



Roj: **STS 2951/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2951**

Id Cendoj: **28079110012019100482**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2019**

Nº de Recurso: **6071/2018**

Nº de Resolución: **501/2019**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1730/2018,**  
**STS 2951/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 501/2019**

Fecha de sentencia: 27/09/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6071/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Bilbao (4ª)

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6071/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 501/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M. Ángeles Parra Lucán



D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 27 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, como consecuencia de autos de juicio de divorcio n.º 758/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6 (familia) de Bilbao; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Emma , representada ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Carlos Alfonso Castro Serrano, bajo la dirección letrada de doña Rosa María González González. También ha sido parte don Juan Carlos que no ha comparecido ante este Tribunal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de doña Emma , interpuso demanda de juicio de divorcio contra don Juan Carlos , y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia decretando:

"1.- El DIVORCIO del matrimonio compuesto por DÑA. Emma y D. Juan Carlos .

"2.- Se acuerde la DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL a fecha 23 de marzo de 2016, desde el cese efectivo de convivencia, y se determine que la Sra. Emma se encargará de la administración de los bienes gananciales.

"3.- Se determine que:

"I.- La patria potestad sobre el hijo será ejercida de forma conjunta.

"II.- La custodia será compartida, y con la siguiente distribución del tiempo de Severiano con su padre Juan Carlos y con su madre Emma :

"1.- Severiano convivirá una semana con su madre y otra con su padre en los domicilios donde residan éstos, de viernes desde la salida del colegio hasta el viernes siguiente a la salida del colegio.

"2.- Entre semana, el progenitor a quien no le corresponda estar con el menor, podrá estar en su compañía dos días desde la salida del colegio hasta las 21 horas, en caso de desacuerdo serán los martes y jueves.

"3.- Ambos progenitores podrán acudir a cualquier actividad escolar o extraescolar, deportiva...etc. en la que participe su hijo.

"4.- Los puentes o fines de semana largos corresponderá la convivencia del menor al progenitor al que le correspondiese el fin de semana al que se unan las fiestas anteriores o posteriores, salvo por motivos laborales, en que se encargará el otro progenitor.

"5.- El progenitor que no esté conviviendo con el menor, podrá comunicarse con él por teléfono, mensajería electrónica, etc...

"6.- Durante las vacaciones escolares, que vienen determinadas por el calendario oficial escolar, se propone:

d) (sic) Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos periodos. El primero desde la terminación de las clases o actividad extraescolar hasta las 10 horas del día 31 de Diciembre; y el segundo desde ese momento hasta el inicio de las clases. Los progenitores se repartirán ambos periodos por mitad teniendo en cuenta el calendario laboral de ambos, y en caso de coincidencia elegirá el padre en los años pares y la madre en los impares al menos 1 mes de antelación.

e) Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos periodos de igual duración, considerándose éstos: el primero de lunes a domingo santo y el segundo de lunes a domingo de pascua. Los progenitores se repartirán ambos periodos por mitad teniendo en cuenta el calendario laboral de ambos, y en caso de coincidencia elegirá el padre en los años pares y la madre en los impares con al menos 1 de antelación.

f) En los meses de junio y septiembre se mantendrá la convivencia con lo manifestado en el punto 1.-, y durante los meses de julio y agosto, ambos progenitores disfrutarán de un periodo de 15 días en total con su hijo teniendo en cuenta el calendario laboral de ambos, y en caso de coincidencia elegirá el padre en los años pares y la madre en los impares con al menos 2 meses de antelación. El resto del tiempo se mantendrá la convivencia con lo manifestado en el punto 1.-



"7.- Cualquiera de los progenitores que se trasladen con el menor de vacaciones fuera del domicilio donde conviven, lo comunicará al otro y el progenitor que no esté con el menor.

"8.- En caso de enfermedad del menor, Severiano , cualquiera de los progenitores deberá comunicárselo al otro, permitiendo visitarle en su domicilio.

