

Roj: **STS 791/2005** - ECLI: **ES:TS:2005:791**Id Cendoj: **28079110012005100058**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/02/2005**Nº de Recurso: **656/2002**Nº de Resolución: **44/2005**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ANTONIO ROMERO LORENZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Quart de Poblet, sobre separación; cuyo recurso ha sido interpuesto por DOÑA Blas , representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Silvia de la Fuente Bravo; siendo parte recurrida DON Jose Carlos , no personado en estas actuaciones.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Quart de Poblet (Valencia), fueron vistos los autos de juicio ordinario de menor cuantía número 223/2000 , a instancia de D<sup>a</sup> Blas , representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Amparo Royo Blasco, contra D. Jose Carlos , sobre separación matrimonial.

1.- Por la representación de la parte actora, se formuló demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que se declare: 1º Patria potestad, guardia y custodia de los hijos menores de edad. Régimen de visitas. en cuanto a la Patria Potestad, de los hijos del matrimonio menores de edad, continuarán bajo la Patria Potestad de ambos cónyuges, por lo que cuantas decisiones les afecten serán tomadas de común acuerdo, teniendo siempre presente el interés del hijo. No obstante quedarán bajo la guarda y custodia de la madre.- En cuanto al Régimen de visitas, deberá establecerse de la manera más amplia y sin sujeción a horario, predominando siempre la voluntad de la menor, no obstante se propone el siguiente régimen de visitas: -A. El padre podrá tener consigo al menor, los fines de semana alternos desde el viernes a las 18 horas hasta el domingo a las veintiuna horas, incluidos vacaciones estivales, de Navidad y cualquier otras.- B. Asimismo se establece que el padre disfrutará de la compañía de su hijo, la mitad del período vacacional escolar y de vacaciones de Navidad y Semana Santa, adjudicándose a la madre de primer período cuando la terminación del año sea par y al padre cuando sea impar.- 2º.- Domicilio conyugal y Ajuar doméstico. Procede la atribución del domicilio conyugal, así como el ajuar doméstico a mi mandante, Doña Milagros y a sus hijos, por cuanto que constituyen el interés más necesitado de protección, fijándose este en la localidad de Manises, CALLE000 , nº NUM000 , pta. NUM001 .- 3º Alimentos y contribución a las cargas del matrimonio. La única hija del matrimonio que no cuenta con ingresos propios por estar estudiando, es Pilar . En atención a ello el esposo deberá ingresar en la cuenta que se designe a tales efectos la cantidad de 30.000'- ptas. mensuales, ya que la hija actualmente se encuentra a cargo únicamente de la esposa. Cantidad que deberá pagar los cinco primeros días de cada mes, en concepto de alimentos para la hija y contribución a las cargas familiares. Esta cantidad será objeto de revisión anual según el incremento del coste de la vida que publica el INE.- Que se señale judicialmente una compensación económica a favor de la esposa por su dedicación pasada a la familia tomando como base el S.M.I. (Salario Mínimo Interprofesional) de una empleada de hogar en el año 2.000, en jornada completa de cuarenta horas semanales, correspondiente a 14 pagas anuales de 70.680'- ptas. para el año 2.000 actualizables anualmente



con el nuevo S.M.I. por los dieciocho años de la esposa de dedicación exclusiva a la familia, que suman 989.520'- ptas. anuales, por 18 años de trabajo para la casa que suman un total de 17.811.360'- ptas. y descontándose la contribución de la madre al levantamiento de las cargas familiares, es decir, la mitad de dicha cantidad, el importe que deberá entregarse a la esposa por el esposo en tal concepto será de 8.905.680'- ptas. Pudiendo acordarse la sustitución de dicha cantidad por 14 pagas anuales de S.M.I. de 70.680'- ptas. actualizables anualmente con el nuevo salario mínimo interprofesional que se señale durante nueve años o la mitad de dicha cantidad durante dieciocho, es decir, 14 pagas anuales de 35.340'- ptas. para el año 2.000 actualizables anualmente con el nuevo S.M.I."

2.- Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos el Procurador D. Carlos Aznar Gómez, en su representación, quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que: "... se decrete la separación de los esposos, acordando las medidas definitivas interesadas de contrario y que aquí se aceptan, en orden a la patria potestad, guardia y custodia y régimen de visitas, así como atribución del domicilio familiar y ajuar doméstico a la esposa, con fijación de la pensión alimenticia en favor de Pilar por importe de 30.000.- Ptas mensuales, con su adaptación al IPC, y con expresa exclusión y rechazo de la compensación económica en favor de la esposa que se articula de contrario y que aquí queda desvirtuada, en atención a las razones expuestas".

