



Roj: **STSJ CAT 17984/2005 - ECLI: ES:TSJCAT:2005:17984**

Id Cendoj: **08019310012005100042**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/09/2005**

Nº de Recurso: **147/2004**

Nº de Resolución: **31/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

### DE CATALUNYA

#### Sala Civil i Penal

**R. de cassació núm. 147/2004**

#### **SENTÈNCIA NÚM. 31**

Presidenta:

Excma. Sra. M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués

Magistrats:

II·Im. Sr. Antoni Bruguera i Manté

II·Im. Sr. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 5 de setembre de 2005

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per Inmaculada , representada davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Francisco Pascual Pascual i dirigida per l'advocat Sr. Joan Francesc Canals Donat, contra la Sentència dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 16 d'abril de 2004 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Sant Boi de Llobregat el 12 de desembre de 2002 en el procediment de judici de separació núm. 215/02. El Sr. Indalecio , aquí part contra la qual es recorre, ha estat representat en aquest Tribunal pel procurador Sr. Joan Bautista Bohigues Cloquell i dirigit per l'advocat Sr. Miguel Angel Arjona.

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. David Gómez Codina, en representació de la Sra. Inmaculada , va formular demanda de judici de separació núm. 215/03 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 3 de Sant Boi de Llobregat. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar sentència amb data 12 de desembre de 2002 , la part dispositiva de la qual diu el següent:

*"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador David Gómez Codina en nombre y representación de D<sup>a</sup> Inmaculada en demanda de separación contra D. Indalecio , debo decretar y decreto la separación de los referidos cónyuges, por la causa ya reseñada, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración así como la disolución del régimen económico matrimonial, y debo acordar y acuerdo como medidas reguladoras de los efectos de la separación las siguientes medidas:*

GUARDA Y CUSTODIA.-



*Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio, María Inmaculada , Berta y Segismundo , al padre, manteniéndose la patria potestad compartida entre ambos progenitores.*

*El padre, como progenitor custodio de los menores, deberá garantizar que los menores continúen con la terapia individualizada que están actualmente siguiendo hasta que los profesionales que los atienden lo consideren innecesario.*

*Asimismo, tanto el padre como la madre deberán permitir la intervención de los servicios de atención a la infancia de la zona, (EAIA Baix Llobregat III) a fin de garantizar que los menores reciben el trato adecuado y se establece un plan de mejora de las relaciones paterno-filiales, intervención que deberán permitir mientras los profesionales del citado servicio lo estimen necesario.*

#### RÉGIMEN DE VISITAS

*Como régimen de visitas, D<sup>a</sup> Inmaculada podrá tener en su compañía a sus hijos, todos los días intersemanales desde la salida del colegio hasta las 19:00 horas en otoño e invierno, y hasta las 20:00 horas en primavera y verano, respetando sin embargo las actividades extraescolares realizadas por los menores. Asimismo podrá tener en su compañía a los menores todos los fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y vacaciones de Verano. En los años impares será la madre quien escoja el fin de semana concreto en que tendrá a los menores en su compañía, mientras que los años pares corresponderá la elección al padre.*

*Dicho régimen de visitas se llevará a cabo sin necesidad de la presencia de una tercera persona siempre y cuando la Sra. Inmaculada continúe con el apoyo psicoterapéutico ya iniciado mientras no se considere innecesario por los profesionales que la atiendan, debiendo acreditar que está realizando el mismo ante los servicios del EIAE cuando sea requerida por éstos para ello. En caso contrario, el régimen de visitas deberá llevarse a cabo a presencia de otra persona, que deberá ser designada por los padres de común acuerdo, o en caso de desacuerdo, por los servicios del EIAE que estén realizando el seguimiento indicado en el apartado anterior.*

#### ALIMENTOS A LOS HIJOS

*Como contribución alimenticia a los menores, deberá la madre satisfacer un 15% de sus ingresos netos mensuales por remuneraciones de su trabajo o rentas de cualquier tipo, incluidas las prestaciones por desempleo o ayudas institucionales de cualquier tipo que perciba, importe que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tales efectos designe el padre.*

#### CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

*Sr. Indalecio deberá satisfacer a la esposa, D<sup>a</sup> Inmaculada la suma de 300 euros mensuales, que deberá ingresar en la cuenta que indique ésta a tales efectos, suma que se actualizará anualmente en función de la variación que experimente el índice de precios al consumo.*

#### INDEMNIZACIÓN DEL ART. 42 DEL CÓDIGO DE FAMILIA y PENSIÓN COMPENSATORIA.

*Se establece a favor de la esposa, D<sup>a</sup> Inmaculada a cargo del esposo D. Indalecio una indemnización económica de 138.758,69 euros, así como una pensión compensatoria de 360 euros mensuales durante los próximos siete años.*

*Todo ello sin hacer especial mención a las costas causadas en esta instancia.*

*Póngase el contenido de esta resolución en conocimiento del EAIA Baix Llobregat III, cuyos datos constan en el informe del SATAV obrante en autos, a los efectos indicados en los apartados 1º y 2º de la parte dispositiva".*

**Segon.** *Contra aquesta Sentència, la part demandada va interposar un recurs d'apel·lació, el qual es va admetre i es va substanciar a la Secció 18a de l' Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 16 d'abril de 2004 , amb la següent part dispositiva:*

*"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la representación de Indalecio contra la sentencia de 12 de diciembre de 2002 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Sant Boi de Llobregat, Barcelona en el curso de los autos de separación conyugal 215/02, de los que el presente Rollo dimana, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mencionada resolución en los siguientes aspectos:*

*A) Reduciendo el régimen de visitas fijado a favor de Inmaculada a los fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, así como los martes y jueves desde la salida del colegio y hasta las 19 horas, con respecto a las necesidades escolares indicadas y con la intervención previa y continuada del SATAV para que determine, en relación con todos los integrantes de la antigua unidad familiar, el método y modo del necesario seguimiento*



de los tratamientos precisos por cada uno de los interesados, sin exclusión, adecuándose a aquellos en todo momento el régimen indicado incluyéndose, en su caso, la necesidad de presencia de tercera persona.

B) Estableciéndose a cargo de Inmaculada y a favor de su esposo, a quien se confía la guarda y custodia de los hijos menores, la obligación de abono de la cantidad 180 EUR mensuales, en concepto de alimentos, con la oportuna actualización anual de acuerdo con las previsiones del IPC.

C) Señalándose a cargo de Indalecio y en beneficio de Inmaculada la suma mensual de 660 EUR mensuales en concepto de pensión compensatoria durante los próximos 7 años, con la misma previsión de actualización antes indicada.

D) Por último y también a cargo de Indalecio y en beneficio de Inmaculada se determina la obligación de abono de una indemnización económica de 35.321,96 EUR en virtud de lo dispuesto en el art. 41 del Código de familia .

Todo ello sin imposición de las costas así provocadas en esta alzada a parte alguna".

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, Doña. Inmaculada va interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 14 de març de 2005, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l' art. 485 de la LEC se'n donà trasllat a la part contra la qual es recorre perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 19 de maig de 2005, en què es va celebrar.

Ha estat ponent l'Excm. Sra. M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués.

## FONAMENTS JURÍDICS

**PRIMER.** El present recurs de cassació s'interposa contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció 18a, en data 16 d'abril 2004 .

La Sentència va recaure en el procediment de separació matrimonial dels litigants i el recurs només té per objecte la quantia de la indemnització que a l'empara de l' art. 41 del Codi de família es va concedir a l'esposa.

En la Sentència de primera instància, per tal de quantificar l'import de la indemnització es va tenir en compte la major part dels béns propietat del Sr. Indalecio que Doña. Inmaculada va enumerar en l'escrit d'ampliació de la demanda inicial, incloent-hi el que havia estat domicili familiar, tres locals comercials i dues places de pàrquing, finques situades al carrer DIRECCION000 n<sup>o</sup> NUM000 de Sant Boi, a més d'altres béns.

La Sentència d'apel·lació va revocar en part la Sentència dictada en primera instància no valorant els immobles esmentats, en considerar-los privatis o en substitució del béns privatis que ja tenia l'espòs abans de contraure matrimoni.

