



Roj: **STS 532/2021 - ECLI:ES:TS:2021:532**

Id Cendoj: **28079110012021100081**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2021**

Nº de Recurso: **5281/2019**

Nº de Resolución: **89/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 1064/2019,**  
**STS 532/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 89/2021**

Fecha de sentencia: 17/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5281/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/02/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA. SECCIÓN 2.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5281/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 89/2021**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 17 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D. Jesús Ángel, representado por el procurador D. Eduardo Briones Méndez y bajo la dirección letrada de D. José María Valent Ferrer, sustituido por razón de jubilación por D. José Santiago Salleras Ros, contra la sentencia n.º 323/2019, de 24 de julio, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona en el recurso de apelación n.º 224/2019, dimanante del Procedimiento Divorcio Contencioso n.º 69/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000. Ha sido parte recurrida D.ª Frida, representada por el procurador D. Pablo Sorribes Calle y bajo la dirección letrada de D.ª Carmen Dutú Elizalde.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.ª Frida interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Jesús Ángel, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

"disuelto el vínculo matrimonial por causa de divorcio entre D.ª Frida y D. Jesús Ángel cuyo matrimonio se celebró el día 25 de junio de 1994 y se dicte sentencia en los siguientes términos:

"1.º Se decrete el divorcio de los esposos.

"2.º En relación con la hija menor Maite menor de edad, se apruebe el siguiente plan de parentabilidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 233 y siguientes del Cod. Civil de Cataluña.

"La potestad parental se atribuya a la madre.

"La guarda de la menor se atribuye al padre.

"Se establezca como régimen de estancias las que pacten hija y padre.

"Se solicita se establezca una pensión de alimentos a favor de la menor Maite de 3.000 euros / mes, cantidad que deberá abonar el padre en la cuenta que designe la madre del 1 al 5 de cada mes y que será actualizable anualmente conforme al IPC DE CATALUÑA.

"Se solicita se establezca para su hijo Calixto la cantidad en concepto de alimentos de 1.500 euros al mes, cantidad que deberá abonar el padre del 1 al 5 de cada mes en la cuenta que designe la madre y que será actualizable anualmente conforme al IPC DE CATALUÑA.

"En cuanto a los gastos de colegio, incluidas actividades y por completo de Maite los debe abonar íntegramente el padre, así como los libros y actividades extraescolares, quedando incluidos en la pensión.

"En cuanto a los gastos de colegio escuela de cocina de Calixto los deberá abonar por completo el padre, quedando incluidos en la pensión.

"En cuanto a las actividades extraescolares de Maite flamenco y piscina las debe abonar el padre, quedando incluidos en la pensión.

"En cuanto a las mutuas médicas y gastos médicos que no cubra la seguridad social de los hijos dependientes, se solicita que el abono sea íntegro por el padre.

"Los deberes de información y colaboración entre los progenitores.

"I.-Que tienen obligación de informarse recíprocamente de los domicilios fijos o eventuales que tengan, así como los teléfonos donde puedan estar localizados, y que deberán notificar al otro cualquier cambio que se produzca.

"II.- Deberán intercambiar la información relativa a Maite de forma directa y personal, sin utilizar a la menor como mensajera para intercambiar información, plantear cuestiones, evitando en lo posible hacerlo en presencia de la menor.

"Ambos progenitores pueden utilizar los medios de comunicación por SMS, WASAP, CORREO ELECTRÓNICO, a fin de dejar constancia de los mismos.

"III.- Asimismo, se informarán sobre los principales aspectos relativos al desarrollo de Maite, en especial, de los relativos a la educación, la salud y el ocio. Si un progenitor tiene conocimiento de cualquier enfermedad, accidente, hospitalización o circunstancia que afecta la salud de la menor, se obliga a comunicarlos al otro de forma inmediata, sin dilación.



"IV.- Ambos se facilitarán el acceso a los documentos relativos de Maite (escolares, sanitarios y otros relevantes), debiendo tomar de forma conjunta y unánime la decisión de cambio de centro escolar, manteniendo la escolarización privada.

"En base al régimen adoptado, la menor vivirá en el domicilio de su madre y será este el que constará a los efectos burocráticos.

"3.º En concepto de pensión compensatoria a favor de la Sra. Rosana se solicita se establezca la cantidad de 8.000 euros al mes con carácter vitalicio, cantidad que la abonará el Sr. Jesús Ángel del 1 al 5 de cada mes en la cuenta que designe la Sra. Rosana y se actualizará anualmente conforme al IPC de la comunidad Autónoma de Cataluña.

"4.º Se atribuya el uso y disfrute del domicilio familiar, ajuar doméstico, sito en la CALLE000 n.º NUM000 de DIRECCION001 a la madre de manera vitalicia.

"5.º En concepto de pensión por razón del trabajo del art. 232.5 y siguientes del Cod. Civil de Cataluña, se decreta que el Sr. Jesús Ángel abonará a la Sra. Rosana la cantidad de 6.000.000 € sin perjuicio de que del periodo probatorio resulte a solicitar cantidad superior, peticionando en todo caso la cuarta parte del incremento patrimonial del Sr. Jesús Ángel (demandado).

"Todo ello con imposición de costas a la parte demandada en caso de oposición, acordando la inscripción de la sentencia en el Registro Civil correspondiente".