"III.- El uso de la vivienda familiar, lo tiene el padre desde el 23 de marzo de 2016 en que la Sra. Emma se vio obligada a salir del domicilio familiar, presionada desde el día 21, y el mismo lo ostenta en condición de propietario del inmueble. Todos los gastos referentes a la misma o cualquier otro bien privativo de la misma desde la referida fecha han de ser abonados por el Sr. Juan Carlos .

"IV.- Respecto a la contribución de alimentos para su hijo Severiano , cada uno de los progenitores abonará directamente los gastos ordinarios de alimentación del menor durante el tiempo que permanezca en su compañía.

"La paga semanal del menor la abonará el progenitor con quien le corresponda estar ese fin de semana.

"Se abonarán los gastos del menor, ingresando el padre 200 euros al mes y la madre otros 200 euros al mes durante doce mensualidades en la cuenta mancomunada a nombre de ambos, en los cinco primeros días de cada mes para el abono de: Los gastos ordinarios de educación, tanto de enseñanza reglada como comedor, seguro escolar, asociación de padres de alumnos, excursiones o actividades escolares ordinarias fuera del centro, libros de texto y restante material escolar, futuros gastos universitarios ... etc; las actividades extraescolares que actualmente realiza el menor: fútbol, piscinas y técnicas de estudio abono de los consumos del móvil del menor, así como cualquier otra actividad o gasto corriente necesario para el menor y acordado por ambos progenitores. Esta cantidad se actualizará en todo caso conforme al IPC que se publique en INE y organismo que lo sustituya para al Comunidad Autónoma del País Vasco, debiendo realizar la primera actualización en enero de 2017.

"Los progenitores abonarán igualmente por mitades partes, las actividades extraescolares que realice el menor y acordados por ambos, así como los gastos extraordinarios por clases de apoyo o de refuerzo escolar que precise y sean recomendadas por profesores o tutores, y colonias de verano. Además, serán abonados por ambos progenitores por mitad, los gastos de naturaleza médica, farmacéutica crónica, óptica, odontológica y demás de carácter médico no cubierto por la Seguridad Social.

"El resto de gastos no urgentes que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores deberán abonarse por aquél que determine su realización si es que el gasto llega a producirse; o por mitad, cuando sean adoptados de común acuerdo.

"La madre abonará el IMQ del hijo en lo que su trabajo se lo siga abonando.

"4.- Que se condene en COSTAS al demandado, si se opusiera a lo pedido en esta demanda."

**1.-2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que:

"...dicte Sentencia por la que se declare la disolución del matrimonio contraído por DON Juan Carlos y DOÑA Emma , por divorcio, estableciéndose en dicha sentencia las siguientes medidas definitivas:

"1.- Atribuir al padre, DON Juan Carlos , el ejercicio de las funciones siguientes, integradoras de la patria potestad como lo son: la custodia del menor; determinación del domicilio del menor y cambio del mismo; educación eligiendo centros escolares; decisiones médicas, excluidas las que conlleven intervención quirúrgica o internamiento superior a 10 días en hospital o centro clínico, que deberán ser estas últimas notificadas a la demandante; dándose en las restantes funciones la coparticipación de ambos progenitores.

"2.- Se atribuirá la custodia singular del menor al padre previa su audiencia, al contar el menor con 13 años a cumplir 14 dentro de tres meses, así como la comunicación que desea el menor tener con su madre y la forma y extensión de la misma.

"3.- Atribuir al menor el uso del que fuera domicilio familiar, bien privativo de mi mandante, sito en Bilbao CALLE000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 .

"4.- Se fije a favor del menor y por cuenta de su señora madre la suma de 850 € mensuales, que deberá ingresar en la cuenta de mi representado en el Banco de Santander número NUM003 , abonándose dicha suma por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, debiendo ser actualizada anualmente y con arreglo a las variaciones que se produzcan en los ingresos que percibe la demandante de la empresa donde trabaja " DIRECCION000 ."



