



Roj: **STS 7070/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:7070**

Id Cendoj: **28079110012012100626**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2012**

Nº de Recurso: **1519/2010**

Nº de Resolución: **533/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1324/2010,**  
**STS 7070/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Septiembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal n.º 1519/2010 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por D.ª Belen , aquí representada por la procuradora de los tribunales D.ª Sandra Osorio Alonso, contra la sentencia de 23 de abril de 2010, dictada en grado de apelación, rollo n.º 1477/10, por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla , dimanante del juicio de divorcio n.º 385/09 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Sevilla. Es parte recurrida D. Isaac , que no ha comparecido.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Sevilla dictó sentencia de 23 de octubre de 2009, en el juicio de divorcio contencioso n.º 385/09 , cuyo fallo dice:

«Fallo:

»Que estimando la demanda presentada por la procuradora Sra. Morales Mármol en nombre y representación de D. Isaac contra Dña. Belen debo declarar y declaro el divorcio de los cónyuges, de los expresados cónyuges, y con ello la disolución de su matrimonio. En lo que concierne a las consecuencias y efectos derivados de dicho pronunciamiento se han de adoptar como medidas definitivas las siguientes:

»1ª.- El uso de la vivienda se atribuye a la demandada, sin carácter exclusivo y hasta el momento de liquidación de la sociedad de gananciales y por un tiempo máximo de dos años, a partir de cuyo momento, aunque no se haya concluido esa liquidación, regirían las reglas de disposición de los bienes que se ostentan en pro indiviso ( art. 394 C. Civil ).

»2ª.- Atribuir el uso del vehículo marca Mercedes matrícula .... B J F a D. Isaac .

»3ª.- El Sr. Isaac asumirá el pago de la hipoteca y el préstamo pendientes de amortizar, con las entidades Cajasol y El Monte con derecho de reintegro.

»Todo ello sin imposición de costas».

**SEGUNDO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. La cuestión a resolver mediante este cauce procesal deriva de una pretensión de divorcio, por cuya motivación es de preceptiva aplicación lo dispuesto en el Capítulo IV del Título Primero del Libro IV de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.



»Segundo. Que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por el divorcio, tal como señala el artículo 85 del Código Civil, y como el artículo 86 del mismo Cuerpo Legal contempla los motivos eficientes que pueden desembocar en la referida situación, es obvio que corresponde analizar, por los datos obrante en la causa, si la solicitud planteada por la representación procesal de las partes se fundamenta en las premisas válidas, a tenor del precepto últimamente reseñado, para alcanzar la finalidad suplicada, a tenor de la reforma del C. Civil por Ley 15/2005 de 8 de julio.

»Tercero. Con base en el anterior razonamiento, es preciso acceder a la pretensión deducida en estos autos civiles, habida cuenta que, según aparece acreditado, concurren los presupuestos necesarios para el éxito de la acción ejercitada, en cuanto se ha demostrado, por la probanza aportada, la concurrencia de los requisitos y circunstancias exigidas en el art. 81 del C. Civil.

»Cuarto. En lo que concierne a las consecuencias y efectos derivados de dicho pronunciamiento de conformidad a lo dispuesto en los arts. 91 y siguientes del C. Civil, se han de acordar las medidas solicitadas por el demandante, sobre las que la demandada no formula expresa oposición, sin perjuicio de puntualizar lo siguiente:

»- El uso de la vivienda se atribuye a la demandada, sin carácter exclusivo y hasta el momento de liquidación de la sociedad de gananciales. Esa atribución temporal se justifica por entender que el de la Sra. Belen reviste el interés familiar más necesitado de protección, lo cual, sin embargo, no le ampara en una posesión y disfrute indefinido sino limitado al momento de hacerse efectiva esa liquidación, y por un tiempo máximo de dos años, a partir de cuyo momento, aunque no se haya concluido esa liquidación, regirían las reglas de disposición de los bienes que se ostentan en pro indiviso ( art. 394 C. Civil ).

