

**SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**  
**Sala Civil y Penal**

**R. casación y extraordinario por infracción procesal**  
**nº 226/2010**

**SENTENCIA Nº 29**

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués

Barcelona, 20 de junio de 2011.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan mas arriba, ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 226/2010 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 12a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 781/09 como consecuencia de las actuaciones de procedimiento de divorcio núm. 465/08 seguidas ante el Juzgado de 1a Instancia núm. 7 de Rubí. El Sr. CLAUDIO B. B. ha interpuesto recurso de casación

representado por el Procurador Sra. Albert Magne Català Soto y defendido por la Letrado Sra. M<sup>a</sup> Antonia Capella Munar. La Sra. MONICA N. C. ha interpuesto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, representada por el Procurador Sr. Angel Joaniquet Ibarz y defendida por la Letrada Sra. Montserrat Ayuso Sanchís. Con la debida intervención del Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** La Procuradora de los Tribunales Sra. Mercedes Paris Noguera, actuó en nombre y representación de la Sra. Monica N. C. formulando demanda de juicio de divorcio núm. 465/08 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Rubí. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 18 de diciembre de 2008, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

“SE CONCEDE EL DIVORCIO DEL MATRIMONIO formado por MÓNICA ADELA N. C. y CLAUDIO B. B., declarando la disolución de su régimen económico matrimonial, y adoptando las siguientes medidas definitivas:

a.- Asignación a la madre de la guarda y custodia del hijo menor habido por el matrimonio, sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores.

b.- Fijación de un derecho de comunicación y visitas del progenitor no custodio con su hijo menor IGNACIO consistente en que el padre podrá tener consigo al mismo los fines de semana alternos desde la salida del colegio o actividades educativas del viernes hasta las 21:00 horas del domingo, así como un día intersemanal desde la salida del colegio o actividad educativa hasta la entrada al colegio del día siguiente incluyendo pernóctas, debiendo comunicar con antelación y en todo caso el día anterior el Sr. B. qué día disfrutará dicha visita

intersemanal. Igualmente, y para el caso de que un fin de semana coincida con alguna festividad anterior o subsiguiente (puente), tendrá derecho a estar durante dicho periodo festivo en compañía del menor el progenitor al que le corresponda en ese fin de semana permanecer en compañía de IGNACIO. Así mismo, se atribuye al progenitor no custodio el derecho de estar en compañía de su hijo IGNACIO la mitad de los periodos vacacionales de: Navidad (que comprenderá desde la salida del último día de colegio hasta las 21:00 horas del 30 de diciembre, y desde este último hasta la mañana de inicio del periodo escolar); Semana Santa (que comprenderá desde la salida del último día de colegio hasta las 17:00 horas del Miércoles santo, y desde este último hasta la mañana de inicio del periodo escolar); y Verano; correspondiente en todos los supuestos la elección, en defecto de acuerdo entre los progenitores, a la madre en los años pares y al padre en los impares.

c.- Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar y del ajuar doméstico, sita en la calle \*\*\*\*\* Nº \*\*\* de \*\*\*\*\* a los tres hijos del matrimonio y a la progenitora custodia. Para el caso de que se proceda por el Sr. B. B. a la venta de la vivienda familiar, el Sr. B. B. deberá abonar a la Sra. N., la cantidad mensual de 1.200 euros.

d.- Fijación de la cantidad de CINCO MIL QUINIENTOS EUROS (5.500 euros) mensuales en concepto de alimentos en favor de sus tres hijos, que serán abonados por meses anticipados dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la progenitora custodia designa. Dicha cantidad se actualizará anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precio al consumo, según el I.N.E. u organismo que le sustituya. Los gastos extraordinarios incluyendo como tales

los gastos médicos no cubiertos por seguridad social o seguro equivalente, los gastos de actividades escolares y extraescolares, así como los derivados de la vivienda familiar serán abonados por el Sr. B..

e.- Fijación de la cantidad de CUATRO MIL EUROS (4.000 euros) mensuales en concepto de pensión compensatoria en favor de la Sra. N., que serán abonados por CLAUDIO B. B. por meses anticipados dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la beneficiaria designe. Dicha cantidad se actualizará anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precio al consumo, según el I.N.E. u organismo que le sustituya.

f.- Fijación de la cantidad de TRESCIENTOS MIL EUROS (300.000 euros) en concepto de compensación conforme al artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, a abonar por el Sr. B. B. a la Sra. N.. Tal indemnización deberá satisfacerse en metálico, salvo acuerdo de las partes en contrario posterior a esta resolución de abonarse con bienes del obligado, y habrá de llevarse a cabo en un plazo máximo de cinco años, con el devengo de intereses legales desde la fecha de esta sentencia que constituye dicha obligación y hasta su completo pago, tal como determina el artículo 41.2 del Código de Familia de Cataluña.

r.- Desestimando el resto de pedimentos formulados por las partes.

