



Roj: **STS 407/2018 - ECLI:ES:TS:2018:407**

Id Cendoj: **28079110012018100072**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2018**

Nº de Recurso: **2389/2017**

Nº de Resolución: **84/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 1337/2017,**
STS 407/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 84/2018

Fecha de sentencia: 14/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2389/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/02/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2389/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 84/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 14 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de abril de 2017, dictada en recurso de apelación 1493/2016, de la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Valencia; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Luis Manuel, representado en las instancias por la procuradora Dña. Valdeflores Sapena Davo, bajo la dirección letrada de Dña. Lourdes Alamar Barrachina, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Rosa María del Pardo Moreno en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Natividad, representada por el procurador D. Miguel Zamora Bausá, bajo la dirección letrada de D. Adrián Valero Melero, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Luis Manuel, representado por la procuradora Dña. Valdeflores Sapena Davo y asistido de la letrada Dña. Lourdes Alamar Barrachina, interpuso demanda de juicio para disolución matrimonial por divorcio contra Dña. Natividad y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«En los siguientes términos:

»1.º- Que se decrete el divorcio del matrimonio formado por los litigantes, en aplicación de lo prescrito en el artículo 86 del Código Civil en relación con el 82.1º del mismo cuerpo legal, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración.

»2.º- Que se otorgue la guarda y custodia de los hijos comunes del matrimonio, al demandante, Sr. Luis Manuel, quedando establecida la patria potestad de forma compartida.

»3.º- Que dada la naturaleza privativa del domicilio conyugal, y de la custodia paterna de los menores, además de la ubicación de la vivienda en edificio de la familia paterna, que se otorgue el uso del mismo sito en la DIRECCION000 NUM000, pta. NUM001, junto con el ajuar y enseres del mismo, al esposo para residir junto con los hijos del matrimonio.

»4.º- Que se establezca, en concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos comunes del matrimonio y por parte del progenitor no custodio, la cantidad de doscientos euros (200,00 euros) al mes para ambos menores, es decir, 100.-€ (100,00.-€) para cada uno de los descendientes, a abonar en la cuenta que el progenitor custodio designe entre los días uno a cinco de cada mes y durante las doce mensualidades del año, siendo actualizada la referida cuantía de forma anual conforme al índice que publique el Instituto Nacional de Estadística, quedando los gastos extraordinarios de los citados menores a la atención económica de sus progenitores al 50%.

»5.º- Que se estipule un régimen de visitas tipo a favor de la progenitora no custodia, de fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes, hasta la mañana del lunes, y vacaciones escolares por mitad. Y en todo caso, que las estancias se desarrollen en presencia de la familia materna, en tanto se aconseje por la psicología y/o neuropediatra otro régimen más conveniente.

»6.º- Que se impongan las costas a la demandada caso de oponerse a las solicitudes contenidas en el presente escrito, en aplicación de lo prescrito en el artículo 394 de la L.E.C. .».

2.- La demanda fue incoada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Valencia, con el número de autos 1378/2013, dándose traslado de la misma al fiscal y a la demandada para que contestaran en el término correspondiente. El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó interesando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

3.- La demandada Dña. Natividad, representada por la procuradora Dña. María Esther Bonet Peiró y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Wenley Palacios Iglesias, contestó a la demanda e interpuso reconvencción.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que resuelva desestimar la demanda reconociendo únicamente las pretensiones de la disolución por divorcio del matrimonio entre D. Luis Manuel y Dña. Natividad, y adoptando las medidas solicitadas



en nuestra demanda reconvenional; disponiendo de oficio, las demás declaraciones que procedan como inherentes a este pronunciamiento».

Interpuso demanda reconvenional exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Condenando a la demandante reconvenida, a las siguientes medidas extramatrimoniales definitivas:

»1.- Determinar que los hijos comunes menores de edad, Demetrio y Doroteo , queden bajo la guarda y custodia de su madre, Dña. Natividad , con quien convirán.

»2.- Determinar un amplio régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos comunes con su padre que se extienda a los siguientes puntos:

»- El régimen de visitas a favor del padre será lo más amplio posible dada la necesidad y como mínimo, fines de semana alternas, debiendo recoger a los hijos comunes el viernes a la salida del colegio para devolverlos el siguiente día lectivo al inicio de la jornada escolar.

