



Roj: **STS 5524/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5524**

Id Cendoj: **28079110012016100704**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2016**

Nº de Recurso: **2833/2014**

Nº de Resolución: **730/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 1612/2014,**  
**STS 5524/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 20 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto los recursos de casación e infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada con fecha 6 de mayo de 2014, por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 356/2013, dimanante de los autos de procedimiento de divorcio n.º 1357/2007 del Juzgado de primera instancia n.º 3 de Benidorm, cuyos recursos fueron interpuestos por la procuradora doña Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de don Bartolomé ; siendo parte recurrida el procurador D. Luis de Villanueva Ferrer, en nombre y representación de doña María Teresa . Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña M.ª Engracia Abarca Nogués, en nombre y representación de doña María Teresa y asistida del Letrado don Ramón Tamborero y del Pino, interpuso demanda de disolución del matrimonio por divorcio, contra don Bartolomé y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare el divorcio del matrimonio contraído entre las partes, y se acuerden los siguientes efectos derivados del mismo:

»1º.- Que, a tenor del art. 84 del Código de Familia, en concepto de cesión compensatoria se fije la cantidad de 3.000.-€ mensuales, que el esposo deberá abonar a la esposa por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta o libreta que la esposa designe al efecto. Dicha cantidad será revisada anualmente con el incremento del I.P.C. publicado por el I.N.E. u organismo que le sustituya, y sin necesidad de petición previa por parte de la esposa.

»2º.- Que, en concepto del art. 41 del Código de Familia, se reconozca a favor de Doña María Teresa , el derecho a percibir 2.000.000.-€ con cargo a Don Bartolomé .

»3º.- Que, en virtud del artículo 43 del Código de Familia, se acuerde la disolución de la vivienda sita en la " CASA000 " de la AVENIDA000 n.º NUM000 de Benidorm, y del local comercial sito en la Avenida del Mediterráneo, s/n, Edificio "COBLANCA 41", parte del local n.º 1, ostentando ambas partes la copropiedad de sendos inmuebles en régimen de comunidad e indivisión, procediéndose a la misma en fase de ejecución de sentencia conforme establece el artículo indicado».



**SEGUNDO.**- El procurador don Luis Roglá Benedito, en nombre y representación de don Bartolomé , asistido de la letrada doña Ester Ortín Solé, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que decretando la disolución por divorcio de matrimonio contraído por mi mandante y la señora María Teresa se desestime íntegramente la demanda de la adversa».

Y formulando demanda reconvenional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia estimando la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, y se fijen los siguientes efectos o medidas:

«A) Que se decrete la disolución del vínculo matrimonial por infracción grave y reiterada de uno de los deberes y obligaciones esenciales del matrimonio imputable única y exclusivamente a la doña María Teresa .

»B) Que no se establezca pensión compensatoria a favor de ninguno de los esposos por no comportar en el presente caso a ninguno de ellos un perjuicio económico derivado de la disolución de su matrimonio por divorcio a tenor del artículo 270 ss del código Civil Francés.

»C) Que se establezca como indemnización por los daños y perjuicios, causados por los actos de la Sra María Teresa , la restitución al esposo del 50% de las extracciones dineraria que pueda haber realizado de las cuentas bancarias o depósitos de cualquier clase nacionales y extranjeras. Y ello a tenor del artículo 266 del CCF».

**TERCERO.**- La procuradora doña M<sup>a</sup> Engracia Abarca Nogués, en nombre y representación de doña María Teresa , asistida del letrado don Ramón Tamborero y del Pino, contestó a la demanda reconvenional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda reconvenional adoptando, en consecuencia, las siguientes medidas:

«1º.- Que se declare la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre los o y litigantes sin más causa que la existencia de motivos suficientes para acordar la misma.

»2º.- Que, al amparo del artículo 270 y ss del C.CF, se fije una pensión compensatoria de 3000 € mensuales a favor de la señora María Teresa , cantidad que el esposo deberá abonar por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta o libreta que la esposa de cisne a tal efecto. Dicha cantidad deberá ser revisada anualmente a tenor de la variación que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

»3º.- Que no se fije cantidad alguna a favor del señor Bartolomé en concepto de indemnización por daños y perjuicios»

**CUARTO.**- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm, dictó sentencia con fecha 8 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

« FALLO: ESTIMANDO parcialmente la demanda formulada por doña María Teresa y DESESTIMANDO íntegramente la demanda reconvenional formulada por don Bartolomé :

» 1) -Debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio formado por los expresados litigantes, con todos los efectos legales que esta declaración conlleva. 2) -No se fija indemnización en concepto del artículo 41 del Código de Familia a cargo del Sr. Bartolomé .

