, solicitamos se fije el siguiente régimen subsidiario:

»Fines de semana alternos: El padre podrá disfrutar de la compañía de su hija los fines de semana alternos desde el viernes que recogerá a su hija en el domicilio materno a las 21:00 horas hasta el domingo a las 21:00 horas en que deberá ser reintegrada en el domicilio materno.

»Navidad: El primer periodo dará comienzo a las 18:00 horas del día 24 de diciembre hasta las 20,00 horas del día 30 de diciembre. El segundo periodo abarcará desde las 20,00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20,00 horas del día 6 de enero. En

caso de desacuerdo en la elección de los periodos, corresponderá a la madre elegir en los años impares y al padre en los años pares.

»Verano: Las vacaciones escolares de verano comprenderán los meses de julio y agosto y serán repartidas por mitad, bien por periodos no consecutivos de 15 días o bien de manera seguida, debiendo elegir, en caso de desacuerdo, la madre en los años impares y el padre en los años pares.

»CUARTO.- El uso y disfrute del domicilio familiar sito en la CALLE000 n.º NUM000 , Torrejón de la Calzada (28991 -Madrid-) y que se encuentra libre de cargas, deberá ser atribuido a las hijas en compañía de la Sra. Magdalena , junto con los muebles y enseres que en el domicilio se encuentran hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, pudiendo retirar el esposo sus ropas y enseres personales fijando para ello el Juzgado día y hora para que pueda hacerlo.

»QUINTO.- El uso y disfrute del domicilio sito en la CALLE001 n.º NUM001 de Yeles (Toledo) deberá ser atribuido al Sr. Cosme , junto con los muebles y enseres que en el domicilio se encuentran hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

»SEXTO.- Que el esposo abone a la esposa la cantidad de SEISCIENTOS. EUROS MENSUALES (600 Euros) por ambas hijas, es decir, 300 € mensuales por hija por doce pagas, que deberá abonar el esposo dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la esposa designe.

»Dicha cantidad se verá incrementada anualmente conforme al índice de Precios al Consumo u Organismo que lo sustituya.

»Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de las hijas del matrimonio tales los gastos médicos, quirúrgicos o farmacéuticos, que no estén tos por la seguridad social, clases extraescolares, serán sufragados por mitad por uno de los esposos, previo consentimiento de ambos progenitores o autorización judicial.

»SÉPTIMO.- Que el esposo abonará el 100% del préstamo hipotecario que grava vivienda sita en Yeles hasta que la esposa obtenga ingresos, con derecho de reembolso. Es decir, las cuotas abonadas por el esposo serán incluidas en la liquidación gananciales como crédito del esposo pagador frente a la esposa por la mitad de la cuota hipotecaria

»OCTAVO.- El esposo abonará el resto de gastos de la segunda vivienda sita en Torrejón de Calzada y de la finca de Illescas hasta que la esposa obtenga ingresos, con derecho de reembolso. Es decir, los gastos abonados por el esposo serán incluidas en la liquidación de gananciales como crédito del esposo pagador frente a la esposa. En caso de que la segunda vivienda de Torrejón de la Calzada se alquilara, la renta se repartirá por mitad, descontados los gastos.

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

**3.º-** El procurador don Francisco Javier Gotor Invarato, en nombre y representación de doña Magdalena ,contestó a la demanda y formuló reconvencción y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acuerde: el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de mi mandante, por importe de 800 euros mensuales, que deberá ser abonada dentro de los cinco días de cada mes y actualizada anualmente conforme a las fluctuaciones que experimente el índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo publico o privado, que en el futuro le sustituya, todo ello, con expresa imposición de las costas causadas en esta reconvencción a la parte reconvenida.

**4.º-** La procuradora doña Belén Sierra Recas, en nombre y representación de don Cosme , contesto a la reconvencción y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día resolución por la que se desestime íntegramente la demanda reconvenccional, con expresa condena en costas a la parte demandante.