3.- La Ilma. Sra. Juez Sustituta de Primera Instancia, dictó sentencia en fecha 27 de junio de 2001, cuyo fallo es el siguiente: "Estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Amparo Royo Blasco en nombre y representación de D<sup>a</sup> Blas contra D. Jose Carlos representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Aznar Gómez; debo declarar y declaro la separación del matrimonio formado por los cónyuges D<sup>a</sup> Blas y D. Jose Carlos en base a la causa de separación recogida en el artículo 82-5 del Código Civil. Fijándose como definitivas, las medidas recogidas en el fundamento segundo de esta resolución que son las siguientes. Primero: En cuanto al ajuar doméstico y al domicilio conyugal sito en Manises D/ CALLE000 n<sup>o</sup> NUM000 pta. NUM001 se atribuye a Blas y a sus hijos.- Segundo: Se fija la cantidad de 30.000.- pesetas mensuales para la hija del matrimonio Pilar, que aunque mayor de edad no cuenta con ingresos propios, dicha cantidad deberá abonarla el Sr. Jose Carlos. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme al IPC, y que deberá ingresar dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que designe la actora.- Estimando ambos esposos conforme en la adopción de dichas medidas.- Tercero.- al ser todos los hijos del matrimonio mayores de edad, no se hace pronunciamiento sobre patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas.- Se establece una compensación económica a favor de la esposa por su dedicación pasada a la familia que deberá ser abonada por el esposo Sr. Jose Carlos, que consistirá en doce pagas anuales de 40.000.- pesetas cada una de ellas durante un plazo de dieciocho años, cantidad que el esposo deberá abonar en la cuenta bancaria que la esposa designe a tal fin durante los cinco primeros días de cada mes.- Sin hacer especial pronunciamiento en costas".

SEGUNDO.- Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia en fecha 16 de enero de 2002, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "... Declaramos haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Carlos Aznar Gómez en representación de Don Jose Carlos contra la sentencia de fecha 27-6-2001 dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> instancia n<sup>o</sup> 3 de Quart de Poblet cuya resolución revocamos absolviendo al demandado de los pedimentos de la actora, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias".

TERCERO.- 1.- La Procuradora D<sup>a</sup>. Silvia de la Fuente Bravo, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Blas, interpuso recurso de casación con apoyo en cuatro motivos que se desarrollarán en los Fundamentos jurídicos de esta resolución.

2.- Admitido el recurso, y no teniendo solicitada por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de enero del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO ROMERO LORENZO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Blas formuló demanda contra su esposo D. Jose Carlos, solicitando se decretase la separación de los cónyuges y se estableciesen como definitivas las medidas provisionales acordadas por auto de 28 de noviembre de 2000. El Sr. Jose Carlos, por su parte, interesó que se acogiesen las peticiones de su esposa, salvo en lo referente a la compensación económica solicitada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la pretensión deducida, declarando la separación de los cónyuges, atribuyendo a la esposa y a sus hijos el ajuar doméstico y el domicilio conyugal y estableciendo una



ayuda mensual para la hija del matrimonio que aún siendo mayor de edad no contaba con ingresos propios, así como una compensación económica de 40.000 pts. mensuales durante 18 años a favor de la demandante. No se hizo declaración en cuanto a costas.

En fase de apelación, la Audiencia Provincial revocó la resolución del Juzgado "absolviendo al demandado de los pedimentos de la actora, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias", según textualmente se hace constar en la sentencia de 16 de enero de 2002. Doña Blas ha interpuesto el presente recurso de casación por interés casacional, acompañando el texto de las sentencias de esta Sala a cuya doctrina entiende se opone la resolución de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- Expone la recurrente que a su juicio los cónyuges estaban sujetos al régimen matrimonial de separación de bienes, ya que el demandado era de vecindad foral balear, por haber nacido en Ibiza y ser hijo de personas aforadas, y además, el matrimonio se había celebrado en Ibiza el 18 de abril de 1973, donde residieron los cónyuges hasta que a finales de 1974 se trasladaron a Valencia. Por ello había solicitado la indemnización prevista en el art. 1438 del Código Civil, petición a la que el demandado se opuso, alegando que al ser la actora de vecindad civil común, el matrimonio estaba sometido al régimen de gananciales.