» 3) -Se fija como pensión compensatoria a cargo de don Bartolomé la cantidad de TRES MIL EUROS (3.000 euros). Cantidad que abonará por mensualidades anticipadas antes del día 5 de cada mes en la cuenta que designe al efecto doña María Teresa y siendo revisada, anualmente, de conformidad a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo, según los datos que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que haga sus veces.

» 4) -Absolviendo a la Sra. María Teresa de las pretensiones ejercitadas contra la misma en la demanda reconvenional.

» 5) - Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

Con fecha 16 de abril de 2013 se dictó auto aclarando la anterior resolución cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

« 1.- SE ACLARA la sentencia n.º 50/13 de fecha ocho de febrero de 2013 en el sentido siguiente:

» DONDE DICE: « (...) María Teresa , como parte demandante-demandada reconvenional, representada por el Procurador de los Tribunales Doña María Engracia Abarca Nogués, bajo la dirección de letrado Don Ramón



Tamborero y del Pino, (...)» DEBE DECIR: « (...) Adelina , como parte demandante-demandada reconventional, representada por el Procurador de los Tribunales Doña María Engracia Abarca Nogués, bajo la dirección de letrado Don Ricardo Carretero Luna, (...) 2.- NO HA LUGAR a la ACLARACIÓN ni COMPLEMENTO de la sentencia n.º 50/13 de fecha ocho de febrero de 2013 respecto a establecer si la pensión compensatoria lo es con horizonte temporal delimitado y plazo».

**QUINTO.**- Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de don Bartolomé y de doña María Teresa , la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 6 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

« Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Abarca Nogués, en nombre y representación de Doña María Teresa ; y rechazando el articulado por el Procurador Sr. Roglá Benedito, en nombre y representación de don Bartolomé , contra la Sentencia de fecha 8-02-2013 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 3 de Benidorm, en las actuaciones de las que dimana el presente rollo; debemos revocar y revocamos la citada resolución, estimando en parte la petición de la actora doña María Teresa de obtener con cargo al demandado don Bartolomé el pago de una compensación por trabajo de 500.000 €, conforme establece el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña; condenando a aquel a estar y pasar por dicha declaración y a su abono en el plazo máximo de 3 mes desde la presente sentencia; confirmando en lo demás dicha resolución; imponiendo al demandado-apelante las costas de esta alzada derivadas del rechazo de su recurso; y sin hacer expresa declaración sobre las devengadas por el recurso de la actora».

**SEXTO.**- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de don Bartolomé .

El recurso extraordinario por infracción procesal lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del número 2.º del artículo 469.1 de la LEC por vulneración del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Segundo.- Al amparo 3.º del artículo 469.1 º LEC, por infracción del artículo 218 LEC en relación con el 214.2 de la LEC, por no haberse resuelto una aclaración en forma, generando indefensión y vulnerando el principio de tutela judicial efectiva.

El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 5 del Reglamento UE n.º 1259/2010 del Consejo de la Unión Europea, relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que dispone la validez y la aplicación en cualquier territorio de la Unión Europea de las capitulaciones matrimoniales formuladas por ciudadanos de la Unión, cualquiera que sea su nacionalidad, norma cuya vigencia es inferior a cinco años, no existiendo doctrina jurisprudencial de la sala primera del Tribunal Supremo al respecto. Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 14 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales que recoge el derecho a la no discriminación en función de nacionalidad u otras circunstancias dentro de la Unión, por haber prescindido la sentencia recurrida de lo convenido entre las partes por el mero hecho de haber modificado su nacionalidad dentro de la misma Unión Europea. Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1255 del Código civil y de la doctrina expresada en la sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo de 20 noviembre 2011, al prescindir expresamente la sentencia recurrida de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges, no existiendo otra sentencia de identidad por lo que se estima que el interés casacional concurre en el presente supuesto. Cuarto.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña al calificar jurídicamente la sentencia recurrida los hechos declarados probados como inevitables sin que concurren los requisitos de indemnizabilidad, no existiendo jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo al respecto. Quinto.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1255 en relación con el artículo 231-19 del Código civil de Cataluña, que reconoce la validez y eficacia de las capitulaciones matrimoniales, incluso otorgadas con anterioridad, que sin embargo son expresamente inaplicadas por la sentencia recurrida, norma de vigencia inferior a los cinco años sobre la que no existe jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo.