No se aprecian méritos bastantes para efectuar una especial imposición en costas”.

**Segundo.-** Contra esta Sentencia, ambas partes interpusieron recurso de apelación, que se admitieron y se sustanciaron en la Sección 12a de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó

Sentencia en fecha 8 de julio de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

“Que, ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Mercedes París Noguera, en nombre y representación de DOÑA MÓNICA N. C., y también parcialmente el deducido por la Procuradora Doña Mónica Llovet Pérez, en nombre y representación de DON CLAUDIO B. B., ambos contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de los de Rubí, en fecha 18 de Diciembre de 2008, en proceso contencioso de divorcio, número 465/2008, debemos REVOCAR y REVOCAMOS EN PARTE la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer las pensiones de alimentos de CLAUDIA y JORGE en la suma de mil euros mensuales para cada uno de ellos, y en importe de dos mil euros mensuales la pensión de alimentos del menor IGNACIO. Las citadas pensiones alimenticias, en las cantidades indicadas en esta nuestra sentencia, producirán efecto desde el dictado de la misma, y serán pagaderas por el demandado y actualizables en la forma establecida en la sentencia apelada. Las actividades escolares ya se incluyen dentro de dichas pensiones alimenticias.

Los gastos extraescolares de los hijos del matrimonio, serán atendidos por mitad entre ambos padres, si concurre acuerdo entre los mismos sobre su desarrollo, resolviendo el órgano judicial las discrepancias que surjan al respecto en el procedimiento de discordia en el ejercicio compartido de la patria potestad.

Los dispendios derivados de la utilización de la vivienda familiar, habrán de correr a cargo de la usuaria del inmueble.

Se constituye la compensación económica del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña en la suma de 600.000 euros, que en defecto de acuerdo entre las partes, se satisfarán en

metálico, y dentro de un plazo máximo de tres años, con el devengo de intereses desde la fecha de su reconocimiento hasta su total pago.

En lo demás confirmamos la sentencia de la primera instancia, sin hacer especial declaración de condena de las costas procesales derivadas de ambos recursos de apelación.”

En fecha 21 de julio de 2010 se dictó Auto, con la siguiente parte dispositiva:

“SE RECTIFICA el Fallo de la Sentencia nº 403/10 dictada por esta Sala con fecha 8 de julio de 2010, resolutoria de la alzada, en el sentido de que al mismo debe añadirse: “Procede conceder el uso del domicilio conyugal y ajuar doméstico a favor de la demandante mientras duren las funciones de la guarda y custodia, sin perjuicio de que transcurrido tal momento histórico pueda instarse la continuidad en el uso por aplicación, entonces, de las prescripciones del artículo 83.2.b) del Código de Familia de Catalunya, teniéndose en cuenta el criterio legal de la mayor necesidad. La concesión del uso del domicilio familiar en favor de la demandante no impide la posibilidad de que la contraparte, titular dominical del mismo en forma exclusiva, pueda instar su venta, si bien tal transferencia del dominio deberá respetar la atribución del uso del inmueble establecida en el proceso matrimonial, al objeto de evitar privar de imperatividad efectiva lo fijado judicialmente”.

**Tercero.-** Contra esta Sentencia, el Procurador Sr. Albert Magne Català Solo en nombre y representación del Sr. Claudio B. B., interpuso recurso de casación; el Procurador Sr. Angel Joaniquet Ibarz en nombre y representación de la Sra. Monica N. C. interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, que por

auto de esta Sala, de fecha 17 de enero de 2011, se admitieron a trámite dándose traslado a las partes para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**Cuarto.-** Por providencia de fecha 28 de febrero de 2011 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló para su votación y fallo que ha tenido lugar el día 28 de marzo de 2011.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### I. RECURSO EXTRAORDINARIO DE INFRACCION PROCESAL INTERPUESTO POR LA REPRESENTACION DE D<sup>a</sup> MONICA N..