**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Valdemoro, dictó sentencia con fecha 4 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Doña. Belén Sierra Recas en nombre y representación de D. Cosme , contra Doña. Magdalena y la demanda reconventional interpuesta por el procurador don Francisco Javier Gotor Invarato en nombre y representación de Doña. Magdalena , contra D. Cosme , DEBO ACORDAR Y ACUERDO LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO de los cónyuges antes expresados, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y en particular.

- »1) Quedan revocados todos los poderes y consentimientos que los cónyuges se hubieran otorgado.
- »2) Se atribuye la guardia y custodia de la menor Paloma madre Doña. Magdalena , ejerciéndose por ambos cónyuges la patria potestad.
- »3) Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio de se establece un régimen de visitas de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta las 20 horas del domingo. Siendo el lugar de recogida y entrega de la menor el centro escolar o el domicilio materno. La mitad de las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano. En caso de discrepancia elegirá el padre en los años impares y la madre en los pares. El padre podrá comunicar con la menor cuantas veces estime pertinente, siempre que no perjudique sus estudios u horas de descanso.
- »4) Se establece de una pensión de alimentos de CUATROCIENTOS CINCUENTA EUROS (450 EUROS) mensuales, para cada una de las hijas del matrimonio Loreto y Teodora suma que D. Cosme debe abonar a la esposa en la cuanta designada al efecto, hasta que éstas alcancen la independencia económica. Los cónyuges abonaran al cincuenta por ciento los gastos extraordinarios, entre los que se incluyen los médicos o farmacéuticos.
- »5) Se atribuye a la esposa e hijas el uso y disfrute del domicilio familiar sito en la CALLE000 n° NUM000 de Torrejón de la Calzada.
- »6) Se establece una pensión compensatoria por importe de TRESCIENTOS EUROS (300 euros) mensuales que el Sr. Cosme deberá abonar a la Sra. Paloma durante el plazo de veinte años. Comuníquese esta sentencia, una vez que sea firme, a la Oficina del Registro Civil en que coste la Inscripción de matrimonio de los sujetos del pleito, librándose a tal fin el oportuno despacho».

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Cosme . La Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 16 de Julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Teresa de Jesús Castro Rodríguez, en nombre y representación de don Cosme y estimando parcialmente la impugnación planteada por el procurador Don Agustín Sanz Arroyo en nombre y representación de Doña Magdalena , contra la sentencia dictada en fecha 4 de mayo de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia n° 7 de Valdemoro , en autos de divorcio n° 904/13, seguidos entre las citadas partes, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el único sentido de reconocer a la esposa el derecho a la pensión compensatoria, con carácter indefinido, y en el importe de 550 € mensuales, y ello con efectos desde la sentencia de instancia, manteniendo los criterios de actualización señalados en dicha resolución. Se desestiman las demás pretensiones planteadas por las partes, y se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada, todo ello sin hacer declaración sobre condena en las costas ni en la impugnación. Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal, conforme a la Ley 1/09 de 30 de noviembre, disposición Adicional 15.ª punto 8 , con respecto al apelante, désele el destino legal y con respecto a la apelado-impugnante, devuélvasele por el Juzgado de Instancia.

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Cosme con apoyo en los siguientes Motivos: Primero.-Infracción por la resolución recurrida de los artículos 209 , 216 y 218 LEC por haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia al haber concedido algo distinto de lo pedido, lo cual también vulnera los artículos 24 y 120.3. de la CE y los artículos 91 , 97 , 100 y 101 del Código Civil . Segundo.- Se denuncia por el cauce del número 4 del artículo 469.1. LEC la infracción de la resolución recurrida del derecho a la tutela judicial efectiva conforme al art. 24.1. CE , en relación con los artículos 209. 3.º y 218.2. LEC y artículo 120.3. CE .