»- Las vacaciones escolares se distribuirán según el calendario escolar oficial por mitad, escogiendo la madre en los años pares, y el padre en los impares, de forma que en Navidad, Semana Santa y verano, pase la mitad del tiempo con cada progenitor.

»Esta elección será comunicada con al menos quince días de antelación y de no hacerse así, pasará tal facultad al otro progenitor sin perderse el turno antes establecido.

»- Los días festivos aislados serán igualmente disfrutados alternativamente, debiendo el padre recoger a su hijos la víspera a la salida del colegio y devolverlos a la hora en que se inicien sus clases escolares al día siguiente. Los puentes serán disfrutados en compañía de los menores, por el progenitor a quien corresponda su compañía el fin de semana más próximo al día de fiesta.

»- Dada la proximidad del antiguo domicilio familiar donde permanecerá el padre con la vivienda cuyo uso el padre debe ceder a doña Natividad pagando una renta mensual a su madre, situada en la CALLE000 , número NUM002 , planta NUM003 .ª, puerta NUM004 .ª, de Valencia, recogerá cada mañana de los días lectivos a sus hijos en tal domicilio para acompañarlos al colegio de los Hermanos Maristas, pudiendo también desayunar en su compañía.

»3.- Dada la suficiente capacidad económica del padre, la pensión de alimentos a favor de los hijos comunes, menores de edad, Demetrio y Doroteo , que será administrada por la madre, será de quinientos (500) euros mensuales para cada uno de aquéllos, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes, complementada por la contribución por mitad de los gastos extraordinarios, y mediante el pago directo por el padre de las siguientes partidas alimenticias:

»- El pago directo de los gastos escolares y extraescolares completos, incluidas excursiones, libros, matrícula, comedor, uniformes y actividades extraescolares, clases de apoyo, etcétera, manteniéndose su educación en el colegio de los Hermanos Maristas.

»- El padre abonará las primas de los seguros médicos privados en los que tienen cobertura sus hijos extendiendo la cobertura a atenciones dentales, oftalmológicas y cubriendo el padre el precio de los medicamentos.

»- El padre abonará las cuotas familiares del Real Club Náutico de Valencia permitiendo la inclusión de la madre, doña Natividad para que pueda seguir acompañando a sus hijos cuando acudan a sus instalaciones.

»- Los gastos extraordinarios no necesarios serán satisfechos por mitad entre ambos progenitores, previa consulta y justificación; en el caso de no existir acuerdo entre ellos, se someterán a decisión judicial.

»La prestación alimenticia deberá acomodarse cada año a las variaciones que, en más o en menos, sufra el índice de precios al consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya, para el conjunto nacional total, aplicando sobre cada pensión la diferencia existente entre los índices que correspondan al período de revisión, con eficacia automática y efecto retroactivo.

»4.- Uso de la vivienda habitual de la familia, asignación del uso de una vivienda a la madre, y cesión del uso de la vivienda en la que ambos mantienen el dominio indiviso.

»- El uso de la vivienda con su ajuar que ha venido constituyendo el domicilio familiar, sita en Valencia, DIRECCION000 NUM000 , puerta NUM001 .ª se atribuye al esposo por tratarse de un bien de naturaleza privativa de éste.



»- El esposo facilitará a su esposa el uso de la vivienda sita en la CALLE000 , número NUM002 , planta NUM003 .º, puerta NUM004 .ª, de Valencia propiedad de doña Emilia , con DNI - NUM005 , siendo el esposo responsable del pago de la renta mensual del arrendamiento de esta vivienda.

»De negarse la propietaria a su arrendamiento o resultar por cualquier causa imposible, el padre facilitará el uso de una vivienda equivalente a una distancia similar al que aquella tiene del colegio de los Hermanos Maristas de Valencia.

»- La vivienda será amueblada a costa del esposo en una tienda de muebles por él designada de entre las que sean propiedad de un cliente suyo, correspondiendo a la señora Benavent la elección de la iluminación los muebles y electrodomésticos de su nuevo domicilio.

»- El esposo seguirá facilitando a su esposa el uso de una plaza de aparcamiento para su vehículo que esté próxima a la vivienda que debe habitar, prohibiéndose la cesión o subarriendo a terceros.