#### **PRIMERO.- Motivación de la sentencia.**

Al amparo del art. 469. 1. 2 LEC, denuncia la recurrente la ausencia de motivación de la sentencia con vulneración del art. 218. 2 LEC que fundamenta, en síntesis, en que nada se justifica sobre la minoración del "quantum" alimenticio que corresponde a los tres hijos: Claudia, Jorge e Ignacio.

La sentencia recurrida en su FJ. 3º, tras realizar unas consideraciones generales sobre la determinación de la pensión por alimentos, examina la capacidad económica del demandado que afirma es relevante y analiza su condición de empresario y su patrimonio inmobiliario, de notoria cuantía, para seguidamente establecer que aceptando, en su totalidad, los razonamientos de la sentencia de primera instancia " .. *al no apreciarse error de hecho ni de derecho en la valoración de los medios de prueba practicados,*

*puestos en relación con las necesidades de los hijos del matrimonio, acostumbrados a un alto nivel de vida social..." los fija en 1000 euros mensuales para los dos hijos mayores (Claudia y Jorge) y 2000 euros mensuales, para Ignacio. Asimismo, añade, que no deben computarse los gastos de la vivienda " ... al tener cubierta todos los hijos del matrimonio la necesidad de habitación, al residir con la madre en el domicilio conyugal, cuyo uso se ha atribuido a la misma, lo que constituye un aspecto económico de indudable trascendencia..", por lo cual minora la cantidad fundamentándola en que los hijos tienen cubiertos los gastos de habitación.*

En su consecuencia, existe motivación suficiente en la sentencia recurrida para la disminución del *quantum* alimenticio para los hijos. Cuestión distinta es que dicha motivación sea adecuada o no conforme a los preceptos reguladores de los alimentos, extremo que ha de analizarse en sede de casación.

Ha de rechazarse el motivo.

#### **SEGUNDO.- Error en la valoración de la prueba.**

Es reiterada la jurisprudencia –SSTS. S-. 1ª 9 Mayo 2005, 17 Julio 2006, 4 Dic. 2007, 2 Julio 2009, 30 Septiembre 2009, 6 Noviembre 2009, 26 Oct. 2010 y 23 Dic. 2010, entre otras, así como esta Sala en SSTSJC 4/2011, de 31 de enero y 15/2011, de 14 de marzo, entre las más recientes- que la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho de tutela judicial efectiva o bien por la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función del juzgador de instancia y



ajena al recurso extraordinario por infracción procesal, añadiéndose que sólo en caso de que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro de del art. 469. 1 LEC; pero nunca puede encauzarse por este recurso una nueva valoración de la prueba y tampoco resulta posible mezclar el concepto de motivación de las sentencias con la valoración de la prueba practicada en la instancia.

El motivo planteado por la recurrente se centra en la denuncia de un error en la valoración de las necesidades de los alimentistas, los tres hijos del matrimonio, que, a su entender, resultan manifiestamente insuficientes para lo cual tras reseñar las cantidades que ha fijado la sentencia recurrida, a saber, 1.000 euros para cada uno de los dos hijos: Jorge y Claudia, y 2.000 euros, para Ignacio, teniendo en cuenta los gastos del domicilio conyugal estimados por la sentencia recurrida en 2.200 euros mensuales, resultan las citadas pensiones totalmente improcedentes, afirmando que para computar la totalidad de los gastos deben tenerse presente las documentales presentadas con la demanda y numeradas con los ordinales 29 bis, 30, 31 bis, 32, 36 y 37y 40 así como otras documentales como las núm. 38 y 39 de la vista de divorcio; reseñándose, seguidamente, que las necesidades fijadas para los hijos son incluso inferiores a las reconocidas por la contraparte en su escrito de contestación.

Por tanto, lo que se cuestiona no es la valoración de la prueba practicada sino el cómputo de las necesidades y su cuantificación teniendo en cuenta las documentales practicadas, lo que no corresponde examinar en sede de infracción procesal cuando lo cuestionado es o bien la inclusión o no de un concepto dentro del derecho de alimentos, a saber las derivadas de una vivienda para los

hijos, o la proporcionalidad entre el cuantioso patrimonio del alimentante y las necesidades de los alimentistas si dentro de las mismas ha de incardinarse las derivadas de la vivienda, por lo cual, procede rechazar dicha arbitrariedad en la valoración de la prueba. No se ha justificado y tampoco pueden acogerse que determinadas cuestiones puntuales bien referidas a comida o ropa no se incluyan en los alimentos o lo hagan en forma muy parca pues la recurrente, para su computo, parte de la inclusión de los gastos derivados de vivienda, parámetro que se niega en la sentencia recurrida al establecer que debe sufragarlos la Sra. N., extremo, por otra parte, que constituye la cuestión nuclear de la infracción sustantiva que seguidamente analizamos.