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos. Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.3. de la LEC , por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del **Tribunal Supremo** respecto



al art 97 del Código Civil relativa a la temporalidad de la pensión compensatoria: Sentencias de 14 de febrero de 2011 , de 27 de junio de 2012 , de 23 de enero de 2012 , de 23 de octubre de 2012 y de 5 septiembre de 2011 .

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 7 de junio de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Domingo Lago Pato, en nombre y representación de doña Magdalena , presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.** - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2017, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Cosme formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación, ambos dirigidos a impugnar, de una forma o de otra, el pronunciamiento de la sentencia que concede a su esposa, Doña Magdalena , el derecho a percibir una pensión compensatoria con carácter indefinido y no temporal de 3.300 euros al mes durante el plazo de un año a contar desde la sentencia de primera instancia.

La sentencia lo argumenta de la forma siguiente:

« (...) concurren todos los presupuestos que se exigen para reconocer el derecho a la pensión compensatoria, y con carácter indefinido, y por cuanto que resulta un tanto sorprendente reconocer tal derecho, según se resuelve la sentencia, durante tantos años, 20 años, y dado que se ha valorado que la esposa no ha trabajado, no tiene ingresos ni patrimonio, ha estado dedicada a la familia, no siendo de tener en consideración el argumento del recurrente cuando afirma que la esposa ha cotizado 4 años y 4 meses, de modo que no existe motivo alguno para limitar temporalmente tal derecho, ni tan siquiera los términos establecidos en la sentencia, y todo ello sin perjuicio de lo que se pueda resolver en el futuro, de conformidad con lo establecido en el artículo 100 y 101 del Código Civil .

»Por lo demás, no se accede a la pretensión planteada por la parte impugnante, en lo que se refiere al reconocimiento del derecho a la pensión compensatoria con carácter vitalicio, y puesto que para ello sería necesario previo acuerdo de las partes, siendo de tener en consideración cuanta doctrina y jurisprudencia se ha mencionado en la presente resolución.

»Atendiendo a las circunstancias laborales y económicas antes descritas, afectantes al esposo, y puesto que se considera que está percibiendo más ingresos de lo que indica, en su condición de director general de una sociedad y empresa, cuya propiedad ostenta su hermano, teniendo en cuenta el nivel económico y patrimonial antes descrito, generado única y exclusivamente con los ingresos de aquél, y puesto que la esposa no tiene medios ni ayuda económica de ningún tipo, es lo procedente estimar parcialmente el recurso, en lo que se refiere a la cuantía de la pensión compensatoria , que se fija en 550 € mensuales, y con efectos desde la sentencia de instancia».

Debe añadirse, por remisión a la sentencia del juzgado, que no modifica en este aspecto, que la esposa padece «una lumbalgia crónica».

**SEGUNDO.-** El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en dos motivos:

a) El primero, por infracción de los artículos 209 , 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia de la sentencia impugnada, pues se ha interesado una pensión compensatoria con carácter vitalicio y se establece con carácter indefinido, aun cuando no ha sido solicitado, «lo cual también vulnera los artículos 24 y 120.3 de la CE y los artículos 91 , 97 , 100 y 101 del Código Civil ».

b) El segundo se formula por infracción de los artículos 209.3 y 218.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto a la exigencia de motivación de la sentencia, con evidente error patente en la ponderación de los ingresos del marido, sin motivar de donde deduce que los ingresos son superiores y a cuanto ascienden, obligándole a pagar en diversos conceptos (pensiones alimenticias, compensatoria, hipoteca y gastos del patrimonio ganancial) la suma de 2.400 euros con carácter mensual.

Los dos se desestiman.

**1.-** La jurisprudencia viene exigiendo al recurrente claridad y precisión a la hora de concretar la infracción cometida (de índole procesal en el caso del recurso extraordinario por infracción procesal) sin que, por el contrario, pueda obligar a la Sala a averiguar donde se encuentra. De ahí que se vengán rechazando recursos



en los que se acumulan cuestiones de diversa naturaleza, procesales y sustantivas, o incluso, de la misma naturaleza, pero susceptibles de tratamiento separado (769/2013, 18 de diciembre, y las que en ella se citan).