»- Las cuotas del préstamo del vehículo cuyo uso y disfrute quedaría en beneficio del Sr. Isaac, serán abonadas por él mismo (así como todos los gastos de seguro, impuestos y mantenimiento) sin que pueda solicitar derecho de reintegro de lo abonado a la demandante una vez que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

»Quinto. En lo que concierne a la fijación de pensión compensatoria, no se puede entrar a valorar su procedencia por cuanto que la dirección jurídica de la demandada no la ha articulado, como resulta preceptivo, a través de reconvencción expresa. Tras la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta claro y meridiano que no cabe admitir la reconvencción implícita o tácita ( art. 406 y 770.2 LEC ). El que sobre materia dispositiva para las partes (pensión compensatoria, alimentos de hijos mayores), sobre la que el tribunal no se ha de pronunciar de oficio, solo cabe admisión de reconvencción expresa, no constituye cuestión de criterio sino cuestión de estricta legalidad y literalidad normativa de carácter procesal. Las normas procesales también están para acatarlas y cumplirlas. Máxime cuando de ello además puede redundar perjuicio a la contraparte que, en el presente caso, se ha abstenido en su demanda de solicitar medida alguna relacionada con pensión compensatoria, no ha tenido oportunidad de contestar a la demanda reconvenccional que no se ha formulado, y en consecuencia no ha tenido oportunidad de rebatir la existencia del desequilibrio económico que serviría de presupuesto a la pensión compensatoria. Una indefensión que además traería consecuencia de haberse ajustado escrupulosamente el juzgado a los trámites procesales previstos en el art. 770 de la LEC, sin que la parte que ha omitido el imprescindible requisito de procedibilidad, haya realizado objeción alguna (vía recurso) contra la providencia que tras la sucinta contestación (sin formulación de reconvencción expresa), se limitó a convocar a las partes a juicio.

»Ciertamente la situación generada, por no entrarse siquiera a valorar la procedencia de la pensión compensatoria, puede provocar en la Sra. Belen un notable perjuicio, que solo podría corregirse, en su caso, a través del correspondiente cauce de responsabilidad profesional contra su dirección jurídica.

»Sexto. Por la naturaleza del procedimiento y actuación conjunta de los cónyuges, no ha lugar a especial condena en costas».

**TERCERO.-** La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia de 23 de abril de 2010, en el rollo de apelación número 1477/0, cuyo fallo dice:

«Fallamos:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Belen contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de esta ciudad con fecha 23 de octubre de 2009, la confirmamos en toda su integridad sin expreso pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada».

**CUARTO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:



»Primero. Contra la sentencia dictada por el juez de instancia en el presente procediendo de divorcio, se alza la representación procesal de la demandada Sra. Belen en lo que respecta a los pronunciamientos relativos a la no procedencia de fijación de pensión compensatoria (al no haber formulado la oportuna reconvencción), limitación temporal establecida al uso y disfrute de la vivienda que fue familiar sita en la calle CAMINO000 núm. NUM000 de Alcalá del Río y forma de abono de los créditos pendientes; interesando su revocación con fijación a la ahora apelante de una pensión compensatoria ascendente a 950 euros mensuales y demás medidas en la forma pretendida.

»Segundo. En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la procedencia de la fijación de una pensión compensatoria a favor de la demandada Sra. Belen ; conviene precisar, que si bien es cierto, que a esta última se le dio traslado de la demanda interpuesta (no olvidemos, que en el suplico no se hacía referencia alguna a la concesión o no de dicha pensión) con emplazamiento para que contestase a la misma por plazo de veinte días con las advertencias y apercibimientos legales, habiendo contestado dentro de plazo pero sin formular reconvencción expresa en petición de pensión compensatoria; también lo es, que sin perjuicio de que en los procesos matrimoniales se dan elementos no dispositivos sino de "ius cogens" pudiendo el juzgador introducirse de oficio sin sujetarse rígidamente al principio rogatorio en determinados derechos (pensión de alimentos), lo realmente trascendente radica, en que dicha oficialidad no rige en lo que respecta a la pensión compensatoria debiendo los juzgados y tribunales atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones. De ahí, que no habiéndose interesado la precitada pensión compensatoria mediante la formulación de la oportuna reconvencción (solamente se hace referencia en la contestación a la demanda interpuesta) resultaría una incongruencia "extra petitum" su fijación y además provocaría indefensión a la contraparte obligada a soportarla ya que nada pudo alegar sobre este extremo; por lo que ante la falta de reconvencción expresa y de acuerdo con lo establecido en el art. 770.2.º de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil , esta Sala asume y comparte la fundamentación jurídica recogida por el juez "a quo" en la resolución recurrida, sin que por otro lado, se aprecie que se le haya causado indefensión a la ahora apelante al no haberse producido vulneración alguna en las normas esenciales del procedimiento entablado. Asimismo, en lo que respecta a la limitación temporal establecida al uso y disfrute de la vivienda que fue familiar sita en la CAMINO000 , núm. NUM000 de la localidad de Alcalá del Río, la controversia litigiosa habrá de dilucidarse en aplicación de lo establecido en el art. 96 párrafo 3.º del Código Civil , asumiéndose por esta Sala la valoración apreciativa recogida en la resolución recurrida, estimándose la concurrencia de un interés más necesitado de protección en la precitada demandada Sra. Belen teniendo en cuenta sus circunstancias personales y socioeconómicas; sin embargo, partiendo del derecho dominical compartido de ambas partes hoy litigantes y que el derecho de uso no puede ser vitalicio ni indeterminado, procede mantener tal atribución con la limitación temporal de dos años; y ello teniendo en cuenta que nada impide a cualquiera de los litigantes instar el oportuno procedimiento de liquidación del régimen económico conyugal previsto en los arts. 806 y ss de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil , debiendo contribuirse por el demandado Sr. Isaac a las cargas familiares en la forma recogida en la resolución recurrida sin perjuicio del derecho de reembolso que le corresponda en el precitado procedimiento de liquidación de la sociedad consorcial.

»Tercero. Que en base a las circunstancias concurrentes y relaciones subyacentes en el presente procedimiento, no procede hacer pronunciamiento expreso sobre las costas procesales devengadas en esta alzada».

**QUINTO.-** En el escrito de interposición presentado por la representación procesal de D.ª Belen , se formula, en primer lugar, un recurso extraordinario por infracción procesal, por vulneración del artículo 469.1.2.º y 4.º LEC , basado en un motivo.

El motivo se introduce con la fórmula:

«Se motiva el mismo en el art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , esto es, infracción de las normas reguladoras de la sentencia, así como en el motivo previsto en el n.º 4 apartado 1 de dicho artículo, esto es, vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española y, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que ninguna de dichas infracciones se haya podido denunciar en momento procesal alguno, ya que producidas en la segunda instancia, solo se han podido constatar al recibir notificación de la sentencia dictada en esta y objeto de recurso».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La sentencia objeto de recurso aborda en su FD Segundo la pretensión referida a la procedencia de fijar la pensión compensatoria a su favor. Lo que se discutió en apelación y ahora es que no era necesario formular reconvencción, ya que la cuestión había sido planteada por el actor en su demanda, abordándola de forma amplia y exhaustiva postulando su improcedencia y solicitando prueba a tal fin.



La sentencia recurrida infringe lo previsto en el artículo 216 y en artículo 218.1 de la LEC al no abordar esa cuestión y limitarse a denegar la pensión compensatoria por razones que son ajenas a lo planteado. La primera, no haberse formulado reconvencción expresa por la demandada, cuando en apelación no se cuestionó si la reconvencción debía ser expresa, implícita o tácita; la segunda, que las disposiciones de derecho necesario que rigen en los procesos matrimoniales permiten al órgano judicial, de oficio, sin sujetarse al principio de rogación, examinar algunas cuestiones entre las que no se encuentra la de la pensión compensatoria, cuando esto no es lo que se discutía sino que dicha pretensión había sido introducida en el debate por el demandante de forma exhaustiva, y con solicitud de prueba, de manera que hacía innecesario que el demandado formulara reconvencción.

La falta de respuesta a la cuestión objeto de debate y no a otras ha producido indefensión.

**SEXTO.**- En el escrito de interposición presentado por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Belen , se formula, en segundo lugar, un recurso de casación al amparo del 477.2.3.º LEC, articulado en un motivo.

El motivo se introduce con la fórmula:

«El mismo tiene por base, conforme al apartado 1 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del art. 770 en relación con el 405, ambos del mismo cuerpo legal , así como los artículos 96 y 97 del Código Civil ».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La AP aplicó indebidamente la regla 2.ª del artículo 770 LEC sobre la necesidad de pedir la pensión compensatoria mediante reconvencción, ya que en el caso que nos ocupa no era necesaria pues el demandante se opuso a la misma en la demanda y en la contestación, una vez planteada la cuestión, la demandada se limitó a contestar en sentido contrario, favorable a su reconocimiento. No se trata de que no se admita la reconvencción implícita sino de que no era necesaria dicha reconvencción. La indebida aplicación de dicho precepto supone que se vulneró también el artículo 405 LEC , pues la contestación fue conforme a lo previsto en el mismo, y los artículos 96 y 97 CC , en cuanto que solicitada en forma (por oposición a la pretensión contraria sostenida en la demanda) la fijación de una pensión compensatoria, la negación de la misma bajo la exigencia de una reconvencción, infringe los preceptos indicados.

Invoca esta parte interés casacional por existir doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales sobre la cuestión controvertida (falta de necesidad de la reconvencción), en tanto que hay Audiencias que rechazan su concesión cuando no se pide expresamente mediante reconvencción y otras que entienden que si el demandado ha tratado la cuestión en su demanda, pretendiendo y fundamentando la improcedencia, no se trata de una cuestión nueva y por ello no debe exigirse formular reconvencción.

Las SSAP de Cáceres, Sección 1ª, de 11 de febrero de 2003 y 29 de junio de 2005 , comparten el criterio denegatorio de la sentencia recurrida.

Las SSAP de Murcia, Sección 1ª, de 18 de mayo de 2004 , y Burgos, Sección 2ª, de 15 de diciembre de 2004 , (ambas se extractan) siguen el criterio favorable.

En estas sentencias se viene a decir que la razón de indefensión que justifica que la ley exija reconvencción expresa (para que el actor no se vea sorprendido con una nueva pretensión hecha en contestación) desaparece cuando el demandante se defendió anticipadamente aludiendo en la demanda de forma exhaustiva a la improcedencia de la pensión compensatoria.

Termina la parte solicitando de esta Sala: «[...] dicte sentencia por la que resolviendo en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y/o, en su caso, el de casación, dicte nueva sentencia y/o case y anule la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que se estimen las pretensiones deducidas en nuestro escrito de apelación y en nuestro escrito de contestación a la demanda, y en su consecuencia, fije a favor de mi representada una pensión compensatoria a cargo del demandante por importe de novecientos cincuenta euros mensuales, actualizable conforme al I.P.C. [...]».

**SÉPTIMO.**- Mediante auto dictado el día 22 de febrero de 2011 se acordó admitir ambos recursos.

**OCTAVO.**- No habiéndose personado la parte recurrida, quedaron los autos para la deliberación y fallo del recurso por el Pleno de la Sala, para lo que se fijó el día 16 de julio de 2012, en que tuvo lugar.

**NOVENO.**- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española



FD, fundamento de Derecho

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

SAP, sentencia de Audiencia Provincial

STC, sentencia del Tribunal Constitucional

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Los antecedentes del proceso pueden ser conocidos detalladamente mediante la consulta de los Antecedentes de Hecho de esta sentencia. En los siguientes apartados se formula un resumen apto para la comprensión de la cuestión planteada ante esta Sala:

1. Una persona formuló demanda de divorcio contencioso contra su esposa. En la demanda accedió a que se atribuyera a la demandada el uso de la vivienda familiar (por ser titular del interés más necesitado de protección, dada la mayoría de edad e independencia económica de los dos hijos del matrimonio) hasta la liquidación del régimen económico matrimonial o por tiempo máximo de dos años; y, al mismo tiempo, expresó su oposición al reconocimiento de pensión compensatoria a favor de aquella, con fundamento en que la edad de la esposa le otorgaba amplias posibilidades de acceso al mercado laboral. Asimismo, el demandante propuso prueba -que fue practicada- dirigida a constatar las circunstancias laborales y económicas de la demandada mediante la que pretendía justificar la denegación de la pensión compensatoria.

2. La esposa contestó a la demanda. Sin formular reconvencción, se defendió en el escrito de contestación a la demanda frente a la alegación efectuada por el marido sobre la improcedencia de la pensión compensatoria. Adujo la procedencia de esta por concurrir una situación objetiva de desequilibrio y la imposibilidad de superarlo (en atención a su exclusiva dedicación a la familia, falta de formación y experiencia laborales y, por su edad, gran dificultad para acceder a un empleo). Terminó solicitando en el suplico de la contestación a la demanda una cantidad concreta en concepto de pensión compensatoria.

3. El Juzgado declaró el divorcio, pero denegó la pensión compensatoria por no haberse formulado reconvencción expresa.

4. La esposa recurrió en apelación, con fundamento, en lo que aquí interesa, en que no es necesario formular reconvencción expresa cuando, como acontece, la cuestión acerca de la procedencia de la pensión compensatoria constaba ya introducida en el debate por el demandante, al razonar de forma exhaustiva sobre su improcedencia y proponer prueba dirigida a constatar las circunstancias laborales y económicas de la demandada para su denegación.

5. La Audiencia Provincial rechazó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia apelada. Sus razonamientos principales, fueron, en síntesis: a) que la esposa se limitó a contestar en tiempo y forma, pero no formuló reconvencción expresa en petición de pensión compensatoria; b) que aunque en los procesos matrimoniales se dan elementos no dispositivos, de derecho necesario o *ius cogens*, no es el caso de la pensión compensatoria, que no cabe otorgar de oficio para no incurrir en incongruencia.

6. Contra esta última sentencia formula la esposa, parte demandada y apelante, sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, el primero, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por interés casacional fundado en la existencia de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales; y el segundo por supuesta incongruencia de la sentencia determinante de indefensión.

### SEGUNDO.- *Enunciación del motivo primero y único del recurso extraordinario por infracción procesal.*

El motivo se introduce con la siguiente fórmula:

«Se motiva el mismo en el art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, infracción de las normas reguladoras de la sentencia, así como en el motivo previsto en el n.º 4 apartado 1 de dicho artículo, esto es, vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española y, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que ninguna de dichas infracciones se haya podido



denunciar en momento procesal alguno, ya que producidas en la segunda instancia, solo se han podido constatar al recibir notificación de la sentencia dictada en esta y objeto de recurso».

El motivo se funda, en síntesis, en que la decisión de la AP fue incongruente -determinante de indefensión- por razonar sobre la improcedencia de la pensión compensatoria desde la óptica de la necesidad de reconversión expresa y de la imposibilidad de suplir de oficio la falta de petición de la parte demandada, sin resolver la verdadera cuestión controvertida en apelación, a su juicio atinente a falta de necesidad de dicha reconversión cuando el tema de la pensión fue introducido en el debate por el demandante al razonar en su demanda sobre su improcedencia y proponer prueba al respecto.

El motivo debe ser estimado con las consecuencias que se dirán.

**TERCERO.- Congruencia y reconversión en los procesos matrimoniales.**

A) Según constante jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en SSTs de 26 de octubre de 2011, RCIP n.º 1345/2008; 23 de marzo de 2011, RCIP n.º 2311/2006; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 594/2006; 2 de diciembre de 2009, RC 407/2006; 2 de noviembre de 2009, RC n.º 1677/2005; y 22 de enero de 2007, RC n.º 2714/1999, el principio de la congruencia proclamado en el artículo 218.1 LEC (que, en su modalidad llamada omisiva, tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE) exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas una respuesta suficientemente motivada.

Por tanto, para esa jurisprudencia, la congruencia consiste en la conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas, que integran el objeto del proceso -teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir]-, en los escritos de demanda y contestación -no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en ellos-. Debe apreciarse la debida congruencia allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada. A su vez, esta relación no debe apreciarse exigiendo una conformidad literal y rígida, sino racional y flexible, por ser la finalidad, antes del artículo 359 LEC 1881, y hoy del 218 LEC 2000, asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución poniendo fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión.

Lo dicho supone que para determinar si una sentencia es incongruente debe acudir al examen comparativo de lo postulado por las partes y de los términos en que se expresa el fallo combatido, y que el órgano jurisdiccional está autorizado para hacer un ajuste razonable y sustancial de dicho fallo con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, como tampoco cabe sustituir unas cuestiones por otras.

B) La especial naturaleza de la institución matrimonial se traduce, en el plano procesal, en que no rigen los principios dispositivo y de preclusión con igual fuerza que en los procesos declarativos ordinarios, como se infiere, entre otros extremos, del hecho de que el artículo 770.2.ª, párrafo segundo, LEC limita la exigencia de reconversión expresa prevista en el artículo 406.1 LEC a determinados supuestos, entre los que figura el que aquí interesa (letra d)), que concurre «[c]uando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio».

C) Cuando se trata de la decisión sobre la procedencia o de otorgar una pensión o prestación compensatoria por desequilibrio económico ( artículo 97 CC ), cuya petición por el cónyuge demandado está sujeta a reconversión, dado que no puede acordarse de oficio, se plantea si debe estimarse comprendido en la excepción relativa a que la medida hubiera sido solicitada en la demanda (caso en que no es necesaria la reconversión), el supuesto en que la parte demandante solicita expresamente que se deniegue la pensión o prestación, y la parte demandada, sin formular reconversión, solicita en la contestación a la demanda que se conceda dicha medida.

Esta cuestión ha sido resuelta de modo divergente por diferentes audiencias provinciales, por lo que se halla justificada la intervención de esta Sala en interés de la ley.

D) La interpretación favorable a entender que no es necesaria, en el supuesto planteado, la necesidad de reconversión ha sido mantenida por diversas audiencias provinciales (SAP de Navarra, de 28 de julio de 2006, rollo n.º 315/2005; SAP Sevilla, Sección 2.ª, de 5 de noviembre de 2010, rollo n.º 5964/2010; SAP Cádiz, Sección 5.ª, de 14 de marzo de 2007, rollo n.º 500/2006; SAP Salamanca, Sección 1.ª, 6 de octubre de 2006, rollo n.º 401/2006; SAP Toledo, Sección, de 5 de octubre de 2004; rollo n.º 192/2004; SAP Murcia, Sección 1ª, 5 de marzo de 2004, rollo n.º 355/2003; entre otras), fundándose en diversas razones, que pueden sintetizarse así:



a) Cuando el demandante, en previsión de una posterior petición al respecto, se opone al reconocimiento de la pensión en su demanda, en realidad formula una acción declarativa dirigida a que se diga que no ha lugar su fijación, contra la que cabe entender formulada la acción contraria (declarativa del derecho negado por el demandante), sin necesidad de acudir a la formalidad de la reconvenición sino simplemente contestando a la demanda, pues dos negaciones seguidas («no cabe», «no, no cabe»), dan por resultado una afirmación.

b) Dejando al margen los requisitos que atañen a su contenido -debe tratarse de pretensiones que haga el demandado distintas a las del actor, y que recaigan sobre cuestiones sobre las que el órgano judicial no deba pronunciarse de oficio-, tanto a la luz de la legislación anterior ( DA Quinta, regla e) Ley 30/1981, de 7 de Julio ), como de la vigente normativa procesal ( artículo 770.2 LEC ), la reconvenición en los procesos matrimoniales no exige otro requisito formal que su proposición «con la contestación a la demanda». Puesto que la reconvenición cuenta con una regulación específica en los procesos matrimoniales, valorando la singularidad de los mismos, entraría dentro de lo razonable entender que no son de aplicación a dicho procesos las exigencias formales que el artículo 406 LEC impone con carácter general en los procesos ordinarios respecto de la imposibilidad de formular pretensiones reconventionales en forma implícita.

c) Incluso en la hipótesis de entender que la exigencia de reconvenición explícita a que alude el artículo 406 LEC rige también en los procesos matrimoniales, los singulares principios que los inspiran debe llevar al órgano judicial a entender que el incumplimiento de esta formalidad no puede acarrear una consecuencia jurídica tan desproporcionada como tenerla por no formulada, para así dejar sin juzgar las peticiones implícitas. Lo razonable es interpretar esa exigencia en el sentido de que corresponde al juez de familia velar porque los escritos de contestación se ajusten a la misma, estando entre sus facultades detectar las posibles peticiones de naturaleza reconventional pero implícitamente deducidas, a fin de que se pueda dar traslado de ellas a la parte demandante y con ello evitar posible indefensiones. Esta interpretación se compadece con la doctrina constitucional sobre cómo han de entenderse los requisitos formales en aras a garantizar la tutela judicial efectiva y respecto de la posibilidad de subsanar los defectos formales. E) Esta Sala comparte sustancialmente estas razones. Por un parte, considera que no existe motivo, a raíz de la promulgación de la LEC 2000, para entender modificado la jurisprudencia del TC, el cual, en un supuesto que guarda una absoluta semejanza con el aquí resuelto, aunque la ley aplicable era la LEC 1881 ( STC de 10 de diciembre de 1984 ), declaró que una inexistente incongruencia no puede impedir el examen de la procedencia o no de una pensión compensatoria a favor de parte demandada si fue la propia parte demandante quien introdujo en el debate del proceso la cuestión atinente a la pensión compensatoria --aunque lo fuera para negar en su escrito de demanda la procedencia de la misma a favor de la demandada, anticipándose a una eventual y previsible petición--, y si además la demandada, por su parte, no se limitó en su escrito de contestación a solicitar su absolución respecto de las pretensiones del demandante, sino que pidió la fijación de una concreta pensión compensatoria a su favor.

En efecto, esta Sala entiende que cuando la LEC exige reconvenición expresa lo hace con el fin de someter a un régimen formal la ampliación o integración del objeto del proceso, de forma suficiente para garantizar la seguridad jurídico-procesal. En el supuesto en que la parte demandante se opone al reconocimiento de la pensión compensatoria, introduciendo el debate sobre su procedencia, debe admitirse que con ello integra en el objeto del proceso la pretensión relativa a la pensión por desequilibrio económico. Así se infiere del hecho de que el otorgamiento de una medida de esta naturaleza, discutida en el seno de un procedimiento familiar, no puede ser entendida de manera rígida como una pretensión de carácter unilateral frente a la que la otra parte se presenta con el carácter de sujeto pasivo, sino como una medida que debe ser ponderada y discutida simultáneamente en su anverso y en su reverso teniendo en cuenta diversas circunstancias atinentes a ambas partes en relación con la institución matrimonial, y ponderando intereses que están por encima de los individuales de uno y otro cónyuge. Esta es la razón por la que cuando la parte demandante solicite que no se fije esa medida, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla. Debe interpretarse, pues, que cuando el artículo 710.2.ª d) LEC dispone, como uno de los supuestos en que se excusa la reconvenición en los procesos familiares, aquel en que el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, no apreciables de oficio, «que no hubieran sido solicitadas en la demanda», la naturaleza de esta medida impone que se considere equivalente al supuesto de solicitud en la demanda el caso en que se haya solicitado su denegación, pues tiene el mismo efecto contemplado en la LEC de ampliar a su discusión el objeto del proceso.

F) En aplicación de esta doctrina, procede estimar la infracción en que se funda el recurso, puesto que, más allá de que la sentencia recurrida expusiera las razones que entendía que justificaban su decisión, debe apreciarse incongruencia en la falta de resolución sobre una pretensión, referente al reconocimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa y a cargo del marido, que cabe entender que había sido introducida en el



proceso por las partes con arreglo a una razonable interpretación de la ley. Como se ha dicho, debe valorarse la actuación del propio demandante, que, anticipándose a las alegaciones de la esposa, y en previsión de la petición formal que esta pudiera hacer al respecto en el trámite procesal oportuno, tomó la decisión de incluirla en su demanda, aunque fuera para sostener que su fijación era improcedente, -petición en sentido negativo que apoyó en razones y pruebas que consideraba pertinentes para sustentarla-. A su vez debe tenerse en cuenta la conducta procesal de la esposa, que no se limitó a defenderse de manera genérica de las pretensiones formuladas en su contra, sino que interesó expresamente el reconocimiento de la pensión en la contestación a la demanda.

En esta tesitura, en aras de la doctrina que se ha formulado, no deben aceptarse los argumentos empleados por ambos órganos judiciales para eludir pronunciarse sobre la pensión compensatoria, referentes a la necesidad de reconvenición expresa y a la imposibilidad de suplir de oficio la inactividad de las partes. Nos encontramos ante un supuesto en que se introdujo en el proceso, de manera conforme a la ley, la controversia que mantenían los litigantes respecto de la pensión compensatoria, y esta circunstancia no permite apreciar la existencia del incumplimiento de un requisito formal ni apreciar indefensión.

#### **CUARTO.- Estimación del recurso y costas.**

Al encontrarse fundado el motivo procede su estimación y la del recurso extraordinario por infracción procesal.

Aunque en los supuestos en que el recurso es estimado por vulneración de normas reguladoras de la sentencia a las que alude el artículo 469.1.2º LEC, la DF decimosexta, 7.ª, LEC establece un régimen transitorio que obliga a dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación, en el presente caso, en la medida que la decisión desestimatoria de la AP lo fue por razones formales, sin llegar a verificar la concurrencia de los presupuestos sustantivos en que se funda el reconocimiento de la pensión por desequilibrio -esencialmente, la constatación de la existencia del mismo al tiempo de la ruptura-, y que esta verificación precisa valorar las pruebas aportadas al respecto, función propia de los tribunales de instancia, procede aplicar el criterio seguido por esta Sala en otras ocasiones (STS de 16 de diciembre de 2010, RCIP n.º 221/2007) en evitación de la disminución de las posibilidades de defensa que supondría privar a las partes de una instancia, y reponer las actuaciones para que la AP dicte sentencia resolviendo sobre la procedencia de la pretensión omitida, sin que haya lugar a examinar el recurso de casación.

No ha lugar a imponer las costas del mismo a la parte recurrente, por disponerlo así el artículo 398.2 LEC, ni las costas del recurso de casación.

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

#### **FALLAMOS**

1. Declaramos haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.ª Belen, contra la sentencia de 23 de abril de 2010, dictada en grado de apelación por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo n.º 1477/10, dimanante del juicio de divorcio contencioso n.º 385/09, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Sevilla, cuyo fallo dice:

«Fallamos:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Belen contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de esta ciudad con fecha 23 de octubre de 2009, la confirmamos en toda su integridad sin expreso pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada».

2. Anulamos la referida sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo que se refiere a la omisión del debido pronunciamiento sobre la pensión compensatoria solicitada por la esposa demandada.

3. En su lugar, reponemos las actuaciones al momento inmediatamente anterior para que por el mismo tribunal vuelva a dictarse sentencia que resuelva motivadamente el recurso de apelación interpuesto por dicha parte demandada sobre la procedencia de la citada pensión.

4. No ha lugar a pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto por dicha parte demandada contra la misma sentencia de segunda instancia.

5. No ha lugar a imponer las costas de este recurso a la parte recurrente ni las del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Rios. Francisco Marin Castan. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Encarnacion Roca Trias.**





**Francisco Javier Arroyo Fiestas. Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