



Roj: **SAP T 1578/2008 - ECLI:ES:APT:2008:1578**

Id Cendoj: **43148370012008100354**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2008**

Nº de Recurso: **132/2008**

Nº de Resolución: **5/2009**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **MANUEL DIAZ MUYOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NUM. 132/2008

DIVORCIO NUM. 22/2007

AMPOSTA NUM. TRES

**SENTENCIA NUM.**

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D. Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

D. Manuel Díaz Muyor

D. Sergio Nasarre Aznar

En Tarragona a treinta de diciembre de dos mil ocho.

Visto ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial el Recurso de Apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. Verónica representada por la Procuradora Sra. García Díaz y defendido por el Letrado Sr. Ignasi Jornet, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº Tres de Amposta en fecha 18 de octubre de 2007 en autos nº 22/07 en los que figura como demandante D. Constantino , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Amela Rafales y asistida de la Letrada Sra. Martinez Gellida y como demandada la citada apelante.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y

PRIMERO.- Que la sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales M<sup>a</sup> José Margalef Valldepérez en nombre y representación de Constantino , declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraído entre Constantino y Verónica en Ulldecona el día 18 de febrero de 2006, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración. No ha lugar a conceder pensión compensatoria a favor de la esposa Verónica . No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre costas".

SEGUNDO.- Que contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por D<sup>a</sup> Verónica en base a las alegaciones que son de ver en los escritos presentados.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formularsen oposición o impugnación al mismo, por la parte apelada se interesa la confirmación de la sentencia recurrida.



CUARTO.- Remitidas las actuaciones a esta Audiencia, se incoó el Rollo correspondiente, habiéndose procedido a deliberación y votación por este Tribunal el día señalado, con el resultado, por unanimidad, que se expresa.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel Díaz Muyor.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La parte apelante, demandada en este procedimiento matrimonial se alza contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia que deniega a la parte apelante el reconocimiento de una pensión compensatoria que no fue interesada, según afirma dicha resolución, siguiendo el cauce legalmente establecido en las normas procesales en la medida en que la parte demandada no formuló dicha petición mediante reconvencción ni recurrió la providencia por la que se tenía por evacuado el trámite de contestación y se convocaba a las partes a vista.

SEGUNDO.- El Tribunal Supremo, sobre la base del sistema procesal sancionado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, venía manteniendo, ya desde antiguas sentencias como la de 24 de enero de 1914 , seguida de modo pacífico y reiterado por otras muchas, que cuantos pedimentos se consignen en el escrito de contestación que no sean el de solicitar la absolución de la demanda constituyen reconvencción y deben ser resueltas por la sentencia, aunque no se hayan establecido para fijar la cuestión reconvenccional especiales fundamentos de hecho o de derecho. Se consagró así la viabilidad de la llamada reconvencción tácita o implícita.

Como precisa la SAP de Madrid de 4 de abril de 2008 lo cierto es que, al contrario de lo acaecido con otros criterios jurisprudenciales, la Ley 1/2000 , no sólo no ha recogido en su texto dicha posibilidad procesal, sino que ha establecido un sistema que abandona definitivamente tal construcción jurisprudencial, como lo evidencia la mera lectura del epígrafe que encabeza el artículo 406 , en literal referencia a las "inadmisibilidad de la reconvencción no conexa con la demanda y de la reconvencción implícita". En concreto, y en lo que afecta a esta última, el apartado número 3 del precepto examinado previene que la reconvencción se propondrá a continuación la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399 .

Bajo tales condicionantes legales no podemos compartir el planteamiento que, al respecto, realiza el recurrente combatiendo los razonamientos de tipo procesal contenidos en la sentencia de instancia, dado que se basa en una doctrina jurisprudencial que no puede ya proyectarse sobre una legalidad que, posterior a aquélla, ha excluido de modo indiscutible la posibilidad de considerar demanda reconvenccional al escrito que, planteando pretensiones no incluidas en la demanda rectora del procedimiento, incumple las ineludibles exigencias formales del citado precepto.

Tal nuevo sistema legal es reiterado, a propósito de los procedimientos matrimoniales, por el artículo 770-2ª del mismo texto legal que exige, respecto de pretensiones articuladas por el demandado que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio, que se integren en una demanda reconvenccional, lo que nos lleva necesariamente a las estudiadas exigencias formales.