**SÉPTIMO.**- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de marzo de 2016 se acordaron admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Luis de Villanueva Ferrer, en nombre y representación de doña María Teresa presentó escrito de impugnación a los mismos.

**OCTAVO.**- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de julio del 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la determinación de la legislación aplicable en orden a la concesión de una pensión compensatoria y de una indemnización tras el divorcio y la consiguiente extinción de la relación matrimonial de los cónyuges. En este sentido, se cuestiona si la legislación aplicable, tal y como sustenta la demandante, y aquí recurrida, es la legislación civil de Cataluña, por la vecindad civil adquirida por los cónyuges tras haber adquirido la nacionalidad española, o por el contrario, como sustenta el demandado y aquí recurrente, la legislación francesa conforme a lo declarado en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges en el año 1964.

2. En dichas capitulaciones matrimoniales, otorgadas el 12 de noviembre de 1964, los futuros contrayentes, con residencia en Barcelona, declararon lo siguiente:

« [...] A.- El proyectado matrimonio se entenderá contraído bajo el régimen de separación de bienes, tanto respecto a los que ya poseen en la actualidad como a los que adquieran en lo sucesivo, sea cual fuere el título de su adquisición. En consecuencia se considerarán propios y exclusivos de cada uno de los otorgantes, todos los bienes que, en cualquier momento, les sean o resulten atribuidos, sin excepción alguna.

» B.- A todos los efectos legales, los otorgantes, desde ahora para cuando se haya celebrado su matrimonio, se conceden mutua y recíproca autorización para que, cada uno de ellos, respecto de sus bienes propios, pueda realizar toda clase de actos de administración y de pleno dominio, por si solo y sin la personal intervención del otro.

» C.- En cuanto a derechos sucesorios y demás que se derive de su matrimonio, los otorgantes quedarán sujetos a lo que disponga la legislación francesa sobre el particular».

3. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

I) Doña María Teresa y don Bartolomé contrajeron matrimonio el 26 de diciembre de 1964 teniendo, en ese momento, nacionalidad francesa y residencia en Barcelona.

II) Con anterioridad, el 12 de diciembre de 1964, otorgaron las capitulaciones matrimoniales reseñadas.

III) Ambos cónyuges, durante su residencia en Cataluña, obtuvieron la nacionalidad española en 1972 y 1973, respectivamente.

IV) El 11 de octubre de 2007, doña María Teresa presentó demanda de divorcio en el Decanato de los juzgados de Benidorm, en la que ejercitaba, por una parte, conforme al derecho civil catalán vigente en el momento de la interposición de la demanda (Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio), una acción de divorcio y pedía la concesión de una pensión compensatoria (ex artículo 84 del citado Código) y una compensación por el trabajo desempeñado durante el matrimonio (ex artículo 41). A su vez, por otro lado, acumuló una acción de división de bienes pro indiviso, del artículo 43 de dicho Código de Familia.

V) El demandado, en el escrito de contestación a la demanda, planteó dos cuestiones previas. La primera, con relación a la determinación de la legislación aplicable en favor del derecho francés para la regulación de los efectos del divorcio. La segunda, con relación a la prejudicialidad civil entre la acción de división planteada y la tramitación de un juicio sobre la acción declarativa de los bienes objeto de división. En el suplico solicitó la desestimación íntegra de la demanda. A su vez, formuló reconvencción por la que solicitó que no se estableciera pensión compensatoria alguna, conforme al artículo 270 del Código Civil francés y que se condenase a la demandante al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

VI) El juzgado de primera instancia de Benidorm, ante la complejidad del asunto, decidió la interrupción de la vista y el pronunciamiento mediante auto de las cuestiones previas planteadas.

En este sentido, dictó auto de 5 de septiembre de 2008, confirmado por el auto de la Audiencia de 25 de noviembre de 2010, en el que entendió aplicable a los efectos del divorcio la ley foral catalana y desestimó la prejudicialidad planteada. Con respecto a esta última cuestión, con fecha 20 de octubre de 2009 (si bien por error material en la resolución se dice 20 de noviembre de 2009), el juzgado dictó auto estimando el recurso de reposición y acordando la existencia de la citada prejudicialidad civil.