Sin embargo, se aprecia, en cambio, un evidente y palmario error en la fijación de la cuantía a que ascienden los gastos ordinarios de la vivienda que la sentencia recurrida los fija en 2200 euros cuando es un hecho reconocido incluso por el Sr. B. que su monto es de 2500 euros.

Por lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso extraordinario de infracción en este extremo, con desestimación del resto de las peticiones deducidas en dicho recurso.

## II- RECURSO DE CASACION DEDUCIDO POR LA REPRESENTACION DE DE D<sup>a</sup> MONICA N..

### **TERCERO.- Cuantía y proporcionalidad de los alimentos para los hijos.**

1.- En el primer y segundo motivo del recurso de casación se denuncia la infracción de los artos. 264 y 267 en relación con el art. 76. 1 c) del Código de Familia de Cataluña (en adelante CF) alegándose por la recurrente, en síntesis, que:

a) La supresión de la obligación a cargo del padre del pago de los gastos derivados del domicilio familiar, gastos de indudable carácter alimenticio, se ha fundamentado con base en su inclusión en la pensión compensatoria y compensación por razón del trabajo que ha sido establecida a favor de la Sra. N. y ello no se corresponde con lo dispuesto en los arts. 264 y 267 CF, y

b) El binomio necesidad-posibilidad se conculca en el caso examinado, puesto que no son tenidas en cuenta las necesidades de los hijos frente al cuantioso patrimonio del progenitor que debe prestarlos, máxime si lo que se pretende es que " .. sea factible que madre e hijos puedan seguir viviendo en la casa en que residen, seguir utilizando por el momento los mismos vehículos, que los hijos continúen en el mismo colegio ...".

2.- El art. 264 CF dispone lo que debe entenderse por alimentos, es decir, su contenido, y el art. 267 CF, como hemos declarado reiteradamente (SSTC 12/2005, de 24 de febrero, 33/2005, de 5 de septiembre y 20/2007, de 30 de mayo, 41/2008/ de 11 diciembre, 44/2010, de 20 diciembre, entre otras), establece que la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades de alimentistas y a los medios económicos y posibilidades de las personas obligadas a prestarlos, proporcionalidad que debe considerar el binomio "necesidad" de quien ha de recibirlos y "posibilidad" de quien deba satisfacerlos, por lo cual, en cada caso concreto se habrán de ponderar ambos factores teniendo en cuenta, por lo que afecta al obligado, a los recursos propios, sus posibilidades, medios económicos e incluso las rentas y su patrimonio, como se desprende de los 265, 267.1 y 271. b) CF.

3.- Los dispendios ordinarios derivados de la utilización de la vivienda familiar ascienden a 2500 euros, conforme hemos señalado, que según dispone la resolución recurrida son a cargo de la

madre, en su totalidad. Y si bien ello es así pues es la titular del uso, en cambio, no resulta correcto que dentro del concepto de alimentos de los hijos no se fije ninguna cantidad por este particular. Nótese que el art. 264 CF dentro del contenido de los alimentos enumera a título de *numerus apertus* lo que sea indispensable para su mantenimiento, y más concretamente los gastos de vivienda, asistencia médica, formación o vestido. Aun cuando resulta acertado establecer que si el acreedor del derecho de uso dispone de una vivienda los gastos ordinarios de la misma serán de su cuenta, resulta que, en el caso examinado, los tres hijos conviven con la madre a quien se le ha atribuido el uso del domicilio y ello genera un gasto alimenticio por diversos conceptos básicos como pueden ser luz, gas, electricidad y según el nivel de vida otros servicios que, necesariamente, deben tener su adecuado reflejo en la pensión alimenticia sin que sea procedente rechazarlos o fijarlos, en su caso, dentro de la pensión compensatoria que tiene otras funciones diferentes y diferenciadas.