Los gastos extraordinarios que precise el menor serán abonados en la proporción del 75% por la esposa madre y el 25% por mi representado, en las formas y condiciones que la Ley exige."

1.-3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 15 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimando la demanda presentada por la procuradora doña Oihana Pérez, en nombre y representación de doña Emma se declara la disolución legal por divorcio del matrimonio formado por don Juan Carlos y doña Emma .

"Se establecen las siguientes medidas derivadas del divorcio:

"1º) Ambos progenitores ejercerán de manera conjunta la patria potestad sobre el hijo menor de edad Severiano, tomando de mutuo acuerdo cuantas decisiones importantes pudieran afectar al hijo menor y, en particular, la elección de centro escolar, el sometimiento a tratamientos médicos u operaciones quirúrgicas y la participación activa en celebraciones religiosas. Ambos progenitores tendrán derecho a obtener información por parte de los educadores y médicos que atiendan a su hijo menor.

"2º) Se establece la guarda y custodia del hijo menor Severiano compartida por ambos progenitores por semanas alternas de viernes a viernes a la hora de salida del menor del centro, escolar. Si el viernes no fuera lectivo el intercambio se producirá a las 17:00, horas en el domicilio del progenitor que finalice la semana de custodia.

"3º) Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar sito en la CALLE000 de Bilbao a don Juan Carlos .

"4º) Se establece el siguiente régimen de visitas a favor del progenitor que no ejerza la guarda y custodia cada semana:

"Un día entre semana, en defecto de acuerdo los martes, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas en que, reintegrará, al menor en el domicilio del progenitor que ejerza la custodia esa semana (en el caso, de la madre, el domicilio de la abuela materna).

"5º) Los periodos de vacaciones escolares se dividirán por mitad entre ambos progenitores:

"- las vacaciones escolares de Navidad se dividan en dos periodos: el primero desde la salida del colegio el último día escolar hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas y el segundo desde el 30 de diciembre a las 20:00 horas hasta el último día de vacaciones.

"- las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos periodos: el primero desde la salida del colegio el último día de clase hasta las 20:00 horas del Domingo de Resurrección y el segundo periodo desde las 20:00 horas del Domingo de Resurrección hasta el último día del periodo de vacaciones.

"- las vacaciones de verano comprenderán los meses de julio y agosto y se dividirán en cuatro periodos que comprenderán:

"a) desde el 30 de junio a las 20 horas hasta el 15 de julio a las 20 horas.

"b) desde el 15 de julio a las 20 horas hasta el 31 de julio a las 20 horas.

"c) desde el 31 de julio a las 20 horas hasta el 15 de agosto a las 20 horas.

"d) desde el 15 de agosto a las 20 horas hasta el 31 de agosto a las 20 horas.

"Los días de vacaciones de junio y septiembre se continuará con el régimen ordinario de custodia compartida por semanas alternas.

"En los años pares corresponderá a la madre elegir el periodo y en los impares al padre, debiendo preavisar con una antelación mínima de un mes.

"Finalizado el periodo vacacional, se reanudará la custodia compartida de forma que desde el primer día de clase posterior a las vacaciones escolares, el menor quedará bajo la custodia del progenitor con quien no haya estado en el último periodo vacacional y se prolongará hasta el siguiente viernes por la tarde coincidiendo con la salida del hijo del centro escolar. A partir de ese momento corresponderá ejercer la custodia al otro progenitor durante una semana y así sucesivamente.

"Si el primer día de clase después de las vacaciones coincide en viernes se reanudará directamente la alternancia semanal en la guarda y custodia empezando por el progenitor que no haya estado con el hijo en el último periodo vacacional.

"6º) Se fija como contribución a los alimentos del hijo lo siguiente:



"Cada progenitor se hará cargo de los gastos de manutención, habitación, vestido ocio, y farmacia de su hijo que se produzcan en la semana que ejerza la custodia.