VII) Con fecha 29 de octubre de 2009, doña María Teresa desistió de la acción de división de la cosa común. Desistimiento que fue confirmado por auto del juzgado de 22 de octubre de 2010, posteriormente aclarado por auto de 24 de noviembre de 2010.

4. La sentencia de primera instancia, aclarada por auto de 5 de septiembre de 2013, estimó en parte la demanda y desestimó íntegramente la demanda reconvenccional. En síntesis, ratificó lo anteriormente decidido en el auto de 5 de septiembre de 2008 acerca de la aplicación del derecho foral de Cataluña (Código de Familia de



Cataluña). En este sentido, declaró disuelto el matrimonio por divorcio, sin considerar probada la concurrencia de los requisitos para establecer a favor de la esposa una compensación económica por razón del trabajo. Con relación a la pensión compensatoria, sí que consideró probada dicha concurrencia estableciéndola en la cantidad de 3000 € mensuales.

**5.** La demandante interpuso recurso de apelación impugnando el pronunciamiento de la sentencia relativo a la denegación de la compensación económica ( artículo 41 del Código de Familia). El demandado interpuso recurso de apelación reiterando la cuestión de la legislación aplicable a la vista de lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, además, alegó que no se le contestó a la solicitud de aclaración del auto de 5 septiembre 2008. Mencionó la aplicación del Reglamento de la Unión Europea n.º 1259/2010 del Consejo que determina la validez de las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al 21 junio 2010, siempre que cumplan los requisitos de los artículos 6 y 7 del propio reglamento, que se refieren a requisitos de validez de las capitulaciones en función del lugar de otorgamiento y de la nacionalidad de los cónyuges, todo ello con intención de evitar situaciones de desigualdad entre los ciudadanos en el seno de Unión Europea. En relación con una posible aplicación del derecho civil catalán, sostuvo que no procedía la pensión compensatoria al no reunir los requisitos exigidos para apreciar el desequilibrio patrimonial.

**6.** La sentencia de la Audiencia estimó en parte el recurso de apelación de la demandante y rechazó el del demandado, revocando en parte la sentencia de primera instancia en el sentido del derecho de la demandante a obtener, con cargo al demandado, el pago de la compensación por trabajo en la cantidad de 500.000 €, conforme al artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, confirmando en lo demás dicha resolución. La sentencia nuevamente rechazó el planteamiento del demandado en relación con la legislación aplicable entendiendo que dicha cuestión había quedado firme a raíz de la resolución del recurso de queja entendiendo, en cualquier caso, que lo pactado en las capitulaciones matrimoniales quedó sin efecto jurídico posterior en el momento del divorcio cuando habían obtenido la nacionalidad española y en particular, la vecindad civil catalana. En relación con la pensión compensatoria consideró que la parte actora había acreditado la concurrencia de requisitos que determinaban la existencia de un desequilibrio económico con relación a la posición que ostentaba constante el matrimonio, al tiempo que en relación con la indemnización del artículo 41 del Código Civil catalán, consideró que había quedado acreditada la existencia del trabajo desempeñado por la actora en el ámbito doméstico y la actividad empresarial durante los 48 años de matrimonio, sin que hubiese obtenido la adecuada contraprestación económica, permitiendo al marido obtener un importante patrimonio inmobiliario, así como numerosas inversiones en fondos, lo que determinaba un evidente desequilibrio en los patrimonios de los litigantes tras la ruptura conyugal.

**7.** Frente a la sentencia de apelación, el demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

**8.** Con carácter previo al examen de los recursos interpuestos, con relación a las causas de inadmisión alegadas por la recurrida debe señalarse lo siguiente.

Es doctrina de esta Sala, expuesta en numerosas sentencias, que las causas de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación se convierten, en el momento de dictar sentencia, en causas de desestimación de los recursos. No obsta a ello que en su día los recursos hubieran sido admitidos a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión pronunciada inicialmente por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia ( sentencias de esta Sala 72/2009, de 13 de febrero, 33/2011, de 31 de enero, 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre y 270/2014, de 22 de abril).

El Tribunal Constitucional ha declarado sobre esta cuestión en su sentencia 200/2012, de 12 de noviembre, con cita de su anterior sentencia 69/2011, de 16 de mayo:

«[...] la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero, F. 2; 204/2005, de 18 de julio, F. 2; 237/2006, de 17 de julio, F. 4; 7/2007, de 15 de enero, F. 2; 28/2011, de 14 de marzo, F. 3; y 29/2011 de 14 de marzo, F. 3)».