2.- La demanda fue presentada el 30 de septiembre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000, fue registrada con el n.º 69/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D. Jesús Ángel contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"se sirva dictar sentencia por la que:

"1.º- con estimación de la disolución del vínculo matrimonial, se acuerde el divorcio entre las partes,

"2.º- se proceda a conceder la **custodia** de la menor Maite, a su padre Sr. Jesús Ángel, con régimen de visitas a favor de la madre, y la determinación de 200,00€ en concepto de pensión por alimentos más el pago de 50% de los gastos extraordinarios, del 50% de:

"a) los gastos escolares extraordinarios, como matrícula y libros,

"b) los gastos extraescolares que se originen por cursos formativos con idiomas, actividades deportivas, música, etc., c) los gastos médicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, entre los que están ortodoncia, oculista, psicólogo etc., determinándose que en todos los casos el gasto deberá ser consensuado por ambos progenitores de mutuo acuerdo, no siendo repercutible sobre cualquier otro gastos que se genere por decisión unilateral de uno de los padres, ambas partidas a cargo de la Sra. Rosana.

"4.º- Subsidiariamente la **custodia compartida** de la menor Maite, a ambos progenitores.

"5.º- Atribución del uso de la vivienda conyugal a favor del Sr. Jesús Ángel.

"6.º- Desestimación de la demanda respecto del pago de una pensión por alimentos a favor de su hijo Calixto.

"7.º- Desestimación íntegramente de la demanda respecto del pago de una pensión compensatoria a la Sra. Rosana por parte del Sr. Jesús Ángel, de 8.000,00€ mensuales.

"8.º- Desestimación íntegra de la demanda respecto del pago de la indemnización por razón del trabajo que solicita la Sra. Rosana.

"9.º- Expresa imposición de las costas judiciales de este procedimiento a la parte actora por su temeridad y mala fe.

4.- El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza Sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de DIRECCION000, exclusivo de violencia sobre la mujer, dictó sentencia de fecha 14 de diciembre de 2018, con el siguiente fallo:

"Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora D.ª Elisa Martínez Pujolar, en nombre y representación de D.ª Frida contra D. Jesús Ángel, declaro la disolución del matrimonio formado por las partes, por divorcio, así como las siguientes medidas reguladoras del mismo:



"1. Los progenitores mantendrán el ejercicio compartido de la potestad parental respeto de la menor Maite , de forma que cualquier cuestión relativa a la crianza, educación y salud de la menor se decidirá de mutuo acuerdo entre ellos, sin poderse adoptar decisiones unilaterales al respecto.

"Los progenitores deberán intercambiarse cualquier información relativa a la menor a quien, en ningún caso, podrán utilizar como mensajera para transmitir información, plantear cuestiones o proponer cambios.

"Cualquier cambio de domicilio y/o de escuela se deberá notificar al otro progenitor, requiriendo acuerdo entre ambos progenitores o autorización judicial.

"2. Se otorga la guarda y **custodia** de la menor Maite a la madre.

"3. No se establece un régimen de visitas a favor del padre con respecto a la menor Maite y sin perjuicio de lo que puedan pactar libremente padre e hija.

"4. El establecimiento de una pensión de alimentos a favor de la hija Maite de mil quinientos euros mensuales (1.500 euros), cantidad que deberá ingresar el padre, en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que el padre designe al efecto. La cantidad anterior se revisará anualmente en conformidad con las variaciones que experimente el índice de precios de consumo que establezca el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya para la Comunidad Autónoma de Cataluña.

"5. Los gastos extraordinarios de la menor serán abonados en un porcentaje del 75% a cargo del progenitor paterno, Sr. Jesús Ángel y del 25% a cargo de la Sra. Rosana . Tienen la consideración de gastos extraordinarios los gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social, ni por mutua, matrícula universitaria y escolares, material escolar y actividades extraescolares.

"6. El establecimiento de una pensión de alimentos, por todos los conceptos, a favor del hijo Calixto , mil quinientos euros mensuales (1.500 euros), cantidad que deberá ingresar el padre, en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que el padre designe al efecto. La cantidad anterior se revisará anualmente en conformidad con las variaciones que experimente el índice de precios de consumo que establezca el Instituto Nacional de Estadística y organismo que lo sustituya para la Comunidad Autónoma de Cataluña.

"Esta pensión tendrá una duración máxima de tres anualidades con las particularidades establecidas en el fundamento jurídico sexto.

"7. Se atribuye el uso del domicilio que fuera familiar al Sr. Jesús Ángel .

"8. Se establece, en concepto de prestación compensatoria a favor de la Sra. Rosana , la suma de ocho mil euros (8.000 euros) con una duración de DIEZ AÑOS, cantidad que deberá ingresar el Sr. Jesús Ángel en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que la Sra. Rosana designe al efecto.

"9. No es procedente fijar importe en concepto de compensación por razón del trabajo a favor de la Sra. Rosana .

"No es procedente hacer expresa imposición de costas".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Jesús Ángel .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona, que lo tramitó con el número de rollo 224/2019 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 24 de julio de 2019, con el siguiente fallo:

"Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por la Procuradora D.ª Rosa María Bartolomé Foraster en nombre y representación de D. Jesús Ángel , contra la sentencia de 14 de diciembre de 2018, del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de DIRECCION000 (Exclusivo de violencia sobre la mujer), dictada en los autos de Divorcio contencioso nº 69/2016, de los que el presente rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución quedando los apartados numerados del fallo de la sentencia de 1.ª instancia modificados en el sentido siguiente:

"4) La pensión de alimentos a favor de la hija menor Maite será de 1.200 € mensuales, a revisar y pagar en la forma y los términos establecidos en la sentencia apelada.

"6) La pensión alimenticia del hijo mayor de edad Calixto , será de 1.000 € mensuales con la duración, forma de pago y revisión anual que se establece en la sentencia apelada.

"8) La prestación compensatoria a satisfacer a la Sra. Rosana , será de 6.000 € mensuales con la misma duración, y forma de pago que establece la sentencia apelada



"Se desestiman los demás pedimentos del recurso, confirmándose los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada.

"Todo ello sin hacer especial imposición de las costas de esta apelación.