"Además, cada progenitor abonará 200 € al mes en una cuenta conjunta de administración mancomunada. Estas cantidades se ingresarán por rneses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que se aperture al efecto y serán actualizadas anualmente, con base en las variaciones que experimente el índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística. Los gástos de educación y del teléfono móvil del menor se domiciliarán en dicha cuenta.

"7º) Los gastos extraordinarios que se generen en relación al hijo común serán satisfechos al cincuenta por ciento entre ambos progenitores.

"Se entiende por gastos extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos e hijas y, en todo, caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o por seguro médico, así como los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos, e hijas, siempre que exista acuerdo sobre ellas.

"No se considerarán incluidos aquellos gastos voluntarios que, aunque sean continuados, no respondan a necesidades de los hijos e hijas pero se consideren adecuados para ellos, en cuyo caso serán abonados únicamente por el progenitor que así lo estime.

"El progenitor que realice el gasto, deberá informar previamente sobre el concepto e importe de gasto y recabar el consentimiento del otro progenitor. Se exceptúan únicamente los gastos urgentes, en cuyo, caso deberá informarse inmediatamente después. Si el progenitor que no ha realizado el gasto no manifiesta su consentimiento ni oposición en un plazo de 15 días desde que se le informó, se entiende que lo acepta tácitamente. Sí surge controversia se decidirá judicialmente.

"El gasto del IMQ del hijo, se abonará por la Sra. Emma en la medida que sea abonado por la empresa en la que trabaja. Si no fuera así, se sujetará al régimen previsto para los gastos extraordinarios.

"8º) Se declara como fecha en la que se produjo la disolución del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales el 23 de marzo de 2016.

"Se acuerda la administración conjunta de los bienes gananciales.

"No se hace especial imposición de las costas causadas en este procedimiento."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Juan Carlos y, sustanciada la alzada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictó sentencia con fecha 20 de julio de 2018 , cuyo Fallo es como sigue

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Cristina Palacio Querejeta, en representación de D. Juan Carlos contra la sentencia la Sentencia dictada por el la Ilma Sra Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Bilbao, en los Autos de Divorcio nº 758/16 de que este rollo dimanara revocamos parcialmente la sentencia apelada y en su lugar de las medidas establecidas en aquella se establece las siguientes medidas:

"Se atribuye la guarda y custodia del menor Severiano al padre, D. Juan Carlos .

"Se establece derecho de visitas a favor de la madre consistente en Las visitas consistirán en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar y si fuese festivo desde el jueves hasta el lunes por la mañana a la entrada del centro escolar y si es festivo hasta el martes.

"Durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano la estancia del menor con sus progenitores se distribuirán en la forma que señala la sentencia apelada, se suspenderán las visitas intersemanales.

"Se fija la contribución de la madre a los alimentos del menor en trescientos cincuenta (350) euros mensuales, actualizables conforme al IPC, que se ingresaran dentro de los cinco primeros días del mes en la cuenta que designe el padre.

"Los gastos extraordinarios del menor se abonarán en un 25% el padre y 75% la madre.

"Se mantienen las medidas establecidas en la sentencia apelada que no están en contradicción con las fijadas en esta.

"La fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la de la sentencia de divorcio.

"No se efectúa especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el recurso."





**TERCERO** .- La procuradora doña Ohiana Pérez Valcarcel, en nombre y representación de doña Emma , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional, fundado el primero como motivo único, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC , en la infracción del artículo 24 CE por error patente.

El recurso de casación se formula por dos motivos:

"1.- Por infracción del artículo 1392 CC y oposición a la doctrina jurisprudencial.

"2.- Por infracción de los artículos 1392 CC y 1393-2.ª CC y oposición a la doctrina jurisprudencial.