»- El esposo que tiene un apartamento de propiedad privativa en la AVENIDA000 , número NUM006 , del complejo DIRECCION001 , EDIFICIO000 , patio NUM007 , puerta NUM007 .ª de El Perellonet (Valencia), código postal 46012, cederá durante quince años a Dña. Natividad el uso exclusivo de la vivienda que es copropiedad de ambos esposos en la CALLE001 , número NUM008 , puerta NUM009 .ª de Quatretonda (Valencia), código postal 46837.

»5.- Pensión por desequilibrio económico. El esposo hará pago a Dña. Natividad de una pensión compensatoria de mil quinientos (1.500) euros mensuales limitada en el tiempo durante un término de 15 años, revisable automáticamente según las variaciones del índice de precios al consumo. Lugar y fecha *ut supra* ».

4.- A la vista de la reconvencción presentada por la demandada y los documentos aportados en la misma, se dictó providencia citando a las partes y al fiscal a comparecencia todo ello en base a la concurrencia de los requisitos del párrafo 3.º del art. 87 ter de la LOPJ , en virtud de lo establecido en el apartado 2 del art. 49 bis de la LEC . Practicada dicha comparecencia el Ministerio Fiscal decidió interponer denuncia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer de los hechos contenidos en la demanda ratificados en la comparecencia por la demandada, acompañando las fotografías y documentos respecto a los hechos que constan unidos a la contestación de la demanda, y, en fecha 5 de diciembre de 2013, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Valencia, en base al art. 49 bis 1.º Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género , acuerda la inhibición del procedimiento al Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Valencia que por turno correspondiera. Correspondiendo al número 3 de Valencia, registrándose con el núm. 184/2013 de divorcio contencioso, y acordando continuar la tramitación dando traslado de la reconvencción a la parte reconvenida para contestar a la misma en el plazo correspondiente.

5.- El demandante reconvenido D. Luis Manuel , a través de su procuradora personada Dña. Valdeflores Sapena Davo, contestó a la reconvencción y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado se sirva admitir el escrito y documentos presentados:

«Teniendo por contestada la demanda reconvenicional que habrá de ser desestimada en todos sus términos, dictando sentencia de conformidad con el suplico de la demanda de divorcio y de lo concretado en el apartado cuarto de este escrito».

Y el apartado cuarto del escrito expone:

«Cuarto. - Analizando el suplico de la demanda reconvenicional resulta que:

»1.- Manifestamos nuestra oposición a que los menores queden bajo la guarda y custodia materna, por los motivos expuestos en el cuerpo del presente escrito y sea, por tanto, atribuida al progenitor. Sólo de la prueba documental que se acompaña nos preguntamos, ¿qué actitudes, principios, valores, modos de comportamiento, educación, y ejemplo, puede inculcar Dña. Natividad a los hijos de 10 y 5 años?, ¿qué sentido del respeto y reconocimiento a la dignidad de las personas a las que se ha dirigido, va a transmitir a sus hijos?».

»2.- En la pretensión n.º 2 existe una clara incongruencia al otorgar al padre un amplio régimen de visitas para, a continuación determinar, como mínimo los fines de semana alternos. Es decir, está describiendo el régimen mínimo de cualquier progenitor no custodio sin importarle las necesidades de sus hijos, y sin mencionar las vacaciones de fallas.

»Y para seguir haciendo dejación de sus funciones... ofrece que el progenitor a diario, entre en la vivienda de CALLE000 , desayune con los niños, prepare almuerzos, revise agendas, etc. Es decir que el esposo acuda a la casa a despertar a los niños, a hacerse cargo totalmente de éstos, llevarlos al colegio mientras ella sigue durmiendo como hasta ahora, eludiendo como siempre sus responsabilidades.



»3.- En relación a la pensión alimenticia de los hijos, no procede porque la custodia paterna que ha de acordarse no lleva consigo sino la obligación por parte de Dña. Natividad del abono de la simbólica pensión de 100.-€ por hijo. En el improbable supuesto de que la custodia fuera conferida a la madre, la cantidad interesada de 1.000.-€/mes para ambos hijos en concepto de alimentos más el pago por el progenitor de todos los gastos de educación en su más amplio sentido, seguros médicos, etc, no tiene justificación alguna y es totalmente desproporcionado a las necesidades que habría de sufragar ya que los menores comen en el colegio y tendrían un amplio régimen de comunicación y estancias con su padre. Consideramos que los injustificados 1.000.-€ mensuales por alimentos para los niños, es una pensión compensatoria encubierta a favor de la esposa.