Por lo que se refiere al examen del recurso extraordinario por infracción procesal, el primer óbice de admisibilidad alegado, común al recurso de casación, -la interposición del recurso fuera de plazo-, ha de rechazarse porque frente a la sentencia dictada por la Audiencia se pidió solicitud de complemento que fue denegada por auto de 18 de junio de 2014. El recurso se interpuso en el plazo de 20 días desde la notificación de esta última resolución.



El problema jurídico suscitado ya fue resuelto por esta Sala en auto de 4 de octubre de 2011, recurso de queja nº 121/2011:

« La cuestión que debe ser objeto de examen es determinar si pedida una aclaración, rectificación o complemento de sentencia o auto, el plazo para interponer recurso contra la misma que haya transcurrido hasta la petición se ha de entender definitivamente perdido o se computa nuevamente todo el plazo desde la notificación del auto o decreto que recaiga.

» Pues bien, en el presente caso la cuestión debe resolverse a favor de entender que el plazo debe empezar a computar de nuevo desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración o rectificación, de conformidad con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, recogida en la STC 90/2010, de 15 de noviembre, al tenerse en cuenta que las resoluciones aclarada y aclaratoria se integran formando una unidad lógico-jurídica que no puede ser impugnada sino en su conjunto a través de los recursos que pudieran interponerse contra la resolución aclarada, por lo que «se ha entendido tradicionalmente que en la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de un recurso contra una resolución que ha sido objeto de aclaración se debe tomar necesariamente en consideración la fecha de la notificación aclaratoria», lo que se compadece con el tenor literal de los arts. 448.2 de la LEC y el art. 267.9 de la LOPJ, habiendo sido éste último objeto de reforma mediante Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, en la que se mantiene el criterio de iniciar el cómputo del plazo para el recurso desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración, rectificación o complemento».

De conformidad a esta doctrina es claro que el recurso se interpuso dentro del plazo.

Por otro lado, en relación a la cuestión de la constitución extemporánea del depósito, la resolución dictada por la Audiencia concediendo un segundo plazo tiende a rectificar un mero error en la consignación económica y no tanto abrir un nuevo plazo para subsanar un defecto en la realización de un acto procesal que, en suma, ninguna relevancia presenta desde la perspectiva del derecho de defensa del recurrido.

Por lo que se refiere al recurso de casación, y sin necesidad de reiterar el análisis de las causas referidas a su interposición fuera de plazo y la constitución extemporánea del depósito, no pueden admitirse las alegaciones que realiza la parte recurrida sobre los defectos formales que presentan los motivos del recurso.

Sobre esta cuestión, la Sala fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), asumido también en las sentencias 351/2015, de 15 de junio, 550/2015, de 13 de octubre, y 577/2015, de 5 de noviembre, y 188/2016, de 18 de marzo. Dijimos en estas resoluciones:

« Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado ( SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo, y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales Casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.



Esta interpretación flexible y finalista de los requisitos de acceso al recurso de casación respeta la doctrina que, en relación a este aspecto del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 27 de julio de 2006 (*Efstathiou y otros contra Grecia*), 24 de abril de 2008 (*Kemp y otros contra Luxemburgo*), 30 de julio de 2009 (*Dattel contra Luxemburgo*), 5 de noviembre de 2009 (*Nones Guerreiro contra Luxemburgo*) y 22 de julio de 2010 (*Ewert contra Luxemburgo*).

En este caso, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que, pese a que la técnica del recurso pudiera ser mejorable, el problema jurídico está suficientemente identificado y el interés casacional resulta evidente en orden a las cuestiones planteadas y la normativa aplicable. Por otro lado, la parte recurrida ha podido oponerse adecuadamente al recurso, sabiendo cual era la cuestión jurídica relevante.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

#### **SEGUNDO.- Principio de congruencia.**

1. El recurrente, al amparo de los ordinales segundo y tercero del artículo 469.1 LEC, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo, conforme al ordinal segundo del artículo 469.1 LEC, denuncia la aplicación indebida del derecho civil de Cataluña a la controversia, en tanto constituye una infracción del principio de autonomía de la voluntad y de los preceptos aplicables al fondo del asunto. En el recurso de apelación sostiene la aplicabilidad del derecho civil francés en virtud de lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, alegando la aplicabilidad del Reglamento de la Unión Europea n 1259/2010 y de la disposición transitoria segunda del Código Civil de Cataluña, normas que entraron en vigor durante el desarrollo procedimiento, sin que la sentencia recurrida haya hecho pronunciamiento alguno sobre este aspecto ni siquiera por la vía del complemento como pidió la parte recurrente.