**CUARTO** .- Se dictó auto de fecha 22 de mayo de 2019 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, sin que se haya personado la parte recurrida.

**QUINTO**.- No habiendo solicitado vista las partes, se señaló para votación y fallo el día 18 de septiembre 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Doña Emma formuló demanda de divorcio contra su esposo don Juan Carlos , solicitando una serie de declaraciones y de medidas y, entre ellas, para lo que interesa a los presentes recursos, que se declarara como fecha de extinción de la sociedad de gananciales la de 23 de marzo de 2016, que fue cuando la demandante abandonó el hogar familiar.

**SEGUNDO**.- La parte demandada se opuso y la sentencia de primera instancia de fecha 15 de enero de 2018 , en lo que ahora interesa, declaró como fecha en que se produjo la extinción del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales la de 23 de marzo de 2016, según había solicitado la demandante.

**TERCERO**.- El demandado recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.º) estimó el recurso y declaró que la fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la de la sentencia de divorcio.

Frente a dicha sentencia ha recurrido la demandante por infracción procesal y en casación.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

**CUARTO**.- El único motivo del recurso por infracción procesal se ampara en el artículo 469.1-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se formula por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución , por error patente imputable a la sentencia recurrida en cuanto afirma que la demandante no solicitó en su demanda la declaración de que el régimen de gananciales había quedado extinguido en fecha 23 de marzo de 2016 , cuando sí lo había hecho.

Es cierto que la sentencia recurrida (fundamento de derecho quinto, párrafo sexto) así lo establece y claramente incurre en error ya que tal petición sí se formuló en la demanda.

Ahora bien, el motivo únicamente podría prosperar -con el efecto de dar lugar a la anulación de la sentencia recurrida- si fuera esa -la de la congruencia- la única razón por la que la sentencia impugnada estima el recurso, pero no es así ya que basta la lectura del fundamento quinto de dicha sentencia para comprobar que el argumento erróneo se formula sólo como refuerzo de lo anteriormente razonado ya que la conclusión obtenida por el tribunal parte de la aplicación que considera adecuada de lo dispuesto por los artículos 1392 y 1393-3.º del Código Civil , de la que deduce que la extinción de la sociedad de gananciales se produce con el dictado de la sentencia de divorcio.

No basta la presencia de una infracción procesal para estimar el recurso formulado cuando, pese a existir, resulta irrelevante para llegar a la solución jurídica que acoge la sentencia recurrida pues, aunque no se hubiera producido, la sentencia se habría pronunciado en el mismo sentido, como ocurre en el caso presente.

En consecuencia, el recurso ha de ser desestimado.

### Recurso de casación

**QUINTO**.- Los dos motivos de casación denuncian en realidad la misma vulneración de normas y de jurisprudencia en relación con el momento en que ha de considerarse extinguida la sociedad de gananciales en los supuestos de separación de hecho, refiriéndose a los artículos 1392 y 1393-2.º (debe entenderse 3.º) del Código Civil , con vulneración de la doctrina jurisprudencial de esta sala y, en concreto, las sentencias núm. 238/2007, de 23 febrero , y núm. 165/2008, de 21 de febrero .

El artículo 1392 CC establece que la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho, entre otras causas, por la disolución del matrimonio, mientras que el 1393-3.º dispone que también concluye la sociedad de



gananciales por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, cuando exista separación de hecho por más de un año o por abandono del hogar. Pero considera la recurrente que la doctrina de la sala ha interpretado de modo muy flexible tales causas declarando que la extinción se produce por el cese de la convivencia, citando al respecto las referidas sentencias.

