



Roj: **STS 501/2018 - ECLI:ES:TS:2018:501**

Id Cendoj: **28079110012018100085**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2018**

Nº de Recurso: **1164/2017**

Nº de Resolución: **94/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 3310/2016,**  
**STS 501/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 94/2018**

Fecha de sentencia: 20/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1164/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1164/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 94/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 20 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2016, dictada en recurso de apelación 863/2014, de la sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante de autos de juicio de divorcio n.º 490/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Matilde, representada en la Audiencia Provincial por el procurador D. Pedro Ballenilla Ross, bajo la dirección letrada de Dña. Susana Fernández de Miguel, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Esperanza Azpeitia Calvín en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Cirilo, representado por la procuradora Dña. Amalia Delgado Cid, bajo la dirección letrada de D. Francisco Gamito Ariza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Cirilo, representado por el procurador D. Julio Mora Cañizares y asistido del letrado D. Francisco Gamito Ariza, interpuso demanda de juicio de divorcio contra Dña. Matilde y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que:

»a) Declare la disolución del matrimonio decretando el divorcio del matrimonio contraído por mi mandante D. Cirilo y Dña. Matilde.

»b) Se acuerden como medidas reguladoras del divorcio las siguientes:

»1.- Los cónyuges se autorizan mutuamente a residir en distintos domicilios, renunciando a interferirse en la vida y actividades del otro.

»2.- La atribución de la vivienda familiar, sita en la CALLE000, n.º NUM003 de Marbella, lo será a favor de D. Cirilo.

»c) Con expresa condena en costas a la demandada si se opusiera a la demanda».

**2.-** Personada en las actuaciones la demandada Dña. Matilde, representada por la procuradora Dña. Margarita Morán Gómez y bajo la dirección letrada de Dña. Susana Fernández de Miguel, contestó a la demanda y formuló demanda reconvenicional.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se declare:

»I).- Haber lugar a la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, de los cónyuges doña Matilde y don Cirilo, con la adopción como medidas definitivas reguladoras del divorcio que se interesan en la demanda reconvenicional.

»II).- Las legales inherentes a la disolución matrimonial.

»III).- Declarando no haber lugar a la adopción de las medidas inherentes solicitadas por el actor en su demanda.

»Todo ello con expresa imposición de las costas causadas al demandante».

Formuló demanda reconvenicional con los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, suplicando al juzgado una sentencia:

«Por la que, con estimación de la demanda reconvenicional formulada, se declare haber lugar a la adopción como medidas definitivas reguladoras del divorcio que se formulan seguidamente:

»I).- Que se conceda a la esposa doña Matilde el uso del domicilio conyugal, sito en la CALLE000 n.º NUM003 de Marbella, así como el uso de los muebles y enseres que en estos momentos se encuentren depositados en el mismo domicilio.



»II). - El reconocimiento de una pensión compensatoria a la esposa doña Matilde y con cargo al esposo demandante equivalente a la cantidad de tres mil quinientos euros mensuales (3.500 €/mes), por el plazo de tres años naturales, revisable con arreglo al índice del coste de la vida en el conjunto nacional y que deberá pagar por mensualidades adelantadas dentro de los cinco primeros días de cada mes hasta su extinción.

»III). - El reconocimiento de una indemnización del art. 1438 C. Civil equivalente a una participación del cincuenta por ciento de los bienes privativos del esposo adquiridos constante el matrimonio e igual participación en las participaciones accionariales en sociedades mercantiles del esposo, igualmente adquiridas constante el matrimonio.

»Todo ello con expresa imposición de las costas causadas en la presente demanda reconvenional al demandante-reconvenido».

**3.-** Admitida a trámite la reconvenición, el demandante reconvenido, D. Cirilo , a través de sus representación procesal, contestó a la demanda reconvenional con los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos suplicando al juzgado se dicte sentencia:

«Desestimando la demanda reconvenional, con expresa condena en costas de la demandante».

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella se dictó sentencia, con fecha 22 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo decretar la disolución por divorcio del matrimonio constituido por don Cirilo y doña Matilde con todos los efectos legales inherentes a esta declaración y con adopción de las siguientes medidas definitivas:

»Atribución a la Sra. Matilde del uso de la vivienda familiar sita en CALLE000 n.º NUM003 de Marbella por un periodo de tres años desde la notificación de la sentencia y que habrá de devolver al Sr. Cirilo transcurrido ese plazo.