3. El motivo debe ser desestimado.

Aparte de que la denuncia de la infracción resulta incorrecta, pues su cauce es el artículo 218.1 LEC (principio de congruencia), el motivo plantea una cuestión sustantiva que excede a la finalidad y naturaleza de este recurso extraordinario. En todo caso, no se observa incongruencia alguna, pues la sentencia recurrida decide y da respuesta a la controversia planteada acerca de la legislación aplicable (fundamento de derecho tercero).

4. En el motivo segundo, al amparo del ordinal tercero del artículo 469.1 LEC, el recurrente denuncia la infracción del artículo 218 LEC, en relación con el artículo 214.2 del mismo cuerpo legal, por no haberse realizado una aclaración en forma, generando indefensión y la vulneración del principio de tutela judicial efectiva.

5. El motivo debe ser desestimado.

El desarrollo del motivo resulta carente de fundamento por reiterativo y artificioso. Así, con relación a la ley aplicable (Código civil francés), el auto de 5 de septiembre de 2008 ya se pronunció a favor de la aplicación de la legislación civil de Cataluña, decisión que adquirió firmeza con el auto de la Audiencia de 25 de noviembre de 2010 que desestimó la queja planteada por el demandado contra el auto de 25 de marzo de 2010.

Con relación a la prejudicialidad civil sobre la acción ejercitada acerca de la titularidad de la finca objeto de división hay que señalar que el 29 de octubre de 2009 la demandante ya desistió del ejercicio de dicha acción de división, acordándose por providencia de 12 de abril de 2010 que el procedimiento sólo continuase respecto de la acción de divorcio planteada. El propio recurrente reconoce en su recurso que fue realizada la aclaración solicitada denegando dicha prejudicialidad, aunque con un tiempo excesivo de dilación.

### **Recurso de casación.**

**TERCERO.- Divorcio. Capitulaciones matrimoniales. Determinación de la legislación aplicable entre el Código de Familia de Cataluña y el Código Civil francés. Efectos del matrimonio y situaciones de crisis matrimonial. Doctrina jurisprudencial aplicable.**

1. El recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en cinco motivos.

2. En el motivo primero, el recurrente denuncia la infracción del artículo 5 del Reglamento de la Unión Europea número 1259/2010 del Consejo de la Unión Europea, relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que dispone la validez y la aplicación en cualquier territorio de la Unión Europea de las capitulaciones matrimoniales formuladas por ciudadano de la Unión Europea, cualquiera que sea su nacionalidad, norma cuya vigencia es inferior a cinco años y no existe jurisprudencia de la Sala



Primera del Tribunal Supremo sobre la misma. El mencionado reglamento reconoce la validez y preeminencia del principio autonomía de la voluntad, puesto que el artículo 5 establece que los cónyuges pueden elegir la ley aplicable, siendo esta aplicabilidad reforzada por la disposición transitoria que se recoge en el artículo 18.1, párrafo 2.º que establece la validez del convenio suscrito con anterioridad al reglamento. Cita una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 noviembre 2011, que estima el recurso de casación dando validez, con base en el artículo 1255 del Código Civil, a las capitulaciones matrimoniales firmadas en México por los contrayentes en un caso similar, aunque no idéntico, al presente, pero pone de manifiesto el alto grado de interés que muestra creación de una doctrina jurisprudencial que en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad, califique la validez o no, y su extensión, de los pactos otorgados por los cónyuges con efectos sustantivos.

**3. El motivo debe ser desestimado.**

Con relación a la posible aplicación retroactiva del citado Reglamento del Consejo de la Unión Europea hay que señalar, conforme a lo expresamente previsto en su artículo 18.2, que su eficacia no afecta a las demandas que se hayan presentado «antes del 21 de junio de 2012». Fecha que además concuerda con la dispuesta para su entrada en vigor, según la Disposición Final de dicho Reglamento (artículo 21).