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

**1.- D. Jesús Ángel** interpuso recurso por infracción procesal y de casación.

El único motivo del recurso por infracción procesal fue:

"Al amparo del número 2.º del artículo 469.1 LEC, por vulneración del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con los artículos 36, 38 y 39 de la LEC por vulnerar el principio de congruencia al obviar la cuestión controvertida y no haberse resuelto la denunciada incompetencia del Tribunal en materia económico-matrimonial, generando indefensión y vulnerando el principio de tutela judicial efectiva".

El único motivo del recurso de casación fue:

"Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 5 del Reglamento UE n.º 1259/2010 del Consejo de la Unión Europea relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que dispone la validez y la aplicación en cualquier territorio de la Unión Europea de las capitulaciones matrimoniales formuladas por ciudadanos de la Unión, cualquiera que sea su nacionalidad, en relación al artículo 107.2 del Código civil en la redacción dada por la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, cuya vigencia es inferior a cinco años, no existiendo doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS al respecto"

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús Ángel contra la sentencia dictada con fecha de 24 de julio de 2019 por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 224/2019, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 69/2016 del Juzgado de Primera instancia n.º 7 de DIRECCION000".

**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

**4.-** Por providencia de 14 de enero de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de febrero de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes*

El recurso plantea problemas de competencia judicial internacional de los tribunales españoles y ley aplicable en un caso de divorcio de dos ciudadanos franceses que llevaban años residiendo en España cuando se interpuso la demanda.

Por lo que interesa exclusivamente a efectos del presente recurso son antecedentes necesarios los siguientes.

**1.** La Sra. Rosana y el Sr. Jesús Ángel, ambos de nacionalidad francesa, otorgaron el 27 de mayo de 1994, ante un notario francés, un "contrat de mariage" en el que pactaron que el matrimonio que proyectaban celebrar se sometería al régimen económico matrimonial de separación de bienes regulado en el Código civil francés.

El 25 de junio de 1994 contrajeron matrimonio en la localidad francesa de Doué-La Fontaine.

La Sra. Rosana y el Sr. Jesús Ángel tienen tres hijos, nacidos en 1993, 1996 y 2001.

**2.** El 11 de julio de 2016, el juzgado de DIRECCION000 dictó auto de medidas provisionales previas a la demanda.

El 30 de septiembre de 2016, la Sra. Rosana, haciendo constar su domicilio en DIRECCION001 (Girona), presentó demanda de divorcio en la que, además de medidas respecto de los hijos (la atribución de la potestad parental sobre la hija nacida en 2001, alimentos para esa hija y el hijo nacido en 2001, el uso de la que era



vivienda familiar en DIRECCION002 desde el año 2010), solicitó en concepto de pensión compensatoria la suma de 8.000 euros al mes con carácter vitalicio y, en concepto de pensión por razón del trabajo del art. 232-5 del Código civil de Cataluña, la cantidad de seis millones de euros.

3. El 9 de febrero de 2017, el Sr. Jesús Ángel, haciendo constar su domicilio en DIRECCION001 (Girona), contestó a la demanda solicitando la **custodia** de la hija menor, la atribución del uso de la vivienda familiar, la desestimación de la demanda de alimentos respecto del hijo nacido en 1996 y la desestimación de las pretensiones de pago de la pensión compensatoria y de la indemnización por razón del trabajo solicitadas por la Sra. Rosana.

4. Durante el curso del procedimiento, la esposa y los hijos trasladaron la residencia a Francia, y por auto del juzgado de 1 de mayo de 2018 se atribuyó el uso del que fuera domicilio familiar al Sr. Jesús Ángel.

5. El 14 de diciembre de 2018 el juzgado dictó sentencia por la que declaró el divorcio de la Sra. Rosana y el Sr. Jesús Ángel. En su sentencia, además de algunas medidas respecto de los hijos comunes y el uso del domicilio familiar, el juzgado estableció la obligación de pago del Sr. Jesús Ángel de 8.000 euros al mes durante diez años en concepto de prestación compensatoria y rechazó la fijación a favor de la Sra. Rosana de una compensación por el trabajo.

6. El Sr. Jesús Ángel interpuso recurso de apelación. La sentencia de la Audiencia de 24 de julio de 2019 estimó en parte el recurso de apelación y, además de rebajar las pensiones de alimentos respecto de los hijos, rebajó la prestación compensatoria a favor de la Sra. Rosana a 6.000 euros mensuales, con la misma duración fijada por el juzgado.

7. El Sr. Jesús Ángel interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Termina suplicando que, con estimación de los recursos, se anule parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la prestación compensatoria a favor de la Sra. Rosana.

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

#### **SEGUNDO.** *Planteamiento del recurso*

1. El recurso se funda en un único motivo en el que, al amparo del art. 469.1.2.ª LEC, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC en relación con los arts. 36, 38 y 39 LEC por vulnerar el principio de congruencia al obviar la cuestión controvertida y no haberse resuelto la denunciada incompetencia del Tribunal en materia económico-matrimonial, generando indefensión y vulnerando el principio de tutela judicial efectiva.

2. En su desarrollo afirma que ya denunció en su contestación a la demanda de divorcio la aplicación errónea de la ley española y del Código civil de Cataluña por lo que respecta a los efectos del divorcio entre los cónyuges, por ser aplicable la legislación francesa. Añade que en el acto de la vista el letrado alegó la incompetencia y el sometimiento a la legislación francesa y que lo reiteró en la apelación, y que en cualquier caso procede su apreciación de oficio por ser materia de orden público. Añade que la vulneración se habría producido porque la sentencia recurrida, que se pronunció sobre la competencia para la disolución del matrimonio y las medidas relativas a los hijos o la vivienda no se pronunció sobre la ley aplicable a la cuestión patrimonial referida a la pensión compensatoria, sin tener en cuenta que otorgaron capitulaciones matrimoniales con arreglo al derecho francés. Concluye diciendo que se infringe el art. 218 en relación con los arts. 36, 38 y 39 LEC por no dar respuesta a la concreta aplicabilidad de la ley nacional pactada y que lo que se denuncia es la aplicación indebida del derecho civil catalán cuando, por aplicación del Reglamento de la Unión Europea 1259/2010, es aplicable el derecho civil francés.