»Fijación a favor de la Sra. Matilde de una pensión compensatoria de 700 Euros mensuales durante tres años desde la fecha de notificación de la sentencia actualizable anualmente conforme al índice de precios al consumo y a abonar los cinco primeros días de cada mes.

»Todo ello sin imposición de costas a ninguno de los litigantes».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada y demandante en reconvenición Dña. Matilde , e impugnada la sentencia por el demandante reconvenido D. Cirilo la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia, con fecha 22 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dña. Matilde y la impugnación formulada por la representación procesal de D. Cirilo , frente a la sentencia de 22 de abril de 2014 dictada por la Ilma. Sra. magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia número ocho de Marbella , en los autos de juicio de divorcio núm. 490/2013, a que este rollo se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición, a la parte apelante y a la parte impugnante, de las costas procesales devengadas en esta alzada».

**TERCERO.-** Por Dña. Matilde se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 8 de noviembre de 2017 , se acordó inadmitir el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal y los motivos primero y segundo del recurso de casación; y admitir únicamente el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo tercero del recurso de casación, y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición a los motivos admitidos en el plazo de veinte días.

Los motivos admitidos son:

**1.-** Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, basado: al amparo del art. 469.1.2.º LEC , por infracción de las reglas de la sentencia en el proceso civil, se denuncia la vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24 de la CE , en su vertiente del derecho a obtener una resolución fundada en derecho que resuelva las pretensiones deducidas oportunamente por las partes, con infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al infringir el art. 120.3 CE y el art. 218.1 LEC y viciando la sentencia recurrida de nulidad, por incongruencia omisiva.

**2.-** Motivo tercero del recurso de casación, basado: al amparo de lo dispuesto en el art. 447.3.º de la LEC , por infracción de lo dispuesto en el art. 1438 del CC , en relación con el art. 14 de la CE , ars. 21 y 23 de la Carta de



los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, infracción del art. 2 del Tratado de la Unión Europea, del art. 38 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 y doctrina jurisprudencial aplicable que prohíben toda discriminación y consagran el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos y el derecho a obtener una compensación por el trabajo para la casa a la extinción del régimen de separación, si la esposa ha sido la única que se ha dedicado a ello, aún compaginando dicho trabajo con el realizado fuera del hogar.

**CUARTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido a la procuradora Dña. Amalia Delgado Cid, en nombre y representación de D. Cirilo, presentó escrito de oposición a los motivos admitidos de ambos recursos.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 7 de febrero de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes.*

Promovido juicio de divorcio contencioso, la sentencia dictada en primera instancia, declaró la disolución del matrimonio por divorcio, con atribución del uso de la vivienda familiar por un plazo de tres años a la Sra. Matilde y fijación a favor de la misma de una pensión compensatoria por importe de 700 euros mensuales durante tres años.

La Sra. Matilde (demandada y reconviniente) interpuso recurso de apelación respecto de la atribución del uso de la vivienda, la pensión compensatoria y la denegación de la compensación solicitada ex artículo 1438 CC por el importe de un 50% de los bienes privativos del marido adquiridos durante el matrimonio e igual participación en las participaciones accionariales en sociedades mercantiles adquiridas durante el matrimonio.

La Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia desestimando el recurso de apelación, confirmando la dictada en primera instancia. Sobre la compensación solicitada por vía del artículo 1438 CC, la sentencia recoge que:

«[...]es doctrina reiterada de esta Sala que la demanda de divorcio, inicial o reconvencional no es el cauce para dilucidar dicha pretensión, sino que debe acudir a un juicio declarativo posterior, pues tal petición excede del objeto del proceso de divorcio».

En un claro a mayor abundamiento, razona que no procedería con remisión a la STS de 14 de julio de 2011.

El recurso de casación se interpone por el cauce adecuado al amparo del artículo 477.2.3.º LEC y se estructura en tres motivos, de los que solo se admitió el tercero:

«Tercer motivo de casación: al amparo de lo dispuesto en el art. 447.3.º de la LEC, en relación con el art. 14 de la Constitución Española, arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, infracción del art. 2 del Tratado de la Unión Europea, del art. 38 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 y doctrina jurisprudencial aplicable que prohíbe toda discriminación y consagran el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos y el derecho a obtener una compensación por el trabajo para la casa a la extinción del régimen de separación, si la esposa ha sido la única que se ha dedicado a ello, aún compaginando dicho trabajo con el realizado fuera del hogar».

El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en dos motivos: solo admitido el segundo.