TERCERO.- La inseguridad procesal que suponía la apreciación de la reconvencción tácita o implícita, en función de los criterios de cada juzgador de turno, sin duda llevó al legislador de la LEC 1/2000, a matizar y establecer un sistema distinto, pues admitiendo la posibilidad de ejercicio por el, en principio, demandado de nuevas acciones que se pueden acumular a las ya deducidas de contrario, exige, sin embargo, de una manera inequívoca ex art. 406-3 , que la reconvencción se proponga a continuación de contestación, acomodándose a lo que para la demanda se establece en el artículo 399 , habiendo además de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor; por si alguna duda aún subsistiera al respecto, el referido artículo, en la rúbrica que lo encabeza, declara la inadmisibilidad de la reconvencción implícita. En tal modo, y para que una nueva pretensión del demandado pueda ser analizada en cuanto al fondo, se hace ineludible el cumplimiento de todas y cada una de las formalidades del escrito de demanda, sin que pueda refundirse en el de contestación por el mero condicionante de contener el suplico de la misma aquel petitum respecto de una materia a la que no se refería el escrito del actor.

Para los procedimientos matrimoniales existe una normativa que a nuestro modo de ver, lejos de ser específica, distinta o singular respecto a los dispuesto en el art. 406 LEC como algún precedente de Audiencia entiende (por ej. SAP de Almería de 23c de mayo de 2.005 ), viene a recordar la observancia de este precepto, el exigir la regla 2ª del artículo 770 la formulación de demanda reconvenccional, expresa en todo caso según los antedichos preceptos, en aquellos supuestos en que se solicite por el demandado, además de la separación, divorcio o nulidad por causas distintas de las invocadas de contrario, la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Este criterio es coincidente con el de la SAP de Toledo de 25 de febrero de 2.005 , o el de la SAP de Huelva de 19 de febrero de 2.005 , o de SAP de Vizcaya de 30 de sep. de 2.004 , etc... frente a la citada



sentencia de Almería que consideraba que en los procesos matrimoniales, a diferencia de los procedimientos declarativos que se rigen en esta materia por la norma consagrada en el art. 406. 3 de la LEC , no es preciso diferenciar específicamente en el escrito de contestación la formulación de la pretensión reconvenzional pues la misma "ope legis", se entiende formulada en el caso de solicitud de adopción de medidas definitivas, cuando las mismas no son conformes con las pedidas en la demanda (...); la nueva regulación procesal exige un plus de actividad al órgano jurisdiccional para comprobar si en el escrito de contestación se contiene una pretensión reconvenzional que debe entenderse formulada por ministerio de la Ley, en base a la simple solicitud discrepante de las medidas definitivas, pues es sabido que en este tipo de procesos es normal y resulta admitido con arreglo a la literalidad del referido art. 770.2º de la LEC , que la parte demandada interese en el suplico, pronunciamientos que no se limitan a la mera desestimación de la demanda sino que, en relación a las medidas definitivas, se adopten otras de carácter más gravoso para la parte actora que las propuestas por dicha parte".

Parece evidente a la vista de lo dispuesto en el Artº. 770,2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la pretensión de fijar una pensión compensatoria por la demandada debió ser planteada vía reconvenzional al no haber sido introducida dicha cuestión por el actor en la demanda iniciadora del procedimiento, la recurrente solicitó en su contestación la fijación de la pensión sin acomodar dicha petición a lo dispuesto en el Artº. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dejando al margen la cuestión de si cabría o no considerar la solicitud como reconvección implícita y si el Juzgado podía subsanar esta cuestión vía Artº. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo cierto es que la providencia teniendo por contestada la demanda y fijando el día de la Vista no fue recurrida, ni en el acto de la misma cabía subsanar dando traslado por 10 días al actor y suspendiendo el juicio, efectivamente la parte hoy recurrente no puede exigir al Juzgador una subsanación cuando ha sido la que ha generado el defecto a la vista de la claridad que el Artº. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone a la hora de articular la reconvección perjudicando, en su caso, a la parte actora que se opuso a la suspensión, únicamente cabría discutirse si dada la propia redacción del Artº. indicado y el principio de economía procesal podría subsanarse la cuestión dando traslado por 10 días al actor para que contestase la reconvección tácita con anterioridad al señalamiento de la vista lo cual es discutible dado el término literal del Artº. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que, en todo caso, no sería aplicable al presente supuesto, por lo que procede confirmar íntegramente la Sentencia recurrida sin perjuicio de la posibilidad que la recurrente pueda plantear "ex novo" la fijación de una pensión compensatoria si se entiende que se cumplen los requisitos del Artº. 97 del Código Civil . (En este mismo sentido la SAP Zaragoza de 29 de mayo de 2007 ).

CUARTO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva que se impongan las costas causadas en esta alzada a la parte apelante tal como dispone el art. 398 LEC .

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

#### **FALLAMOS:**

DESESTIMAR el Recurso de Apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Verónica frente a la Sentencia de fecha 18 de octubre de 2006, dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup>. Instancia nº 3 de Amposta en autos de Juicio de Divorcio nº. 22/2007, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

CONFIRMANDO íntegramente la misma y con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.