»Actualmente no se da en el seno de la convivencia familiar semejante cuantía y el derecho de habitación es igualmente a cargo del progenitor quien ha ofrecido el uso de una vivienda a Dña. Natividad para las estancias con sus hijos.

»Las cuotas familiares del Real Club Náutico de Valencia no es un gasto necesario ni tiene mi mandante la obligación de abonar la cuota pretendida de la esposa.

»4.- Se da la conformidad al uso de la vivienda conyugal con su ajuar sita en Valencia, DIRECCION000 NUM000 , pta. NUM001 , a mi mandante y sus hijos, por tratarse de vivienda privativa de éste.

»Conforme igualmente a que el esposo facilitará el uso de la vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM002 , pta. NUM004 , propiedad de su madre, Dña. Emilia , bien entendido que dicho uso quedará limitado hasta que el menor de los hijos cumpla 18 años, siendo de cuenta exclusiva de la Sra. Natividad , el importe de los gastos ordinarios de comunidad así como los suministros, debiendo proceder al cambio de titularidad.

»La vivienda se encuentra en la actualidad equipada con cocina completa, es decir con electrodomésticos (lavadora, lavavajillas, encimera, extractor humos, caldera, frigorífico, etc) y semi amueblada, con instalaciones de aire acondicionado y calefacción. Todo a estrenar.

»El esposo deberá dar la oportuna y previa aprobación económica exclusivamente para la adquisición del resto del mobiliario, de conformidad con lo solicitada en el suplico de la demanda reconvenional.

»Igualmente continuará facilitando el uso de la plaza de aparcamiento n.º NUM010 del garaje sito en Valencia, CALLE000 n.º NUM011 por el mismo tiempo que la vivienda.

»No procede pronunciamiento alguno sobre la pretendida cesión del uso de la vivienda sita en Quatretonda, CALLE001 n.º NUM008 , pta. NUM009 durante ningún plazo, al ser copropiedad de ambos y no constituir el domicilio conyugal, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo de la sentencia 9 de Mayo de 2.012, que unifica la doctrina de las Audiencias Provinciales en esta materia, en el sentido de que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin el consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

»5.- No procede la pensión por desequilibrio económico ni por su cuantía, ni por su extensión, ni por su procedencia de conformidad con lo expresado en el cuerpo del presente escrito».

6.- El fiscal contestó a la reconvencción y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

7.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia se dictó sentencia, con fecha 6 de junio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando la petición formulada por el Procurador D. Valdeflores Sapena Davo en nombre y representación de D. Luis Manuel contra D.ª Natividad y desestimando la demanda reconvenional formulada por la Procuradora D.ª María Esther Bonet Peiró en nombre y representación de D.ª Natividad contra D. Luis Manuel , debo declarar y declaro el divorcio de dichos cónyuges y la disolución del matrimonio que habían contraído, estableciendo las siguientes medidas:

»1.º- Los hijos menores de edad quedaran en compañía y bajo la custodia de D. Luis Manuel , si bien la patria potestad continuará ejercitándose de modo conjunto por ambos padres.

»2.º- Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con sus hijos menores, el derecho de visitarles, comunicar con ellos y tenerles en su compañía, en los términos y forma que acuerden ambos padres, procurando el mayor beneficio de los hijos; y en caso de desacuerdo, y como mínimo este derecho comprenderá los siguientes extremos: respecto del hijo Demetrio las visitas se harán en el punto de encuentro familiar bajo la modalidad de intervención, hasta que por el PEF se determine que las mismas pueden hacerse



externas en tal caso se harán progresivas hasta que puedan normalizarse las visitas como las que se acuerdan respecto a su hermano Luis Manuel , respecto al régimen de visitas con su hijo Doroteo , las mismas consistirán en fines de semana alternos desde el viernes a las 18h hasta el domingo a las 20h y una visita intersemanal la tarde del miércoles desde las 18h hasta la mañana siguiente que lo reintegrará en el centro escolar, si el jueves fuera festivo lo llevará al domicilio paterno a las 10h. Las vacaciones se dividirán por mitad entre ambos progenitores, las vacaciones de verano por quincenas. Para la elección de los periodos en caso de desacuerdo el padre elegirá años impares y la madre los años pares.