El segundo motivo de infracción procesal:

«Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por infracción de las reglas de la sentencia en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, en su vertiente del derecho a obtener una resolución fundada en derecho que resuelva las pretensiones deducidas oportunamente por las partes».

En este motivo combate el recurrente que la sentencia recurrida considere inadecuado resolver sobre la pretensión del artículo 1438 CC en este procedimiento.

### SEGUNDO.- *Motivo segundo.*

Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, basado: al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por infracción de las reglas de la sentencia en el proceso civil, se denuncia la vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24 de la CE, en su vertiente del derecho a obtener una resolución fundada en derecho que resuelva las pretensiones deducidas oportunamente por las partes, con infracción de las normas



procesales reguladoras de la sentencia, al infringir el art. 120.3 CE y el art. 218.1 LEC y viciando la sentencia recurrida de nulidad, por incongruencia omisiva.

**TERCERO** .- *Decisión de la sala. Procedimiento para resolver sobre la indemnización fijada en el art. 1438 del Código Civil.*

Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se declara que la indemnización establecida en el art. 1438 del C. Civil, establecida para los supuestos de vigencia del régimen de separación de bienes, no puede dilucidarse en el procedimiento de divorcio, sino que debe plantearse en un procedimiento declarativo posterior.

Esta sala ha declarado, en relación con ello en sentencia 678/2015, de 17 de noviembre :

«Se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación, y que puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente. Ocurre en este caso que la no inclusión de la compensación en el convenio regulador no puede ser subsanada con posterioridad cuando las partes, por su autonomía decisoria, adoptaron la forma más conveniente a sus intereses, llegando a unos acuerdos globales sobre la situación personal y económica existente hasta el momento de la ruptura, que se tradujo en medidas definitivas propias del juicio matrimonial de separación y que habrían quedado afectadas de haberse negociado entre las partes la indemnización que ahora se reclama puesto que tal circunstancia ya existía en el momento en que se aprueba y, pese a todo, no se incluyó; razones que determinan que el motivo no pueda ser acogido».

De este texto jurisprudencial, se deduce que la acción relativa al art. 1438 del C. Civil, puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los arts. 748 y 770 de la LEC, no excluyen la indemnización del art. 1438 del C. Civil, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del art. 1438 C. Civil, no es contenido necesario pero sí posible.

La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del art. 1438 del C. Civil, no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge, que también aprovecha y afecta a la institución del art. 1438 del C. Civil.

También se debe tener en cuenta que el art. 806 de la LEC, establece:

«Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial.

»Artículo 806 - Ámbito de aplicación:

»La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables».

Este precepto que es común a la liquidación de todos los regímenes económicos matrimoniales, no excepciona al de separación de bienes ni a las cargas derivadas del mismo, por lo que si el procedimiento de liquidación es común a todos los regímenes, también debe serlo el de disolución, cuando ninguna especialidad normativa se establece.

En el mismo sentido, el art. 1438 del C. Civil regula que la indemnización se determina, en su caso, «a la extinción del régimen de separación», y al realizarse ello en la sentencia de divorcio ( art. 95 del C. Civil ) es al dictarse ésta sentencia cuando se puede resolver lo relativo a la indemnización mencionada.

Por estas razones se han de entender infringidos los arts. 218 LEC y art. 24 de la Constitución, dado que no se han decidido en la sentencia todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.

**CUARTO** .- De acuerdo con lo solicitado, sin necesidad de pronunciarnos sobre el recurso de casación, se declara la nulidad parcial de la sentencia, en lo relativo al art. 1438 del C. Civil, con devolución de los autos, para que el tribunal de apelación se pronuncie sobre los pedimentos correspondientes al establecimiento de la indemnización del art. 1438 del C. Civil, siendo improcedente derivar a las partes a un procedimiento declarativo posterior.

Acordada la nulidad parcial de la sentencia, no es posible resolver el recurso de casación al proceder la devolución de los autos.



**QUINTO** .- No procede imposición de las costas derivadas de los recursos interpuestos ( arts. 394 y 398 LEC ), procediendo la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

## **FALLO**

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

**1.º**- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Dña. Matilde , contra sentencia de 22 de diciembre de 2016 dictada en la apelación 863/2014, de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Málaga .

**2.º**- Se declara la nulidad parcial de la sentencia, con devolución de los autos, para que el tribunal de apelación se pronuncie sobre los pedimentos correspondientes al establecimiento de la indemnización del art. 1438 del C. Civil .

**3.º**- Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

**4.º**- No procede imposición de las costas derivadas de los recursos interpuestos, procediendo la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.