**2.-** Se denuncia la infracción de diversas normas procesales, al amparo del n.º 4 del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre valoración probatoria, y no del n.º 2, por infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, entre ellas, la falta de congruencia o la infracción del deber de motivación.

**3.-** La pretensión revisora de la valoración probatoria, es únicamente admisible en caso de que se demuestre ilógica -error patente-, arbitraria o ilegal -infracción de norma tasada- la realizada en la instancia y debe encauzarse por la vía del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por vulneración del derecho fundamental del artículo 24 CE y ningún error patente se advierte en la valoración realizada en la sentencia al inferir que los ingresos del esposo son superiores a los que indica con base precisamente de esa lógica cuya falta se cuestiona en el motivo.

El recurrente, dice la sentencia:

«es director general de una empresa propiedad de su hermano, Desguaces la Torre SA y aporta nóminas que, con prorrateo, ascienden a algo más de 2.200 euros mensuales.

»Sin embargo hemos de analizar con detalle la situación patrimonial de la sociedad legal de gananciales, que tiene en propiedad la vivienda familiar, sita en Torrejón de la Calzada, sin cargas, así como la propiedad de otra vivienda, que ha estado alquilada, y otro inmueble en una localidad de la provincia de Toledo, que tiene la carga de una hipoteca, cuotas de 750 euros mensuales, una parcela en Illescas.

»Todos los gastos de dichos inmuebles, hipotecas, gastos de la propiedad, comunidad, etc. se han estado afrontando sin dificultad alguna por el esposo.

»Es claro que sobre la base de 2.200 euros mensuales, que dice percibir el esposo, y ofreciendo la pensión de alimentos en el importe de 600 euros, el pago de la hipoteca, y todos los gastos de la propiedad, así como 300 euros en concepto de pensión compensatoria, se concluye y se presume que, ciertamente, los ingresos del recurrente son superiores a los que indica, sin olvidar que según lo acordado en fase de medidas provisionales ha estado abonando 800 euros en concepto de pensión de alimentos».

**TERCERO.-** En recurso de casación reclama la temporalidad de la pensión compensatoria con base en el artículo 97 y en distintas sentencias tanto de esta Sala como de Audiencias Provinciales y denuncia que la sentencia no ha hecho el juicio prospectivo que debería haber hecho ya que no tiene en cuenta la real capacidad de desarrollo profesional y económico que tiene la esposa a corto plazo.

Las circunstancias que prevé el artículo 97 CC ó factores en él contemplados ( SSTS 14 de febrero 2011, Rc. 523/2008 ; 27 de junio 2011, Rc. 599/2009 ) 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 permitan fijar la cuantía de la pensión. 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, ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 febrero 2005, Rc. 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que, es ajena a lo que se ha denominado "futurismo o adivinación" ( sentencia 316/2015, de 2 de junio ); siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo 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.

Pues bien, la decisión de la Audiencia, contraría a esa temporalidad de la pensión, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente, teniendo en cuenta que la esposa no ha trabajado, que no tiene ingresos ni patrimonio, que ha estado dedicada a la familia (dos hijas: Loreto, nacida el NUM002 de 1994, y Teodora, nacida el NUM003 de 2000), y que tiene una lumbalgia crónica, y todo ello, como señala la sentencia, sin perjuicio de lo que se pueda resolver en el futuro, de conformidad con lo establecido en el artículo 100 y 101 del Código Civil.

**CUARTO.-** A tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC, en relación con el artículo 394 de la misma Ley, las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

## FALLO

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



Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación formulados por la representación legal de don Cosme , contra la sentencia dictada la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª de fecha 19 de julio de 2016 ; con expresa imposición de las costas a la recurrente. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