Por otra parte, la posible revisión casacional de dicho contenido o del binomio entre "necesidad" de quien ha de recibirlos y "posibilidad" de quien deba satisfacerlos o su valoración solamente puede realizarse cuando haya sido ilógica, lo que sucede en el presente supuesto en tanto que (a) No se han computado los gastos de vivienda dentro del concepto de alimentos, con independencia, insistimos que, en definitiva, haya de sufragarlos la persona a quien se le atribuya la vivienda, y (b) Las posibilidades del progenitor no por ello se ven mermadas si tenemos presente su cuantioso patrimonio frente a la menor capacidad de la madre que carece, prácticamente del mismo, por lo cual, deben incrementarse las pensiones alimenticias de los hijos en la cuantía de 625 euros que se corresponde con las  $\frac{3}{4}$  partes de los gastos de la vivienda que

ascienden a 2500 euros, quedando fijados en 1.625 euros mensuales, para Claudia y Jorge y en 2.625 euros, para Ignacio.

En relación con los demás gastos resulta acertada la distribución que realiza la sentencia recurrida teniendo en cuenta las precedentes sumas fijadas y por ello los gastos de sanidad (no cubiertos por la Mutua privada o Seguridad social) son satisfechos íntegramente por el padre, extremo no impugnado en el recurso, mientras que los extraescolares o complementarios, pues los ordinarios escolares quedan cubiertos por las sumas reseñadas, se distribuyen al 50 % si bien precisarán el consentimiento de los padres resolviendo el órgano judicial las discrepancias.

Por lo expuesto, ha de estimarse parcialmente el recurso de casación deducido por la Sra. N..

### III- RECURSO DE CASACION DEDUCIDO POR LA REPRESENTACION DE DE D. CLAUDIO B..

#### **CUARTO.- Pensión indemnizatoria del art. 41 CF.**

El primer motivo del recurso de casación interpuesto por el Sr. B. denuncia la infracción del art. 41 CF en tanto que, a entender del recurrente, la cuantía de la pensión no se ajusta a la interpretación jurisprudencial de este Tribunal dado que, en síntesis, el patrimonio del Sr. B. no se ha visto incrementado durante el matrimonio sino que el adquirido durante el mismo lo ha sido con el producto de bienes cuya propiedad ostentaba antes de contraer matrimonio.

En el desarrollo del motivo efectúa una crítica a la valoración de la prueba afirmando que todos los bienes que figuran a su nombre, adquiridos durante el matrimonio, son procedentes de ventas realizadas de otros que ya se encontraban a su nombre con

anterioridad a la fecha en que contrajeron matrimonio (15 Enero 1988) siendo, por tanto, la totalidad de las adquisiciones reinversiones que constan efectuadas desde 1988 hasta el momento de la solicitud de divorcio, en 2008. Además, se ha constatado una situación actual crítica en su patrimonio, hallándose próximo a la jubilación, con importantes pérdidas y gravámenes.

Al no haberse deducido recurso extraordinario de infracción procesal no procede revisar el "*factum*" fijado por la sentencia recurrida, por lo cual, queda constancia que:

1º/ La Sra. N. trabajaba de modelo, con anterioridad a contraer matrimonio, y posteriormente se ha dedicado a cuidar del hogar y de los tres hijos, mientras que el esposo se dedicó a sus actividades profesionales en diversas empresas en las que participa, adquiriendo numerosas propiedades inmobiliarias que figuran a su nombre o al de dichas empresas si bien en la actualidad se constata que durante los últimos años dichas empresas han visto disminuidos sus beneficios, y

2º/ En el F. J. 5º de la sentencia recurrida se reseña el patrimonio inmobiliario que alcanza no solo la vivienda familiar sito en \*\*\*\*\* sino otras propiedades en \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, estas gravadas con hipotecas y un departamento en \*\*\*\*\* adquiridos durante el matrimonio y que figuran a nombre de la Sociedad Halbin Trip S. L. de la que el demandado ostenta el 100 % de las participaciones, además de la titularidad de acciones y participaciones sociales en varias Empresas y dos planes de pensiones en el Banco Espiritu Santo con derechos consolidados cifrados en 268.216'05 euros.

Afirma en el recurso que todas sus propiedades fueron reinversiones como consecuencia de la venta de acciones del Grupo Espiritu Santo y que más tarde se vería obligado a reinvertir siendo

las plusvalías generadas durante el matrimonio no más de 1.006.695,30 euros. Y por otro lado, señala que con las acciones del citado Grupo y sus plusvalías constituyó Vigorinversión Sicav S.A y desde esta transfirió capital a Halbin Trip su sociedad patrimonial para invertir en diversos inmuebles en España y República Dominicana, previendo una rentabilidad de esa inversión que fue inexistente, encontrándose que además las acciones de la Sicav se han pignorado y por ello las plusvalías generadas son escasas.