»3.º- En concepto de pensión alimenticia, D.ª Natividad abonará a D. Luis Manuel la cantidad de 75 euros mensuales por cada hijo por meses anticipados, en doce mensualidades al año, y dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dicha cantidad será actualizada con efectos de 1.º de enero de cada año, con arreglo a la variación experimentada por el índice de precios al consumo, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Igualmente sufragará el esposo la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de los hijos, previa notificación del hecho que motiva el gasto y el importe del mismo para su aprobación y caso de no ser aceptado resolvería el Juzgado. El abono de las actividades extraescolares que están realizando los menores corresponderá al Sr. Luis Manuel , tal como viene realizando en estos momentos.

»4.º- La vivienda que fue domicilio familiar quedará en uso y disfrute de D. Luis Manuel y de sus hijos.

»5.º- Se establece en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 300 euros mensuales que deberá abonar D. Luis Manuel a D.ª Natividad , debiendo ingresarse el importe de la pensión compensatoria en la cuenta bancaria que la misma designe por meses anticipados dentro de los cinco primeros días, dicha cantidad deberá ser actualizada conforme al IPC.

»Asimismo se atribuye el uso de la vivienda sita en la CALLE000 NUM002 pta. NUM004 a D.ª Natividad hasta que el hijo menor adquiera la mayoría de edad, dicha atribución del uso de la vivienda se considera abono en especie de la pensión compensatoria, debiendo abonar D.ª Natividad los gastos de uso de la vivienda así como los gastos de comunidad.

»6.º En materia de costas, no se hace expreso pronunciamiento sobre las mismas».

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación por las representaciones procesales de la parte demandante y demandada, y con la adhesión del fiscal a la apelación del demandante D. Luis Manuel , la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, con fecha 10 de abril de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Declaramos haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Moisés Eduardo Toca Herrera en representación de Dña. Natividad contra la sentencia de fecha 6-6-2016 dictada por el Juzgado de 1.ª instancia n.º 3 de Violencia de Valencia cuya resolución revocamos en el sentido de atribuir el uso de la vivienda sita en la CALLE000 NUM002 , NUM004 .º NUM012 , a la esposa, pero sin especificar su valor, y señalando expresamente que, caso de verse privada la esposa de su uso, deberá atribuírsele otra de similares características, limitando dicho uso hasta el 11 de marzo del año 2026, así como señalarse como pensión compensatoria en favor de la esposa la suma de 1000.-€ mensuales a cargo del esposo durante 8 años, incrementándose anualmente con arreglo al IPC, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la esposa designe, manteniendo el resto de las demás medidas al no haber sido objeto de recurso, no habiendo lugar al recurso de apelación interpuesto por la procuradora Dña. Valdeflores Sapena Davo en representación de D. Luis Manuel , sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada».

TERCERO.- 1.- Por D. Luis Manuel se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:

Motivo único.- Por infracción del art. 97 del Código Civil y la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en sentencia del pleno 864/2010, de 19 de enero , que establece criterio doctrinal y reiterada en diversas sentencias como la 434/2011 de 22 de junio , la 720/2011 de 19 de octubre , la 857/2011 de 25 de noviembre , 355/2013 de 17 de mayo , 104/2014 de 20 de febrero , 126/2014 de 18 de marzo y 385/2015 de 23 de junio .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 25 de octubre de 2017 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Miguel Zamora Bausa, en nombre y representación de Dña. Natividad , presentó escrito de oposición al mismo; por su parte el fiscal apoyó el recurso de casación interpuesto interesando la estimación del mismo.



3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 6 de febrero de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Por la parte recurrente se formaliza recurso de casación al amparo art. 477.2 , 3.º de la LEC , invocando la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio de divorcio tramitado por razón de la materia, por lo que el cauce casacional adecuado es el previsto en del art. 477.2 , 3º LEC , lo que exige al recurrente la debida justificación del interés casacional, en los términos dispuestos en los acuerdos sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptados por esta sala con fechas de 30 de diciembre de 2011 y de 27 de enero de 2017.