Respecto de la cita de la sentencia de esta Sala núm. 799/2011, de 20 noviembre, como el propio recurrente reconoce en el recurso, refiere un supuesto no idéntico o asimilable al aquí enjuiciado. En efecto, la citada sentencia, una vez considerado válido el matrimonio de españoles celebrado en México, declara la validez del pacto de comunidad (sociedad conyugal) que adoptaron los cónyuges, y lo que precisa, a los efectos de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, es que dicho pacto no es necesario que conste en capitulaciones matrimoniales. Por lo que no va más allá de reconocer la validez del régimen matrimonial adoptado, según la formalidad exigible en el momento de su acuerdo.

**4. En el motivo segundo, el recurrente denuncia la infracción del artículo 14 del Convenio de Roma de 4 noviembre 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales que recoge el derecho a no discriminación por cuestiones de nacionalidad u otras circunstancias.**

**5. El motivo debe ser desestimado.**

La cuestión objeto de litigio, aquí planteada, nada tiene que ver con el citado artículo, esto es, con el derecho a no discriminación, sino con la determinación de la legislación aplicable para regular las consecuencias derivadas del divorcio de los cónyuges, a tenor de las capitulaciones matrimoniales otorgadas.

**6. Por razón de su idéntico fundamento de impugnación se procede al examen conjunto de los motivos tercero y quinto del recurso de casación.**

**7. En dichos motivos, el recurrente denuncia la infracción del artículo 1255 del Código Civil al prescindir de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1964, con cita de la ya señalada sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2011 y del artículo 231-19 del Código Civil de Cataluña.**

**8. Los motivos deben ser desestimados.**

Aunque al recurrente le asista la razón en el sentido de que la sentencia recurrida, en parte de su argumentación, declara incorrectamente que la remisión a la legislación francesa quedó sin eficacia jurídica por el hecho de obtener los cónyuges la nacionalidad española (último párrafo del fundamento de derecho tercero), afirmación que, por sí sola, pugna con la proyección que en esta materia tiene la libertad de pacto entre los cónyuges (1255 del Código Civil) y, en particular, con lo dispuesto en el artículo 9-2 del Código Civil, no obstante, su decisión o fallo resulta correcta de acuerdo con el contenido y alcance de las referidas capitulaciones matrimoniales.

En efecto, si atendemos al contenido de dichas capitulaciones observamos que lo que realmente pactaron los cónyuges fue el régimen de separación de bienes (pacto -A- de dichas capitulaciones). El alcance de este pacto se agota en el conjunto de relaciones personales y patrimoniales que se generen entre los cónyuges por razón directa de su matrimonio, quedando al margen de su aplicación los efectos que, a pesar de presentar alguna vinculación o conexión con el matrimonio, poseen una sustantividad o regulación propia, caso de las situaciones de crisis matrimoniales.

En este contexto, la remisión a la legislación francesa que los cónyuges realizan en el apartado -C- de dichas capitulaciones con relación «a los derechos sucesorios y demás que se deriven de su matrimonio» tiene en sede matrimonial un claro carácter subordinado e instrumental respecto de la anterior declaración, de forma que refiere aquellos efectos del matrimonio que pudieran tener alguna trascendencia en el plano sucesorio de los cónyuges, sin alcanzar un verdadero o propio pacto acerca de la legislación aplicable en caso de divorcio.





En consecuencia, en ausencia de un pacto acerca de la legislación aplicable para el caso de divorcio de los cónyuges, resulta de aplicación el artículo 107.2 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que remite a la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentar la demanda. Por lo que dado la vecindad civil catalana de los cónyuges, resulta acertada la decisión de la sentencia recurrida respecto de la aplicación de los artículos 41 y 84 del Código de Familia de Cataluña.

**9.** Por último, en el motivo cuarto del recurso, el recurrente denuncia la infracción del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña al calificar la sentencia recurrida los hechos declarados probados como indemnizables sin que concurren los requisitos para ello.

**10.** El motivo debe ser desestimado.

El recurrente plantea una nueva revisión de la valoración de la prueba que resulta improcedente de acuerdo a la finalidad y naturaleza del recurso de casación.

**CUARTO.- Costas y depósitos.**

**1.** La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta de las costas causadas por los mismos se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.1 LEC.

**2.** Asimismo, procede la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

## FALLO

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

**1.** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de don Bartolomé contra la sentencia dictada, con fecha 6 de mayo de 2014, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 356/2013. **2.** Imponer las costas de los recursos a la parte recurrente. **3.** Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres