



Roj: **STS 5579/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5579**

Id Cendoj: **28079110012013100665**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2013**

Nº de Recurso: **157/2012**

Nº de Resolución: **722/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 6094/2011,**
STS 5579/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 10º de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio de divorcio nº 905/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sueca, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Celsa , el procurador don Ignacio Cuadrado Ruescas. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Dolores Hernández Vergara, en nombre y representación de don Edemiro .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Maria Jesús Ferrus Zaragoza, en nombre y representación de don Edemiro , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra doña Celsa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

1. Se declare el divorcio de los cónyuges y con los efectos registrales correspondientes.
2. Que la guarda y custodia de la menor, así como la atribución del domicilio conyugal, se atribuya a la Sra Celsa , compartiendo ambos progenitores la patria potestad. Respecto del régimen de visitas se solicita respecto del padre

Fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes a las 20 horas del domingo y que durante el periodo de vacaciones escolares, permanezcan la menor, la mitad de las mismas con el padre, y la otra mitad con la madre, siempre en periodos no superiores a quince días. Estas vacaciones, en caso de discrepancia, las elegirá los años pares el padre y los impares la madre.

3. Se conceda pensión alimenticia a la menor por parte del padre, cantidad de 400 euros mensuales, que deberá abonar en la cuenta que la madre establezca para tal efecto, durante los primeros 5 días de cada mes, cantidad que se actualizará conforme a las variaciones del I.P.C. Quedan excluidos de tales cantidades, los gastos extraescolares y los extraordinarios, tales como dentistas, ortopedias, entre otros, los cuales serán sufragados por mitad entre ambos progenitores.

4. Que como ambos cónyuges tienen un préstamo hipotecario que grava ambas viviendas en LA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, CAJA MADRID, con hipoteca de préstamo nº NUM000 , siendo en la actualidad la cuota mensual de 959 euros, abonando de la casa sita en Sollana el 58,61 % de dicha cuota y la de Elche el 41,39% restante, se solicita que cada cónyuge abone la parte que le corresponde al mismo



dependiendo de la atribución del uso de cada uno de los inmuebles, así la Sra Celsa deberá abonar el 58,61% de la casa sita en Sollana. Manifiesta que hay otro préstamo personal en CAJA DE EXTREMADURA Cuenta NUM001, ascendiendo actualmente la cuota de dicho préstamo a 167,19 euros mensuales, dicha cantidad deberá ser abonada por mitad en virtud del artículo 103.3 del C.C., así como los gastos del IBI de cada una de ellas sufragando cada cónyuge las que le correspondan del uso de la misma, como agua, luz, teléfono, etc, hasta que se realice la correspondiente liquidación de la sociedad conyugal.

5. Se condene al pago de costas al demandado

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- El procurador don Carlos Beltrán Soler, en nombre y representación de doña Celsa, 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 estimando la demanda en cuanto a la petición principal de divorcio, se acuerde la disolución del matrimonio con los efectos inherentes a dicha declaración, precisando y desestimando expresamente el resto de las medidas que se pretenden en cuanto se opongan a las que a continuación se señalan:

La hija menor del matrimonio quedará bajo la guarda y custodia de su madre, continuando el ejercicio compartido de la patria potestad.

El régimen de visitas, comunicaciones y estancias con el padre será abierto y flexible, primando el sentido común y la voluntad de la menor, estableciéndose las siguientes directrices:

Fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes a las 20 horas del domingo, debiendo recogerla y reintegrarla en el domicilio materno.

Los días festivos y puentes se unirán a los fines de semana que correspondan a cada uno de los progenitores.

La menor permanecerá con cada uno de sus progenitores la mitad de los períodos de vacaciones escolares de fallas, Pascua, Navidad y verano, siempre en períodos no superiores a quince días con cada uno de ellos. El reparto de los períodos de vacaciones deberá intentarse previamente de común acuerdo por ambas partes, y sólo para el caso de existir discrepancia, corresponderá a la madre elegir la distribución de los períodos en los años impares y al padre en los pares.

Durante dichos períodos vacacionales, así como durante el desarrollo de las visitas establecido, el progenitor que no tenga en su compañía a la hija podrá comunicar con la misma en el lugar donde se encuentre, para lo que deberá conocer el lugar y domicilio donde permanezca.

- Se atribuirá el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en Sollana, CALLE000, nº NUM002, para la madre, e hija que con ella convive, así como del ajuar doméstico y mobiliario existente en la misma. Del mismo modo, se atribuirá al padre el uso y disfrute de la vivienda de Elche, CALLE001, nº NUM003, así como del ajuar doméstico y mobiliario existente.

Ambas facultades de uso sobre las respectivas viviendas deben establecerse a cada uno de los esposos personalmente, con independencia de la convivencia, o no, con la hija común.

- Fijación de una pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de su hija de SEISCIENTOS EUROS (600,00 €) mensuales, que deberá hacer efectiva por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta de la entidad bancaria Bancaja titulada por la madre y que a tal efecto designa, cuyo c.c.c. Ent 20771 Ofic. 01 22/D.C. 54 núm. NUM004. Cantidad que será revisada anualmente con arreglo a las variaciones que experimenten los índices de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro lo sustituya.

- Asimismo, deberá contribuir por su mitad al pago de los gastos extraordinarios considerados de carácter necesario, tales como los de carácter médico y farmacéutico en cuanto excedan la cuota de la Seguridad Social (óptica, odontología, ortodoncia) incluidos los ocasionados por larga enfermedad, especialmente los debidos a la enfermedad de diabetes recientemente diagnosticada, y expresamente las matrículas, libros y material escolar. También deberá colaborar en la mitad de los gastos extraordinarios no considerados de carácter necesario, siempre que ambos progenitores estén de acuerdo en su realización.

- El esposo deberá contribuir también al levantamiento de las cargas familiares haciendo frente al pago de las sucesivas cuotas mensuales que genera el préstamo hipotecario suscrito para la adquisición de sendas viviendas familiares y que grava las mismas, suscrito con la entidad bancaria "Caja Madrid" con nº de préstamo NUM005 por un importe actual de NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS (959,00 €), así como el de



las sucesivas cuotas del préstamo personal suscrito con la entidad bancaria "Caja Extremadura" con nº de préstamo 2099 por un importe actual de CIENTO SESENTA Y SIETE EUROS Y DIECINUEVE CÉNTIMOS (167,19 €).

-Ambas obligaciones tendrán, en todo caso, el carácter de carga alimenticia, con sus mismos efectos legales, pudiendo reclamarse y ejecutarse del mismo modo; y, expresamente sin que surja un derecho de crédito o reintegro de las cantidades que en tal concepto satisfaga el esposo al tiempo de la liquidación de su sociedad de gananciales.

-Fijación de pensión compensatoria a favor de la esposa y a cargo del esposo, de manera indefinida, y por importe de QUINIENTOS EUROS (500,00 €) mensuales, que deberá hacer efectiva por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta de la entidad bancaria "Bancaja" titulada por la esposa y que a tal efecto designa, cuyo C.C.C. Ent.20771 Ofi .01 221D.C.541 núm NUM004 . Cantidad que será revisada anualmente con arreglo a las variaciones que experimenten los índices de Precio al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro lo sustituya.

Todo ello con expresa imposición de costas al demandante.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de Sueca, dictó sentencia con fecha 24 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio formulada por la procuradora doña Maria Jesús Ferrus Zaragoza, en representación de don Edemiro , contra doña Celsa , debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio celebrado entre ambos y acuerdo las medidas de carácter personal y patrimonial contenidas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución .*

Todo ello sin hacer declaración de costas.

Con fecha 7 de abril de 2011, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es la siguiente: *Decido: No dar lugar a la aclaración solicitada respeto de la sentencia dictada en fecha 24 de marzo de 2011 , en el presente procedimiento de juicio de divorcio, quedando la misma redactadas en iguales términos.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Edemiro , la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 15 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:**

Primero.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Edemiro , desestimando la impugnación que se formula por la representación procesal de Celsa .

Segundo.- *Revocar la sentencia de instancia para en su lugar acordar.*

.No haber lugar a establecer pensión compensatoria.

.Deber ambos cónyuges abonar al 50% los préstamos hipotecarios que gravan las viviendas gananciales y el personal.

Tercero.- *No hacer imposición de las costas de esta alzada.*

Cuarto.- *En cuanto al depósito consignado para recurrir procedase a su devolución a la parte apelante.*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de **infracción procesal** la representación procesal de doña Celsa , con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Al amparo del artículo 489.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión, al haberse infringido el artículo 770 2º d) de la Ley de Enjuiciamiento Civil determinando la nulidad que establece el apartado 3º del artículo 238 y 240. 1 ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial , produciendo efectiva indefensión a esta parte. **SEGUNDO**.- Al amparo del motivo recogido en el ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y en concreto del artículo 218, ordinal 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 1.7. del Código Civil que determina que las sentencias deben ser claras, precisas con las pretensiones deducidas, que deben deducir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, y que no pueden negarse a resolver las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito. Exigiendo asimismo su debida motivación. **TERCERO**.- Al amparo del motivo recogido en el ordinal 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración, en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución como lo es el derecho a la tutela efectiva en los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.



Por la misma representación se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:ÚNICO.-** Al amparo del art. 477.2. caso 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por infracción del artículo 97 del Código Civil, en relación con el artículo 770. 2º d) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con ello de los artículos 9.3 de la Constitución Española, y artículo 1.7. 3 y 7 del mismo Código Civil, todos aplicables para resolver el objeto del proceso, existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de enero de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Dolores Hernández Vergara, en nombre y representación de don Edemiro, presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Plantea el recurso extraordinario por infracción procesal una cuestión ya resuelta por esta Sala en su sentencia de Pleno de 10 de septiembre de 2012. Se refiere a la necesidad o no de reconversión expresa para solicitar pensión compensatoria, cuando en la demanda se aborda directamente la cuestión postulando su no procedencia. Los antecedentes del caso son los siguientes: don Edemiro interpuso demanda de divorcio contra doña Celsa, indicando en el hecho séptimo de la demanda la improcedencia de la pensión compensatoria habida cuenta la independencia económica de los cónyuges. Por la demandada se contestó a la demanda y, sin formular reconversión, se defendió frente a la alegación efectuada por el marido sobre la improcedencia de la pensión compensatoria, que reclamó en razón a la situación de desequilibrio económico existente respecto de su marido, atendidos todos los aspectos que redundan en su establecimiento: larga duración del matrimonio, dedicación pasada y futura a la familia, apoyo a la carrera profesional de su esposo y renuncias a puestos fijos de trabajo.

La sentencia de 1ª Instancia estimó parcialmente la demanda, fijando, a los efectos que aquí interesan, una pensión compensatoria a favor de la esposa de 400 euros mensuales por un periodo máximo de cinco años.

En trámite de recurso de apelación formulado por el actor, se dictó sentencia en la que, con estimación parcial del recurso, revocó la sentencia del Juzgado en el sentido de no haber lugar a la pensión compensatoria porque debió haber sido solicitada mediante reconversión implícita.

SEGUNDO.- Los tres motivos del recurso tienen que ver con esta cuestión que ya ha tenido repuesta en la sentencia indicada, de aplicación al caso puesto que se reproducen hechos prácticamente idénticos. "Esta Sala entiende, dice la sentencia, que cuando la LEC exige reconversión 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 770.2.ª d) LEC dispone, como uno de los supuestos en que se excusa la reconversión 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".



En aplicación de esta doctrina, procede estimar la infracción en que se funda el recurso: artículo 770.2 d), LEC, en relación con los artículos 238 y 240 LOPJ; artículo 218.1 LEC, sobre incongruencia omisiva, y artículo 24 CE, pues, en definitiva, 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, y recuerda la sentencia citada *"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"*.

TERCERO.- Procede la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y, como con reiteración ha señalado esta Sala, 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 Audiencia Provincial 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, 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 núm. 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 dicte sentencia resolviendo sobre la procedencia de la pretensión omitida, sin que haya lugar a examinar el recurso de casación; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas originadas, por disponer así el artículo 398.2 LEC.

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

FALLAMOS

1. Declarar haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.ª Celsa, contra la sentencia de 15 de noviembre de 2011, dictada en grado de apelación por la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo núm. 781/11, dimanante del juicio de divorcio contencioso núm. 905/2010, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Sueca.
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.

Expidase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.