Esta sala ha abordado recientemente la cuestión en su sentencia núm. 297/2019, de 28 de mayo, en un supuesto en que se interesaba que se declarara la extinción de la sociedad de gananciales en el momento de adopción de las medidas provisionales en el proceso matrimonial. Se cita en dicha sentencia el artículo 1391.1 CC, según el cual la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio y el 95 en cuanto dispone que la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial; el artículo 103, regla 4.ª, que al referirse a las medidas provisionales que afectan a los bienes gananciales las extiende también a los bienes que se adquieran en lo sucesivo, sentando así la subsistencia del régimen y el carácter ganancial de los bienes -comprendidos en la relación del artículo 1347- aunque se adquieran con posterioridad a la adopción de las medidas. Refiere que el legislador no ha considerado oportuno ni siquiera que la admisión de la demanda de separación o divorcio tenga como efecto inmediato la extinción del régimen económico matrimonial y sí, por el contrario, que suponga la revocación de los consentimientos y poderes otorgados. Se reconoce que la jurisprudencia de la sala ha admitido, no obstante, que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no se considerarán gananciales los bienes individualmente adquiridos por cualquiera de los cónyuges, especialmente cuando lo sean por el propio trabajo o industria. Sin embargo, ahora precisa el Tribunal Supremo que "Esta doctrina, como puso de relieve la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho ( arts. 1393.3.º, 1368 y 1388 CC ) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe ( art. 7 CC )".

**SEXTO.-** En cuanto a las sentencias en que se fundamenta el interés casacional, se refieren a supuestos que no son análogos al ahora planteado.

En el caso de la sentencia núm. 238/2007, de 23 febrero (Recurso 2176/2000) se trataba de un matrimonio contraído bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales en el año 1970, del que nació un hijo, pero dos años después de su celebración se produjo la separación de hecho quedando el esposo en Alemania y trasladándose la esposa y el hijo a España, sin que volviera a reanudarse la convivencia ni existiera comunicación alguna entre los cónyuges. En el año 1990 la esposa solicitó la separación matrimonial, que se acordó por sentencia de 20 de mayo de 1991, siendo así que en el año 1974 -dos años después de la separación de hecho- el esposo había adquirido una finca que, en principio, fue considerada como ganancial por el Juzgado de Primera Instancia, si bien la Audiencia -al conocer del recurso de apelación interpuesto- afirmó el carácter privativo del inmueble al haber sido adquirido por el esposo estando ya interrumpida la convivencia conyugal y transcurridos aproximadamente unos dos años desde la separación de hecho, sin que la esposa haya acreditado que contribuyese al abono del precio estipulado en el contrato de compraventa.

El supuesto que da lugar a la sentencia núm. 165/2008, de 21 febrero, también es distinto al presente pues en aquel caso, producida la separación de hecho y manteniendo el esposo una nueva relación de convivencia con otra persona, hace donaciones a esta última por importantes cantidades, pero habiendo quedado acreditado que sus ganancias anuales excedían con mucho de las cantidades donadas.

En el caso ahora enjuiciado es cierto que el abandono del hogar por la esposa se produjo el 23 de marzo de 2016, sin que la misma solicitara judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales, formulando la demanda de divorcio el 18 de octubre siguiente, sin que se haya justificado que el esposo haya actuado faltando a las exigencias de la buena fe, como requiere la doctrina de la sala recientemente manifestada en la sentencia núm. 297/2019.

**SÉPTIMO.-** Desestimados ambos recursos, no procede sin embargo la condena en costas a la parte recurrente ( artículos 394 y 398 LEC ), al apreciarse circunstancias excepcionales, dado que efectivamente la sentencia impugnada incurrió en el error de hecho expresado en el recurso por infracción procesal y el recurso de casación se desestima con fundamento en una doctrina jurisprudencial posterior a la fecha de formulación del recurso. Se decreta la pérdida de los depósitos constituidos por la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

**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 los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de doña Emma contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª) en Rollo de Apelación n.º 652/2018, con fecha 20 de julio de 2018 .

**2.º-** Confirmar la sentencia recurrida.

**3.º-** No hacer especial pronunciamiento sobre costas causadas por ambos recursos, con pérdida de los depósitos constituidos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