3. El recurso por infracción procesal se desestima por lo que decimos a continuación.

#### **TERCERO.** *Decisión de la sala*

El motivo del recurso por infracción procesal incurre en numerosos defectos de formulación que conducen necesariamente a su desestimación.

1. El recurrente denuncia incongruencia porque, según dice, el tribunal no se pronunció sobre la incompetencia denunciada en materia económico matrimonial y porque no dio respuesta a la aplicación de la ley francesa pactada en virtud de capitulaciones.

2. Deben distinguirse las cuestiones de competencia judicial internacional y las de ley aplicable, pero en la medida en que el recurrente denuncia el vicio procesal de incongruencia, debemos comenzar aclarando que no hay incongruencia porque la sentencia recurrida sí se ocupó de ambos asuntos.

i) A lo largo de todo el procedimiento el recurrente ha planteado ambas cuestiones de manera confusa, mezclando competencia judicial con determinación de la ley aplicable, al igual que hace ahora en su recurso.



En su contestación a la demanda, con cita del art. 107 CC, lo único que planteó fue que los efectos del divorcio se regían por la ley francesa por ser ambos cónyuges franceses y haber otorgado antes del matrimonio un "contrato de matrimonio" por el que el régimen de su matrimonio era el de separación de bienes del Código civil francés.

El demandado, que no denunció la falta de competencia judicial internacional mediante declinatoria, en la audiencia previa planteó que el tribunal debía apreciarla de oficio por ser cuestión de orden público, en atención a que la demandante y la hija menor, según dijo, después de presentar la demanda, ya no residían en España, sino en Francia.

ii) Puesto que en el procedimiento se ejercitaban diversas pretensiones, la sentencia del juzgado se ocupó a lo largo de sus ocho primeros fundamentos de derecho de analizar las cuestiones de competencia internacional y de ley aplicable para cada uno de los asuntos litigiosos que se suscitaban (divorcio, relaciones parentales, alimentos, régimen económico, consecuencias patrimoniales del divorcio).

De manera correcta, en su fundamento primero, el juzgado distinguió entre competencia judicial y ley aplicable para cada uno de los ámbitos litigiosos; en el fundamento segundo se ocupó del foro y la ley aplicable a las relaciones entre los cónyuges, el divorcio, el régimen económico y las relaciones parentales; en el fundamento séptimo se ocupó de la ley aplicable al régimen económico y la compensación por el trabajo y más concretamente, por lo que se refiere a la petición de la esposa de una prestación compensatoria, que es lo que invoca ahora el recurrente, en el fundamento octavo, se refirió tanto al fuero como a la ley aplicable, con cita acumulada, entre otras muchas normas de derecho europeo, estatal y autonómico, del Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

iii) En su recurso de apelación, el demandado ahora recurrente se limitó a manifestar que en la contestación a la demanda y en la vista había alegado "sobre la competencia territorial y sobre la legislación aplicable (la ley común de los esposos, o sea la francesa)" por lo que, para no ser reiterativo se remitía a lo dicho, "sometiéndose al principio *iura novit curia* por tratarse de una cuestión de orden público".

iv) La Audiencia dedicó su fundamento de derecho segundo a dar respuesta a ambas cuestiones y lo hizo de manera sintética, citando de manera conjunta preceptos que se referían a las diferentes cuestiones planteadas y remitiéndose en última instancia a los razonamientos más detallados del juzgado.

En efecto, el primer párrafo del fundamento de derecho segundo, con cita del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y del art. 22 LOPJ, se remitió además a los razonamientos de la sentencia del juzgado sobre la competencia (que expresamente, como ha quedado dicho, aludió a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para pronunciarse sobre la petición de la esposa de una prestación compensatoria).

En el párrafo segundo del fundamento de derecho segundo, la sentencia de la Audiencia, con cita de los arts. 5 del Reglamento UE n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, y de los arts. 9.2 y 107 CC, además de la remisión a los argumentos del juzgado, se pronunció sobre la aplicación al caso del derecho español y, en concreto, del Código civil de Cataluña.

v) Así las cosas, no puede afirmarse, por tanto, que haya incongruencia porque la sentencia no ha omitido pronunciarse ni sobre la competencia judicial ni sobre la legislación aplicable.

Cuestión distinta es la corrección de los argumentos y de las normas que cita, sobre lo que vamos a pronunciarnos en esta sentencia en el orden y en el lugar correspondiente.

**3.** En particular, de la competencia judicial internacional nos ocuparemos inmediatamente. Sobre la ley aplicable, en cambio, por lo que diremos a continuación, nos pronunciaremos al resolver el recurso de casación.

El motivo del recurso confunde y mezcla, como ha venido haciendo la parte a lo largo del procedimiento, los conceptos de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable.

Los criterios de competencia judicial internacional fijan la aptitud de los órganos de un Estado para conocer de la controversia suscitada por la situación privada internacional. La competencia judicial internacional es un presupuesto del proceso.

La ley aplicable se refiere en cambio a la determinación de la ley que rige esa situación, es decir, el régimen jurídico aplicable al fondo de la situación privada internacional. Se trata de una cuestión sustantiva ajena



al recurso por infracción procesal y propia del recurso de casación donde, por lo demás, es reiterada por el recurrente.

4. Debemos centrar por tanto en el análisis de este recurso por infracción procesal la denunciada falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles y, por lo que vamos a decir, el motivo tampoco puede ser estimado.