En la sentencia que se impugna, la Audiencia Provincial revoca la del Juzgado, partiendo de la afirmación de que la demandante no había acreditado la existencia de una separación de bienes y de que existía cuando menos la sospecha de que no era éste el régimen matrimonial de los litigantes, dado el escasísimo tiempo que vivieron en Ibiza, en tanto que durante un largo período residieron en Valencia, donde hacía 26 años había nacido el segundo de sus hijos. Subraya, además, que en una declaración de renta obrante en autos se hacía constar que el régimen matrimonial de los interesados era el de gananciales.

Añade, que, por otra parte, aún cuando el matrimonio hubiese estado sometido al régimen de separación, tampoco sería procedente la indemnización que solicitaba la esposa, pues dicha compensación solo puede fundarse en la existencia de una desigualdad patrimonial en el momento de la separación, en perjuicio del cónyuge que careciere de retribución o la tuviere insuficiente y que además se haya dedicado a la casa.

Finalmente indica que en, consecuencia, en caso de inexistencia de bienes durante el matrimonio no podrá aplicarse el artículo 1438 del Código Civil, y esto es lo que ha sucedido en el caso de litigio pues la esposa había reconocido en confesión que no habían adquirido nada durante su unión.

TERCERO.- La recurrente, en apoyo de su tesis en cuanto a la determinación de la ley vigente en los matrimonios contraídos -como el de los litigantes- antes de la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1973-1974, invoca la doctrina sentada por las sentencias de esta Sala cuyo testimonio acompaña.

En la sentencia de 6 de octubre de 1986, se afirma que antes de las mencionadas reformas, el Código Civil imponía la sujeción de los cónyuges al régimen económico matrimonial correspondiente a la vecindad civil del varón, en atención al principio de unidad familiar y se añade que la reforma de 1974 había mantenido como punto de conexión la ley personal del marido en el momento de contraerse el matrimonio, la cual habría de aplicarse a falta de capitulaciones matrimoniales y de carencia de una ley nacional común durante el matrimonio, concluyendo que era la vecindad civil del varón la que discernía de modo inalterable y fijaba para siempre -salvo la posibilidad de capitular- el régimen económico matrimonial.

En la sentencia de 10 de diciembre de 1952, se da igualmente por sentado que la vecindad foral del varón, al tiempo de contraer el matrimonio, determinaría los efectos patrimoniales del mismo y en términos análogos se expresan la sentencia de 23 de marzo de 1992 y la de 15 de noviembre de 1991. CUARTO.- Por lo que al caso que nos ocupa se refiere ha de recordarse que los litigantes contrajeron matrimonio el 18 de abril de 1973, fecha en que aún no habían entrado en vigor la ley de Bases 3/1973, de 17 de marzo ni el Decreto 1836 de 31 de mayo de 1974, de reforma del Título Preliminar del Código Civil.

Por ello, se mantenía vigente la redacción originaria de los artículos 9, 12, 13 y 14, así como el art. 15, cuyo penúltimo párrafo establecía que, en todo caso, la mujer casada seguiría la condición de su marido.

Tras la reforma de 1973-1974, el art. 9.3 dispuso que el cambio de nacionalidad no alteraría el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acordasen los cónyuges, en tanto que el art. 16.1 se remitía al Capítulo IV (Normas de Derecho Internacional Privado, art. 8 al 12) para resolver los conflictos de leyes que pudieran surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional.

Después de la promulgación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre (y lo mismo tras la Ley 11/2003, de 29 de septiembre) el art. 9.2 señala las leyes que, en cada supuesto, han de regir los efectos del matrimonio, disponiendo que a falta de ley personal común, y de elección de otra realizada por los cónyuges en documento auténtico, antes de contraer matrimonio, se aplicaría la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, la del lugar de celebración del matrimonio.



A su vez, el art. 16.3 establece que los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del art. 9, y, en su defecto, por el Código Civil. A la vista de todo ello, sostiene la recurrente que, teniendo en cuenta la fecha y el lugar de celebración del matrimonio de los litigantes y el punto de residencia post matrimonial (Ibiza) así como que no habían otorgado capitulaciones matrimoniales, el régimen a que ha de someterse su sociedad conyugal es el de separación absoluta de bienes, como prevenía el art. 66 de la Ley 5/1961, de 19 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares y actualmente establece el art. 67 del Texto Refundido de la misma ( R.D. Legislativa 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear ).

QUINTO.- La argumentación de la recurrente ha de ser calificada de correcta, por cuanto responde a una acertada interpretación de las normas del Código Civil que, en cada momento, han regulado los efectos de los matrimonios contraídos por personas de diferente vecindad civil, coincidiendo con lo declarado por esta Sala en las sentencias cuyo testimonio acompaña y a las que ya nos hemos referido.