Por lo expuesto, pretende el recurrente una revisión de la prueba que debería haberse encauzado por la vía del recurso extraordinario de infracción procesal, y aun siendo cierto que parte del patrimonio inmobiliario fuera producto de reinversiones con numerario que el Sr. B. tenía con anterioridad a contraer matrimonio con la Sra. N., lo cierto es que dicho extremo no se fija como hecho probado en la sentencia, sino al contrario, pues consta que los bienes inmobiliarios de Halbin Trip fueron adquiridos a partir del año 2001 (FJ. 5º de la sentencia de instancia asumido por la sentencia recurrida), es decir, más de 12 años después de contraer matrimonio y cuando desarrollaba el Sr. B. su actividad empresarial dedicándose su esposa al cuidado de los hijos, sin retribución alguna, por lo cual, procede confirmar la resolución recurrida que estima el necesario desequilibrio económico patrimonial para aplicar el art. 41 CF; siendo diáfano, como declara la sentencia recurrida, la existencia de dicho desequilibrio en tanto que frente al importante patrimonio del Sr. B. la esposa que se ha dedicado al cuidado de la familia y del hogar, carece de participación dominical alguna en el cuantioso patrimonio del Sr. B. y si bien, como añade la sentencia, resulta sumamente dificultoso determinar la valoración fiel del patrimonio, se constata un desequilibrio notorio que pretende combatirse en esta sede afirmando que las plusvalías de su trabajo empresarial durante los 20 años de

convivencia matrimonial son producto exclusivo de reinversiones, extremo no recogido en la sentencia y cuya revisión del *factum* en dicha sede no puede realizarse, procediendo, por ende, la confirmación de la suma establecida de 600.000 euros como pensión indemnizatoria del art. 41 CF.

Ha de rechazarse el primer motivo del recurso de casación.

**QUINTO.- Pensión compensatoria y su limitación temporal.**

1.- El segundo motivo del recurso de casación denuncia la vulneración del art. 84 CF por cuanto la cuantía de la pensión y la falta de limitación en el tiempo no se ajusta a la interpretación jurisprudencial del citado precepto, en la medida en que el Sr. B. ha cumplido 70 años, en 2010, sus ingresos se han visto disminuidos así como su patrimonio y le es imposible seguir satisfaciendo una pensión compensatoria sin limitación temporal habida cuenta que no podrá mantenerse en activo mucho tiempo mientras que la Sra. N., con 48 años de edad, debe, según se afirma en el recurso, hacer un esfuerzo y buscar trabajo, extremo que no se ha acreditado, porque ni siquiera se ha inscrito como demandante de empleo. Por ello, solicita se fije la pensión en la cantidad de 3.704, 28 euros (frente a los 4.000 euros establecidos por la sentencia recurrida) con una limitación temporal de 3 años.

2.- En el desarrollo del motivo aun cuando se impugna la cuantía y se solicita una minoración no se ofrecen razones para su disminución. En cambio, lo realmente cuestionado y que constituye el núcleo del recurso estriba en la limitación temporal de la pensión, citando para ello las SSTSJ 20/2004, de 21 de junio, 19/2010, de 21 de mayo y 11/2010, 11 de marzo