La falta de competencia internacional puede ser denunciada por el demandado mediante declinatoria ( arts. 39 y 63 LEC). En el caso, el demandado no utilizó este cauce, pero en la audiencia previa solicitó que se apreciara por el tribunal de oficio al amparo del art. 416.II LEC.

Para apreciar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, en virtud del principio de primacía, debemos estar a las normas procedentes de la Unión Europea.

i) En el caso no ha sido discutida la competencia de los tribunales españoles para conocer del procedimiento de divorcio. En la contestación a la demanda presentada por la esposa, el mismo recurrente también solicitó que se decretara el divorcio.

Los cónyuges, de nacionalidad francesa, llevaban años residiendo en Gerona, donde tenían su residencia habitual, donde residían en el momento de la presentación de la demanda y donde, según dice el juzgado, continuaba residiendo el esposo demandado.

La competencia judicial internacional de los tribunales españoles resulta con claridad a la vista del elenco de foros alternativos previstos en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (art. 1.1.a.). El art. 3 del Reglamento precisa que serán competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o la residencia habitual del demandado, o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión.

ii) Pero el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 no se ocupa de las obligaciones de alimentos, de las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias (considerando 8 y art. 1.3).

Explica el considerando 8 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003:

"Por lo que se refiere a las resoluciones judiciales relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial, el presente Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias".

Dispone el art. 1 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 (Ámbito de aplicación):

"El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; (...). 3. El presente Reglamento no se aplicará: (...) e) a las obligaciones de alimentos; (...)".

iii) Para la competencia de los tribunales españoles respecto de la pensión compensatoria solicitada por la esposa debemos estar a lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Ello, en primer lugar, porque en el caso la demanda se presentó en fecha posterior al 18 de junio de 2011 (sobre entrada en vigor, art. 76 del Reglamento y Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias).

En segundo lugar porque, a efectos del Reglamento (CE) n.º 4/2009, la prestación compensatoria solicitada por la demandante, aunque no se limita a un simple derecho de alimentos y tiende a compensar el nivel de vida que disfrutaba durante el matrimonio, debe considerarse incluida en el concepto de "obligación de alimentos" derivada de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad a que se refiere el art. 1 del Reglamento.

En efecto, la "obligación de alimentos" a que se refiere el Reglamento (CE) n.º 4/2009 debe interpretarse, según su considerando 11, de manera autónoma, y el Tribunal de Justicia ha venido interpretado el concepto



de alimentos, desde el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de una manera muy amplia, comprensiva de las prestaciones compensatorias o indemnizatorias entre "ex cónyuges" en la medida en que no tengan por objeto el reparto de los bienes ni sean una liquidación de bienes propia del régimen económico (tal y como advirtió la sentencia de esta sala de 21 de julio de 2000, rc. 2754/1995, con cita de las sentencias TJCE, de 6 de marzo de 1980, asunto 120/1979, De Cavel II; y de 27 de febrero de 1997, asunto C-220/1995, Boogaard/Laumen).

En el presente caso, las partes no han convenido por escrito que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para resolver los conflictos de alimentos suscitados o que pudieran suscitarse entre ellos (el art. 4.1.c. del Reglamento CE n.º 4/2009 expresamente permite la elección de foro "por lo que respecta a las obligaciones de alimentos entre cónyuges o "excónyuges"). En efecto, en el "contrato matrimonial" prenupcial otorgado el 27 de mayo de 1994, los cónyuges acordaron que su régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes contenido en el Código civil francés, pero tal pacto nada tiene que ver con un convenio de elección del foro. Por otra parte, el marido, demandado ante un tribunal español, ha impugnado la competencia internacional de los tribunales españoles (cfr. art. 5 del Reglamento CE n.º 4/2009).

Por tanto, en defecto de sumisión expresa o tácita, son aplicables las disposiciones generales contenidas en el art. 3 del Reglamento (CE) n.º 4/2009 que, con el fin de preservar los intereses de los acreedores de alimentos (considerando 15), prevé la competencia concurrente de los tribunales de los Estados miembros correspondientes a la residencia habitual del demandado, a la residencia habitual del acreedor de alimentos y a los competentes para conocer de una acción relativa al estado civil como es la de divorcio (letras a, b y c).

En el caso, por tanto, la esposa podía dirigirse ante los tribunales españoles para solicitar el reconocimiento de una pensión compensatoria por aplicación de cualquiera de estos criterios.

El juzgado, en su fundamento octavo se refirió de manera correcta al Reglamento (CE) n.º 4/2009 para declarar la competencia de los tribunales españoles para pronunciarse sobre la prestación compensatoria solicitada. Aunque la Audiencia no precisó con detalle el ámbito de cada una de las normas que citaba en relación con cada uno de los asuntos planteados en la demanda, ni mencionó el Reglamento (CE) n.º 4/2009, al remitirse a los razonamientos del juzgado y declarar la competencia judicial de los tribunales españoles no infringió los preceptos aplicables.

iv) Con el fin de evitar confusiones debemos advertir que lo que acabamos de exponer sobre el Reglamento (CE) n.º 4/2009 se refiere a la prestación compensatoria.

Este reglamento no es aplicable sin embargo a la cantidad solicitada por la esposa como compensación económica para el trabajo, propia del régimen de separación de bienes. La cantidad solicitada como compensación económica para el trabajo tampoco está incluida en el citado Reglamento (CE) n.º 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que, como hemos visto, excluye de su ámbito los efectos patrimoniales. Tampoco le resulta de aplicación el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que excluye de su ámbito los regímenes matrimoniales (art. 1.2.a.).