En consecuencia, concurren los siguientes datos relevantes en orden al tema objeto de controversia: a) Que el matrimonio se contrajo en Ibiza, antes de la reforma de 1973-74; b) Que el marido demandado tenía su vecindad civil en dicha isla en tanto que la esposa ostentaba la común; c) Que la convivencia post-matrimonial se desarrolló igualmente en Ibiza durante más de un año; y d) Que los cónyuges no han otorgado en momento alguno capitulaciones.

Frente a dichas circunstancias ha de calificarse de absolutamente irrelevante el hecho de que en una declaración para el impuesto sobre la renta se hiciera constar que los cónyuges estaban sometidos al régimen de gananciales, dada la concreta finalidad que pretendía tal declaración, y la evidencia de que la firma de la misma en modo alguno puede considerarse asimilable al otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales.

En consecuencia, el régimen matrimonial aplicable no puede ser otro que el de separación absoluta de bienes que establecía el artículo 66 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares de 19 de abril de 1961, lo que determina que en cuanto a este extremo haya de ser acogido el recurso interpuesto.

SEXTO.- Resta por determinar si el acogimiento del recurso respecto al particular a que acabamos de referirnos puede extenderse al pronunciamiento de la sentencia impugnada que deja sin efecto la pensión compensatoria temporal que, en atención a cuanto dispone el artículo 1438 del Código Civil, había establecido el Juzgado de Primera Instancia.

Afirma la Audiencia Provincial que la indemnización que prevé el citado precepto solo será procedente en aquellos casos en que el sostenimiento de las cargas del matrimonio no haya absorbido todas las retribuciones que pudieran haber percibido los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, de tal modo que a los mismos les hubiera sido posible llevar a cabo la adquisición de bienes. Implícitamente está entendiendo el Tribunal de apelación que si el levantamiento de cargas familiares ha requerido no solo la aplicación de la totalidad de los emolumentos que por su trabajo hubieran cobrado los esposos sino también el trabajo personal para la casa de alguno de ellos y de estas circunstancias derivase la imposibilidad de los mismos de incrementar su patrimonio, no podría hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude el artículo 1438 del Código Civil, por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservarían posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenían durante la vigencia del mismo.

A partir de este planteamiento, la Sala de instancia considerando acreditada -por confesión de la esposa- la no existencia de bien alguno adquirido durante el matrimonio, concluye que es inaplicable el artículo 1438 del Código Civil y revoca la sentencia del Juzgado.

Nos encontramos, así, ante una declaración de hechos probados, que no puede ser alterada en el presente recurso de casación por interés casacional, lo que impide extender el acogimiento parcial del mismo a que antes nos hemos referido al tema de la denegación a la esposa de la pensión compensatoria que había sido fijada en primera instancia.

SEPTIMO.- Parece evidente que la parte dispositiva de la sentencia de apelación ha de ser entendida en el sentido de que se refiere única y exclusivamente a la cuestión de la procedencia o no de la indemnización solicitada en la demanda al amparo del artículo 1438 del Código Civil, según se infiere del contenido del primero de sus Fundamentos Jurídicos, no alcanzando a aquellos pronunciamientos de la sentencia de primera instancia relativos a extremos que habían sido aceptados por el demandado en su escrito de contestación a la demanda.

OCTAVO.- A tenor de lo prevenido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede formular especial condena en costas.



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

### FALLAMOS

Se declara haber lugar al recurso de casación, por interés casacional, interpuesto por Doña Blas contra la sentencia dictada el dieciséis de enero de dos mil dos por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, conociendo en grado de apelación de los autos de separación matrimonial número 223/00 , procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Quart de Poblet, resolución que se casa y parcialmente se anula, exclusivamente en cuanto se refiere a la afirmación de la clase de régimen a que se hallaba sometido el matrimonio de la actora y su esposo demandado, que habrá de entenderse que es el de separación de bienes.

Se mantiene la declaración de dicha sentencia respecto a la revocación del pronunciamiento de la del Juzgado que establecía el derecho de la demandante a una pensión compensatoria.

Aclarando en lo necesario la sentencia impugnada, ha de entenderse que no son afectadas por la misma, al no haber sido objeto del recurso de apelación, las declaraciones de la resolución de Primera Instancia respecto a la separación matrimonial de los cónyuges, asignación de domicilio conyugal y ajuar doméstico y pensión a favor de la hija del matrimonio, Pilar .

No se hace especial pronunciamiento respecto a las costas del presente recurso, ni tampoco a las devengadas en ambas instancias.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Román García Varela.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Romero Lorenzo. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Romero Lorenzo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.