Son antecedentes del pleito:

- Se presenta demanda de divorcio por D. Luis Manuel frente a D.ª Natividad , en la que además del divorcio pide que se otorgue la guarda y custodia de los menores al padre, junto con la vivienda familiar, una pensión de alimentos a cargo de la madre de 100 euros para cada hijo y un régimen de visitas de fines de semana alternos. La demandada formula demanda reconvenicional y pide para ella la guarda y custodia de los menores, la atribución del uso de una vivienda distinta a la que constituía el domicilio familiar que pagará el padre, una pensión de alimentos de 500 euros por cada niño y una pensión por desequilibrio de 1500 euros mensuales durante un plazo de 15 años.

- En primera instancia se estima la demanda, desestimando la reconvenición y se acuerda que los hijos menores de edad queden en compañía y bajo la custodia del padre, a quien se le atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la C/ DIRECCION000 n.º NUM000 , con un régimen de visitas a favor de la madre y una pensión de alimentos de 75 euros mensuales a favor de cada uno de los hijos y a cargo de la madre, a quien se le reconoce una pensión compensatoria de 300 euros mensuales y se le atribuye el uso de la vivienda sita en la CALLE000 NUM002 (segunda vivienda) hasta que el hijo menor adquiera la mayoría de edad como abono en especie de la pensión compensatoria que se valora en 200 euros.

- Recurrida en apelación por ambas partes, la parte actora interesa que se revoque el pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria y la demandada que se anule la sentencia y se dicte una nueva estimando las medidas interesadas en la reconvenición.

- La sentencia de la Audiencia confirma la atribución de la guarda y custodia al padre, así como el régimen de visitas fijado en primera instancia. En cuanto a la pensión compensatoria fijada en metálico en 300 euros mensuales y en especie con la atribución del uso de la vivienda de la CALLE000 , valorado en 200 euros hasta la mayoría de edad del hijo menor, la Audiencia resuelve atribuir el uso y disfrute de la vivienda indicada a la esposa por estar ambos de acuerdo hasta el 11 de marzo de 2026 y en cuanto a la pensión compensatoria la eleva a 1000 euros y fija una duración de 8 años atendiendo a la duración del matrimonio (11 años), número de hijos (dos de 14 y 9 años), edad de los cónyuges (50 el y 44 ella), ingresos, trabajo (el es abogado si bien se ignoran sus ingresos aunque se presumen elevados, ella trabajó antes, constante y después del matrimonio) y profesión de ambos.

D. Luis Manuel formula recurso de casación que funda en un único motivo en el que se alega la infracción del art. 97 CC y jurisprudencia de esta sala contenida en SSTS de pleno de 19 de enero de 2010 , que establece como doctrina jurisprudencial que para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatorio debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio, luego reiterada en posteriores como las SSTS de 22 de junio de 2011 , 19 de octubre de 2011 , 25 de noviembre de 2011 , 17 de mayo de 2013 , 20 de febrero de 2014 , 18 de marzo de 2014 y 23 de junio de 2015 . En su desarrollo niega que de acuerdo con tales criterios interpretativos quepa conceder la pensión compensatoria fijada en la sentencia recurrida a la esposa, puesto que esta no sufrió ningún perjuicio o pérdida de expectativas por el hecho de haber contraído matrimonio y con ocasión de la vida en común, ya que ha trabajado constante el matrimonio, justificando la pensión por la diferencia de ingresos de ambos, como si fuera un mecanismo para compensar patrimonios dispares. A lo anterior añade que la sentencia recurrida al fijar un límite de 8 años a la pensión compensatoria no tiene en cuenta que el matrimonio duró solo 11 años, obviando igualmente los demás parámetros contenidos en el art. 97 CC al fijar un importe de 1000 euros. Concluye que no existe hecho probado alguno que se refiera al empeoramiento de la situación económica de



la esposa en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y que la misma tenga su origen en la pérdida de derechos económicos por parte de esta a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso.

SEGUNDO .- *Motivo único.*

Motivo único.- Por infracción del art. 97 del Código Civil y la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en sentencia del pleno 864/2010, de 19 de enero, que establece criterio doctrinal y reiterada en diversas sentencias como la 434/2011 de 22 de junio, la 720/2011 de 19 de octubre, la 857/2011 de 25 de noviembre, 355/2013 de 17 de mayo, 104/2014 de 20 de febrero, 126/2014 de 18 de marzo y 385/2015 de 23 de junio.

Se desestima el motivo.