Con todo, la competencia de los tribunales para conocer de la petición de la esposa de una compensación económica para el trabajo con arreglo al régimen de separación de bienes resultaría de lo dispuesto en el art. 22 quáter c) LOPJ, que en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges atribuye competencia internacional a los tribunales españoles "cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, (...)". Este precepto resultaría aplicable en atención a la fecha de interposición de la demanda (antes del 29 de enero de 2019), porque en otro caso sería aplicable el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

Otra cosa es que en la instancia se desestimara correctamente la petición de la compensación por el trabajo prevista para los matrimonios sometidos al régimen de separación de bienes del derecho catalán, al no ser esa la ley aplicable al matrimonio litigioso, sometido al derecho francés [ arts. 9.2 y 3 CC, aplicables al caso en atención a que las disposiciones sobre ley aplicable del capítulo III del Reglamento (UE) 2016/1103, solo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o especificado la ley aplicable al régimen económico después del 29 de enero de 2019, cfr. arts. 69 y 70 del Reglamento).



v) El citado Reglamento (CE) n.º 2201/2003 resultaba también de aplicación para determinar la competencia judicial para la atribución y ejercicio de la responsabilidad parental de la hija -en ese momento menor de edad- de los litigantes (art. 1.1.b., en particular, al derecho de **custodia** y visitas, arts. 1.2 y 2.7).

De acuerdo con el criterio general de la residencia habitual del menor en el momento de presentar la demanda (art. 8), eran competentes los tribunales españoles, dada la residencia habitual de la menor con su familia desde hacía años en DIRECCION002 .

En este caso, dada la residencia habitual de la menor, la competencia de los tribunales españoles no obedece al "foro de accesoriadad" que, para las causas matrimoniales, establece el art. 12 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, por lo que no era preciso el requisito previsto en ese precepto de que fuera aceptada por el esposo demandado.

Por lo que se refiere a las obligaciones de alimentos, aunque no estén comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, con arreglo al art. 3.d) del Reglamento (CE) n.º 4/2009, los órganos jurisdiccionales competentes para resolver en materia de alimentos son los órganos competentes para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental en virtud del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 cuando la demanda de alimentos sea accesoria de esa acción. En el caso, además, los tribunales españoles también serían competentes para resolver sobre la demanda en materia de alimentos de los dos hijos en virtud de los criterios de las letras a) y b) del art. 3 del Reglamento (CE) n.º 4/2009 (residencia habitual del demandado o del acreedor).

De modo correcto el juzgado entendió, y el criterio fue ratificado por la Audiencia, que en la medida en que no se trataba de una demanda de modificación o revisión de las medidas adoptadas cuando la menor se encontraba en España (arts. 8 y 9), esa competencia no se vería alterada por el hecho de que posteriormente la menor se hubiera trasladado a Francia, según dijo en la audiencia previa el padre, sin explicar en qué perjudicaría a la menor que la decisión fuera adoptada por un tribunal español.

vi) Saliendo del terreno de la competencia judicial internacional, pero dada la confusión sembrada por el recurrente y no aclarada debidamente en las sentencias de instancia, debemos advertir que, a pesar de que la aplicación de la *lex fori* a las medidas de protección de la hija menor resultó correcta, ello sería por aplicación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (art. 15.1) y del art. 9.6 CC (redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

No, como dijo el juzgado, por aplicación territorial del derecho civil autonómico, ni tampoco, como dijo la sentencia recurrida, por aplicación del art. 5 del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 (que, como veremos al resolver al recurso de casación, se ocupa de la ley aplicable al divorcio y no rige para las medidas de protección de menores que deben aplicarse tras un divorcio).

De la misma manera que la aplicación de la norma catalana a los alimentos de la hija menor y del hijo mayor dependiente económicamente resultaría correcta, pero no por la eficacia territorial de esa norma sustantiva, como se dice en las sentencias de instancia, sino por aplicación de lo dispuesto en los arts. 3 y 4 del Protocolo el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros.

**5.** En definitiva, de acuerdo con lo dicho, el recurso por infracción procesal se desestima. De una parte, porque no hay incongruencia omisiva, dado que la sentencia recurrida sí se pronunció sobre la competencia judicial internacional y sobre la ley aplicable. De otra parte porque, al considerar que los tribunales españoles eran competentes para resolver las cuestiones planteadas en la demanda no se infringieron las reglas sobre competencia judicial internacional.

## **Recurso de casación**

### **CUARTO.** *Planteamiento del recurso*

1. El recurso se funda en un único motivo en el que, al amparo del art. 477.1 LEC, se denuncia la infracción del art. 5 del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo de la Unión Europea relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (que, según dice el recurrente, dispone la validez y la aplicación en cualquier territorio de la Unión Europea de las capitulaciones matrimoniales formuladas por ciudadanos de la Unión, cualquiera que sea su nacionalidad), en relación con el art. 107.2 CC en la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Alega que concurre interés casacional porque la vigencia de la norma es inferior a cinco años y no existe doctrina jurisprudencial de la Sala Primera.

2. En el desarrollo del recurso se sostiene que, al fijar una pensión compensatoria conforme al derecho catalán, la sentencia recurrida infringe el art. 5 del Reglamento (UE) n.º 1259/2010, aplicable al amparo de lo dispuesto



en el art. 107 CC, que reconoce la autonomía de la voluntad y admite que los cónyuges escojan la ley aplicable, de acuerdo con el art. 1255 CC, cosa que hicieron, según dice, eligiendo la legislación francesa.

3. El recurso de casación se desestima por lo que decimos a continuación.

#### **QUINTO.** *Decisión de la sala. Desestimación del recurso*

##### **1.** *Posición del recurrente y criterio de la sentencia recurrida.*

Conviene precisar cuál ha sido la posición del recurrente a lo largo del procedimiento y el criterio de la sentencia recurrida.

i) El recurrente ha venido defendiendo a lo largo de todo el procedimiento, de manera genérica, la aplicación de la ley francesa. En la contestación a la demanda invocó los arts. 9.2 y 107 CC (por ser la ley francesa la común de los esposos) y en el recurso de apelación reiteró escuetamente, remitiéndose a lo expuesto en primera instancia, que la legislación aplicable era la francesa por ser la ley común de los esposos.