La jurisprudencia de esta Sala –SSTSJC 43/2003, de 1 de diciembre, 20/2004, de 21 de junio, 12/2005, de 24 de febrero, 7 y 8/2006, de 27 de febrero, 8/2008, de 8 de mayo, 38/2008, de 10 de noviembre y 11/2010, de 11 de marzo, entre otras- ha declarado que la pensión compensatoria tiene vocación inequívoca de caducidad, si bien la fijación de un plazo o la limitación temporal para su pago resulta una facultad y no una obligación del órgano decisor, el cual deberá atender en cada caso a las circunstancias concretas que inclinen a optar por una u otra solución, por lo que se viene admitiendo la limitación temporal siempre que puedan determinarse en dicho momento todas las circunstancias que se relacionan en el art. 84 CF. En todo caso, se exige que quede plasmado en la correspondiente sentencia un juicio suficientemente ponderado y razonable de previsión de la superación o desaparición del desequilibrio que justificó su concesión, por lo cual, y sin perjuicio de la ponderación *ad hoc* de todas las circunstancias concurrentes en cada caso de entre las recogidas en el art. 84 CF para la fijación de la pensión —lo que convierte la cuestión en casuística y, por ello, de acceso a la casación limitado a los supuestos de valoración arbitraria, ilógica y absurda (SSTSJC 7/2006, de 27 de febrero y 36/2007, de 26 de noviembre; rechazándose la existencia por ello de interés casacional de forma reiterada en AATSJC 22/2011, de 17 de febrero que cita los AATSJC 13 octubre 2005, 26 mayo 2008, 14 julio 2008 y 20 Diciembre 2010,entre otros)—, no hemos apreciado inconveniente, sino todo lo contrario, en la fijación de un plazo cuando sea asequible la incorporación al mercado laboral del cónyuge acreedor de la pensión o, en general, cuando se pueda apreciar la posibilidad de un desarrollo autónomo que le permita un acceso a los medios económicos que de momento le proporciona la pensión.

3.- En el presente supuesto, el razonamiento efectuado por la sentencia recurrida resulta excesivamente genérico declarándose que “ ... *no se aprecian circunstancias objetivas, que apoyen la previsión futura, que con el transcurso de los tres años solicitados cesará la situación de desequilibrio económico... (manteniéndose) la pensión en forma indefinida..*”, por lo cual, hemos de examinar, sin alterar el “*factum*”, cuáles son los hechos determinantes y definatorios para estimar o no la limitación temporal.

Al respecto, ha de señalarse que la duración de la convivencia ha sido de 24 años incluyendo el tiempo anterior a contraer matrimonio, la edad de la esposa de 48 años, goza de una salud aceptable, su cualificación laboral es parca, pues anteriormente fue azafata y modelo durante una corta vida laboral (f. 304) y la compensación económica concedida por la vía del art. 41 CF lo ha sido en la suma de 600.000 euros. Con estos parámetros la Sala estima que resulta procedente fijar un límite temporal para la pensión compensatoria y la cifra en 8 años que constituye un tiempo razonable para que pueda acceder al mercado laboral, aun siendo conscientes de la actual dificultad y de su cualificación profesional, lo que no impide, sino todo lo contrario, que frente al carácter indefinido de dicha pensión fijado por la sentencia recurrida proceda su limitación temporal.

Por lo expuesto, teniendo presente los factores señalados en el presente caso, como son la edad de la esposa (48 años), una aceptable salud y la compensación económica concedida de 600.000 euros, procede la fijación temporal de la pensión compensatoria en atención a la posibilidad de que durante el plazo de 8 años – suficientemente amplio- pueda acceder al mundo laboral con ingresos económicos sustitutorios de la pensión, revocándose la sentencia recurrida en dicho extremo ya que, en el caso examinado, se valoran

como circunstancias no obstativas a la temporalización de la pensión tanto el dato de la edad y la salud como la concesión de una notoria pensión indemnizatoria con la finalidad de que durante el amplio lapso temporal fijado pueda obtener tanto un puesto laboral como cualificación profesional adecuada para su desarrollo.

En su consecuencia, hemos de estimar el segundo motivo en relación con la fijación temporal de la pensión que se establece en ocho años que se computarán desde el momento en que haya sido percibida, según lo anteriormente señalado.

**SEXTO.- Atribución del domicilio conyugal y su limitación temporal.**

El tercer motivo del recurso denuncia la infracción del art. 83 CF, por cuanto se estima que la citada norma establece la posibilidad de limitar en el tiempo la atribución del uso si se garantiza la vivienda, a través de la fijación de una cantidad para hacer frente al abono de un alquiler.

La sentencia recurrida revoca el pronunciamiento de la dictada por el juzgador de primera instancia que atribuyó la vivienda familiar a la esposa e hijos añadiéndose que para el caso de que se procediera a la venta de la misma el Sr. B. deberá abonar a la Sra. N. la suma de 1. 200 euros para hacer frente al alquiler de otra. Sin embargo, la resolución recurrida, con mayor acierto, establece que la atribución del uso de la vivienda, a falta de acuerdo de los cónyuges se realiza a favor del cónyuge (la Sra. N.) que tiene atribuida la custodia del hijo, Ignacio, menor de edad hasta tanto duren las funciones de la guarda y custodia de dicho menor lo que se corresponde con lo dispuesto en el art. 83.2 a) CF. Para el caso de venta de la vivienda durante dicho lapso temporal, se añade, en el F. J. 2º de la sentencia recurrida, deberá conservar la atribución del uso

a favor de la Sra. N., salvo acuerdo de las partes, sin perjuicio de que pueda sustituirse tal pronunciamiento del uso, por la contribución de una prestación económica tendente a lograr la contratación arrendaticia de otra vivienda para ser ocupada por la demandante y sus hijos.