En los FDD duodécimo a decimocuarto de la sentencia recurrida consta lo siguiente:

«DUODÉCIMO.- En cuanto a la pensión compensatoria debe decirse que la misma tiene, como es sabido, una finalidad indemnizatoria y reequilibradora, pues trata de restaurar el desequilibrio económico que la ruptura de la relación de convivencia provoca en uno de los cónyuges, y que comporta un empeoramiento patrimonial en relación con el nivel de vida disfrutado por ambos durante la vida en común, y en comparación con el *status* conservado por el otro cónyuge.

»Pero no persigue igualar economías dispares, ni tampoco equiparar económicamente los patrimonios de los cónyuges, sino remediar un agravio comparativo, cumpliendo una triple función: resarcir el daño objetivo consistente en la pérdida de expectativas de toda índole como consecuencia del vínculo matrimonial, colocar al cónyuge que experimenta un empeoramiento económico en situación de potencial igualdad de oportunidades a la que hubiese tenido de no haber contraído el matrimonio, y facilitar al cónyuge que sufre tal desequilibrio un *status* semejante al que mantiene el otro al tiempo de la ruptura, y que guarde relación proporcional con la duración de la vida en común.

»DÉCIMO TERCERO.- El derecho al percibo de dicha pensión descansa, pues, sobre tres presupuestos esenciales: uno, de carácter económico, cual es la existencia de un claro e inequívoco desequilibrio patrimonial en uno de los cónyuges en relación con el otro y respecto al nivel de bienestar por ambos disfrutado durante la etapa de normal convivencia marital; otro, de índole temporal, consistente en la realidad de una agravación en la situación económica comparada con el nivel de vida anteriormente mantenido; y un tercero, de carácter causal, como es la relación de causalidad material y directa entre aquella situación económica, desventajosa para uno de los cónyuges, y el hecho del cese de la vida en común.

»DÉCIMO CUARTO.- Como señala la S.T.S. de 19 de enero de 2010 de acuerdo con la tesis subjetivista en torno a la interpretación y aplicación del art. 97 del Código Civil, los factores y circunstancias que su párrafo 2.º enumera cumplen una doble función, pues actúan como elementos integrantes del desequilibrio vinculado a la ruptura de la convivencia, y como elementos que permiten fijar la cuantía de la pensión y su carácter temporal o indefinido.

»El desequilibrio económico, que constituye el presupuesto básico de la pensión compensatoria ha de haberse producido en el momento de la ruptura matrimonial. Como señalan las SS.T.S. de 3 de octubre de 2008 y 19 de enero de 2010, es al tiempo de la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto la procedencia del reconocimiento del derecho a la pensión como la cuantía de la misma».

De esta redacción se deduce que en la sentencia recurrida se tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial con expresa cita de la sentencia de 19 de enero de 2010, en cuyo texto se sustenta el recurso, al considerarla infringida.

Bien es cierto que en la sentencia recurrida se establecen pronunciamientos poco compatibles con la referida sentencia, al declarar la Audiencia Provincial que la pensión compensatoria tiene una finalidad indemnizatoria.

Sin embargo en la sentencia recurrida se atiende a lo dispuesto en el art. 97 del C. Civil en cuanto tiene en cuenta:

1. El desequilibrio económico.
2. El empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.
3. La edad de los excónyuges.
4. Cualificación profesional.
5. La duración del matrimonio.
6. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otra.



En la sentencia recurrida se reconoce que con la pensión no se persigue igualar economías dispares; añade que el reequilibrio no supone igualar patrimonios.

A la vista de lo expuesto, debemos declarar que en la sentencia recurrida no se infringe el art. 97 del C. Civil ni la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, dado que la pensión que se fija es temporal (ocho años) al tiempo que como parte de la misma se ratifica la asignación de la que fue segunda vivienda, o su equivalente, hasta la mayoría de edad del hijo menor, ocupada por acuerdo de los excónyuges, lo que supone una cuantía elevada, pero proporcional al desequilibrio y a la capacidad económica del recurrente, todo ello con una limitación temporal.

En el recurso se plantean, además, cuestiones fácticas que no son propias de la casación, y que como tales no procede su análisis, al haber quedado intangibles los hechos declarados probados, como son los relativos a los ingresos profesionales de cada uno.

TERCERO .- *Costas.*

Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).
Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Luis Manuel , contra sentencia de fecha 10 de abril de 2017, dictada en la apelación 1493/2016, de la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente. Procede la pérdida del depósito constituido para la casación.

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

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

Así se acuerda y firma.