Sin embargo, respecto de la pensión compensatoria, los argumentos del demandado se han dirigido, bien a negar su procedencia (en la contestación a la demanda con el argumento de que la esposa había trabajado y cotizado a la seguridad social y que la situación patrimonial del esposo no era la que alegaba la esposa), bien a solicitar una rebaja de la cuantía y el tiempo de su concesión (en la contestación a la demanda y más rotundamente en el recurso de apelación, donde acabó suplicando que se redujera la cantidad concedida a 1.200 euros durante tres años en lugar de los 8.000 euros durante diez años fijados por el juzgado). Ello con cita del derecho catalán y de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

Ahora en casación, el recurrente invoca el art. 107 CC y el Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

ii) La propia Audiencia, al pronunciarse de manera genérica sobre la legislación aplicable, y para llegar a una conclusión diferente, invocó los mismos preceptos al decir que: "ha de ser la española y dentro de esta el Código Civil de Cataluña, de conformidad con el art. 5 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre, del Consejo, en sus apartados a) y b), en relación con los arts. 9.2 y 107 del Código Civil, remitiéndose igualmente la Sala a los argumentos expuestos al respecto en el fundamento segundo de la sentencia apelada, por considerarlos ajustados a la hermenéutica que se desprende de la normativa aplicable al divorcio y a las relaciones parentales inherentes al mismo, en función de la residencia de la demandante a la interposición de la demanda, el lugar de la última residencia habitual del matrimonio y el lugar de la residencia habitual del demandado, todos ellos en la localidad de DIRECCION002, que continúa siendo en la actualidad la residencia del demandado".

Previamente, el fundamento segundo de la sentencia del juzgado, al que se remitió la Audiencia, por lo que se refiere a las relaciones entre los cónyuges, aludió a los arts. 9.2 y 107 CC y al art. 5 del Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre, y en su fundamento octavo, por lo que se refiere a la ley aplicable a la pensión compensatoria, añadió la cita de los arts. 3 y 5 del Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 23 de noviembre de 2007 y el Código civil de Cataluña, para concluir que la ley aplicable era el Código civil de Cataluña por ser el domicilio de la acreedora en el momento de la interposición de la demanda.

##### **2.** *Marco normativo.*

Ante la acumulación de cita, tanto por el recurrente como por las sentencias de instancia, de normas que, en realidad, se refieren a diferentes cuestiones, antes de dar respuesta al motivo del recurso de casación, conviene hacer algunas precisiones.

i) Ninguna de las normas invocadas por el recurrente se refiere al derecho aplicable a la pensión compensatoria solicitada por la esposa.

El Reglamento UE n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, determina la ley aplicable al divorcio ( arts. 5 -elección de la ley aplicable- y 8 -ley aplicable a falta de elección de las partes-). Y el art. 107.2 CC, en su redacción actual, dada por la disposición final 1.28 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, se limita a remitirse a las normas de la Unión Europea, aunque ya desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 (el 21 de junio de 2012), la redacción que en ese momento tenía el art 107 CC (que contenía una norma de conflicto sobre la ley aplicable a la separación o el divorcio) quedó materialmente sustituida por el Reglamento (UE) n.º 1259/2010.

La ley a que se refiere el art. 5 del Reglamento (UE) n.º 1259/2010, cuando admite de manera restringida la elección por las partes de la ley aplicable, es por tanto la ley aplicable al divorcio.



En el caso, el recurrente en ningún momento ha discutido ni tampoco impugna ahora que se decretara el divorcio con arreglo a la ley española ( arts. 85 y 86 CC). Por lo demás, a falta de un convenio escrito, ello resulta con claridad de los criterios recogidos en el art. 8 del Reglamento (UE) n.º 1259/2010, entre los que se encuentra la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de interposición de la demanda. El pacto otorgado por las partes antes de contraer matrimonio y conforme al cual su régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes del Código civil francés no es elección de ley aplicable al divorcio ni tampoco consta otro acuerdo al respecto conforme a lo previsto en el art. 7 del Reglamento (UE) n.º 1259/2010.

Pero todo ello es irrelevante, porque lo que impugna el recurrente es la concesión de una pensión compensatoria, y a estos efectos es improcedente la cita que hace tanto del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 como del art. 107 CC. Ni uno ni otro son aplicables ni a los efectos patrimoniales, ni a las obligaciones alimentarias, ni a otras posibles medidas accesorias [ art. 1.2 y considerando 10.III del Reglamento (UE) n.º 1259/2010].

Explica el considerando 10.III del Reglamento (UE) n.º 1259/2010:

"Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate".

Dispone el art. 1 del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 (Ámbito de aplicación):

"1. El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial. 2. El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación: a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones".

ii) El recurrente cita también el art. 9.2 CC, pero este precepto no designa la ley aplicable a la pensión compensatoria solicitada.

Cierto que el art. 9.2 CC es aplicable, pero para determinar las relaciones jurídicas entre los cónyuges, incluidos el régimen económico matrimonial, su disolución y liquidación. También el art. 9.3 CC (para apreciar la validez del pacto de separación de bienes que otorgaron los cónyuges antes de contraer matrimonio). Hay que advertir que, en su ámbito, son aplicables estos preceptos y no las normas contenidas sobre ley aplicable en el capítulo III del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; estas normas del Reglamento solo resultan de aplicación a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019, lo que no es el caso que da lugar a este recurso.