La limitación temporal que solicita el recurrente no opera cuando como en el supuesto de autos existe un hijo menor de edad cuya custodia queda atribuida a la Sra. N. y se justifica que es éste el interés más digno de protección, pues como declaramos en la STSJC 17 /2010, de 22 de abril, con cita de otras resoluciones de este Tribunal, como las SSTSJC 33/2009, de 22 Septiembre, 13/2004, de 29 Marzo, 26/2006, de 22 de Junio y 49/2009, de 3 Diciembre, la limitación temporal que pretende imponerse a la madre y a los tres hijos comporta *de facto* una obligación de trasladarse a otra vivienda, lo que no se corresponde ni con lo dispuesto en el art. 83. 2. a) CF ni con el interés prevalente del menor de edad, que es exclusivamente lo que debe ponderarse en el momento presente. El citado precepto dispone que la atribución se realiza en forma "preferente" al cónyuge que tiene la guarda y custodia del menor, frente a a lo cual deben existir razones poderosas que comporten una excepción a la regla general, lo que no concurre en el caso examinado mientras no se justifique la existencia de un interés más perentorio por parte del recurrente o que, tal como se recoge en la sentencia recurrida, alcanzada la mayoría de edad pueda instarse su continuidad, entonces, de conformidad con el art. 83. 2. b) CF según el criterio legal de mayor necesidad, siendo este último extremo una cuestión ajena al debate litigioso puesto que no es el supuesto examinado (incardinado en el art. 83. 2. a): atribución de la vivienda a la esposa que tiene a su custodia un menor de edad, no justificándose motivos enervantes de dicha atribución.

En su consecuencia, procede rechazar el tercer motivo del recurso de casación.

#### IV- COSTAS Y DEPOSITOS PARA RECURRIR.

##### **SEPTIMO.- Costas.**

No procede imponer las costas del recurso extraordinario de infracción procesal deducido por la representación de la Sra. N., y las costas de los recursos de casación interpuestos por las dos partes recurrentes, al estimarse parcialmente todos los recursos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC.

##### **OCTAVO.- Depósito para recurrir.**

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ apartados 8º y 9º cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o confirme la resolución recurrida se perderá el depósito y, por otra parte, si se estimare total o parcialmente el recurso se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito, por lo cual, procede la devolución a las partes de los depósitos realizados.

## FALLAMOS

### LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DECIDE:

1º/ **Ha lugar parcialmente al recurso extraordinario de infracción procesal** deducido por la representación procesal de D<sup>a</sup> Mónica N. y **ha lugar parcialmente a los recursos de casación** interpuestos por las representaciones procesales de D<sup>a</sup> Mónica N. y D. Claudio B. contra la sentencia de fecha 8 de Julio de 2010 y auto de aclaración de 21 de Julio de 2010, dictados en el Rollo de apelación 781/2009 por la Sección 12<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona

2º/ Casamos la sentencia en los dos siguientes particulares:

- A) Las pensiones alimenticias para Claudia y Jorge se fijan en la cantidad de MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO EUROS MENSUALES (1.625 euros) para cada uno de ellos y en el importe de DOS MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO EUROS MENSUALES (2.625 euros) para Ignacio, que serán actualizadas anualmente, con efectos de uno de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precio al consumo, según el INE o el organismo que correspondiere fijarlos en cada momento, y
- B) La cantidad de CUATRO MIL EUROS (4.000 euros) fijada como pensión compensatoria para D<sup>a</sup> Mónica N. se establece con un límite temporal total de OCHO AÑOS a contar desde su percepción.

3º/ SE CONFIRMA la Sentencia recurrida en todos los restantes pronunciamientos, y

4º/ No ha lugar a la imposición de las costas de los recursos de infracción procesal y de casación a ninguna de las partes recurrentes, con devolución de los depósitos constituidos.

Remítanse las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de su procedencia.

Así lo acuerdan, manda y firman los Magistrados indicados al margen, doy fe.

**PUBLICACIÓN.** La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.