Pero el art. 9.2 CC no es el precepto que determina la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el ámbito internacional [ni, cuando sea aplicable, lo hará el Reglamento (UE) 2016/1103, dado que se aplica a los regímenes económicos matrimoniales y su art. 1.2.c) excluye expresamente las obligaciones de alimentos].

iii) En definitiva, las normas que cita el recurrente no son aplicables a la pensión compensatoria, por lo que el recurso de casación debe ser desestimado.

iv) La ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determina conforme al Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

v) Al dar respuesta al recurso por infracción procesal ya nos hemos referido a la interpretación amplia que debe realizarse del "concepto autónomo" de alimentos que utiliza el Reglamento (CE) n.º 4/2009, de modo que la pensión compensatoria solicitada por la demandante y a cuyo reconocimiento se opone el recurrente está comprendida en el citado Reglamento. Nos remitimos a lo dicho sobre esta cuestión en el fundamento de derecho tercero apartado 4.iii).

vi) Por lo que se refiere a la ley aplicable debe estarse a dispuesto en el art. 15 del Reglamento (CE) n.º 4/2009, conforme al cual "la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento".



vii) Por Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, se produjo la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, declarando en su art. 4 la aplicación de las normas establecidas en el Protocolo con carácter provisional a partir del 18 de junio de 2011.

De estas normas, por lo que aquí interesa, debemos destacar las siguientes.

- El art. 3 del Protocolo contiene una norma general sobre la ley aplicable conforme a la cual "las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor".

- Para "las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado", el art. 5 del Protocolo permite que no se aplique el art. 3 si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en particular la del Estado de su última residencia habitual común, presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio.

- El art. 7 del Protocolo permite la designación de la ley aplicable a efectos de un procedimiento específico y el art. 8 permite que el acreedor y el deudor de alimentos designen en cualquier momento (por escrito u otro soporte que permita su consulta ulterior) alguna de las leyes que contempla el precepto como aplicable a una obligación alimenticia [(a) la ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación; b) la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; c) la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; d) la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación].

- El art. 16.2.a) del Protocolo, para los sistemas jurídicos no unificados de carácter territorial (como es el derecho español) establece que "para determinar la ley aplicable en virtud del Protocolo, cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales cada una de las cuales tenga su propio sistema jurídico o conjunto de normas relativas a materias reguladas por el Protocolo, se aplican las siguientes normas: si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad".

Para el derecho español hay que observar que en el caso de la obligación de alimentos la reforma del art. 9.7 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, conduce a la determinación de la concreta ley española aplicable de acuerdo con los criterios del Protocolo, con independencia de la postura que se siga en la polémica acerca de si la remisión del art. 16.1 CC a las reglas del capítulo IV del título preliminar (Normas de derecho internacional privado) es "dinámica" o "estática".

En este sentido, dispone el art. 9.7 CC vigente que: "La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya".

De esta forma, conforme a lo dispuesto en el propio Protocolo, será aplicable la ley de la residencia habitual de la acreedora (art. 3).

### 3. Aplicación al caso.

Por lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable a la prestación compensatoria solicitada por la demandante, que es a la que se refiere el recurso de casación, de acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, es improcedente la cita del Reglamento UE n.º 1259/2010, la del art. 107 CC y la del art. 9.2 CC, es decir, la de todas las normas citadas por el recurrente.

Atendiendo al concepto amplio y autónomo de alimentos del Reglamento (CE) n.º 4/2009, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la ley aplicable a la prestación compensatoria solicitada por la demandante será la determinada por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 al que se remite el Reglamento.

En el supuesto que da pie a este recurso, los cónyuges pactaron antes de contraer matrimonio el régimen económico matrimonial de separación de bienes regulado en el Código civil francés, pero ni en ese momento eligieron la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en caso de divorcio ni consta que en otro momento designaran la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en los términos previstos en los arts. 7 y 8 del Protocolo.

Por ello, conforme al art. 3 del Protocolo, la ley aplicable es la del Estado español, por ser la de la residencia habitual de la demandante.

No es suficiente para desplazar la regla del art. 3 del Protocolo la oposición que el demandado ha hecho a la aplicación de la ley española invocando de manera genérica la ley francesa. La oposición del recurrente no ha



ido dirigida a justificar la existencia de una mayor vinculación con la ley de otro Estado (el art. 5 del Protocolo dice "en particular la de su última residencia habitual común", que en el caso sería igualmente España), ni las razones por las que sería más adecuado en el caso estar a la legislación francesa (que, por lo demás, en los arts. 270 ss. de su Código civil también prevé una prestación compensatoria de naturaleza indemnizatoria y alimentaria para los casos de divorcio, con independencia del régimen económico matrimonial).

En definitiva, el recurrente no ha explicado en ningún momento por qué en el caso resultaba injusto o de aplicación imprevisible la ley española cuando los cónyuges han tenido su última residencia habitual en España y es en España donde se divorcian, por lo que resulta clara la estrecha vinculación con nuestro país.

Por ello, debe estarse a la regla general del art. 3 del Protocolo, que determina la aplicación de la ley española y, en particular, la catalana [de acuerdo con lo que resulta del art. 16.2.a) del Protocolo de la Haya y los arts. 16 y 9.7 CC], al ser la ley de la residencia habitual de la acreedora.

En consecuencia, procede desestimar el recurso de casación pues, por las razones explicadas, aunque la Audiencia no citara las normas correctas, la ley aplicable a la pensión compensatoria es el Código civil de Cataluña.

#### **SEXTO.** Costas

La desestimación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal determina la imposición de las costas devengadas por ambos recursos a la parte recurrente ( arts. 398.1 y 394 LEC).

#### **FALLO**

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

**1.º-** Desestimar los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por D. Jesús Ángel contra la sentencia dictada con fecha de 24 de julio de 2019 por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 224/2019, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 69/2016 del Juzgado de Primera instancia n.º 7 de DIRECCION000 .

**2.º-** Confirmar el fallo de la mencionada sentencia.

**3.º-** Imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.