El recurs de cassació que interposa la defensa de la Sra Inmaculada es fonamenta en l' article 477.2.3r de la LEC .

L'interès cassacional rau, segons s'afirma a l'escrit de preparació i d'interposició del recurs, en el desconeixement de la Sentència d'apel·lació de la doctrina del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que estableix que les millores que es puguin produir en els béns privatis d'un dels cònjuges durant el matrimoni també s'han de tenir en compte si es donen les condicions pertinents per establir la indemnització prevista en l' article 41 del Codi de família .

**SEGON.** La part demandada s'oposa al recurs de cassació.

Estima en primer lloc que el recurs no s'hauria d'haver admès, ja que només s'invoca una sentència on es parla de les millores dels béns propis, mentre que la segona sentència que es cita en el recurs no és del Tribunal Superior sinó de l'Audiència Provincial, i la segona sentència del Tribunal Superior no fa referència, al seu parer, al problema de les millores dels béns privatis.

Doncs bé, per tal de rebutjar el motiu d'inadmissió s'ha de dir que certament les sentències de les audiències provincials no poden constituir doctrina legal, però contràriament estima la sala que sí hi ha doctrina del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que tracta del problema de les millores aconseguides durant el matrimoni, siguin respecte dels béns adquirits constant ell, siguin dels propis béns privatis que ja ho eren en el moment de contraure's.

Així ho estableix la Sentència que es cita en el recurs de data 10-2-2003 i és també el supòsit de fet de la Sentència de 27-4- 2000, la qual, contràriament al que s'afirma, no dona la indemnització per raó d'una apropiació dels béns de la dona -la meitat dels dipòsits bancaris- per part de l'espòs, la qual cosa hauria comportat la condemna a la devolució de la part apropiada, sinó que encara considerant que eren de l'espòs



i això tant el principal com els interessos dels dipòsits produïts durant el matrimoni, era escaient indemnitzar l'esposa amb una part del seu valor.

En tot cas s'ha de dir que la Sentència d'aquesta Sala de 9-5-2005 reitera la Sentència de 10 de febrer de 2003 en el sentit que: "junto a los bienes adquiridos mediante la inversión de rentas generadas durante la unión... deben computarse también, el aumento y la conservación del valor experimentados por los bienes privativos de los convivientes en razón a las inversiones realizadas con las antedichas rentas o merced a la actuación directa de los propios convivientes" i que en definitiva també és motiu de recurs de cassació per interès cassacional la inexistència de doctrina legal del Tribunal Superior de Justícia, segons preveu l' article 477.3 de la LEC .

**TERCER.** Per tal de resoldre la qüestió plantejada, cal recordar la doctrina d'aquesta Sala respecte de la indemnització de l' article 41 del Codi de família i que ha estat recollida en la Sentència del TSJC de 26 de març de 2003 (R 88/2002 ) que deia:

"Aquest Tribunal té establerta repetida jurisprudència per a la interpretació i aplicació de l' art. 41 del Codi de família . El recurrent es fa ressò de la Sentència d'aquesta Sala de 27 d'abril de 2000 , però cal esmentar també l'anterior de 31 d'octubre de 1998 i les dues complementades per les posteriors d'1 de juliol de 2002 (referida a la ruptura d'una convivència estable de parella), 21 d'octubre de 2002, 10 de febrer i 10 de març d'aquest mateix any 2003, la doctrina de totes les quals esvaeix els arguments que fonamenten aquest recurs de cassació. En efecte: la d'1 de juliol de 2002, reiterant la doctrina de les anteriors, confirmada per les posteriors, assenyala que la compensació econòmica per raó de treball neix per a equilibrar en el possible les desigualtats que es puguin generar durant una convivència estable quan un dels convivents es dedica a la cura de la llar i dels fills o ajuda en el negoci percebent en tal cas una remuneració insuficient, mentre que l'altre dirigeix i administra el negoci amb l'estalvi -de tot tipus- afegit que suposa la dedicació a la llar; que aquesta compensació per raó de treball intenta impedir o limitar que en cessar aquella convivència, qui ha ajudat i propiciat el manteniment i el desenvolupament del negoci quedi sense la capitalització dels esforços mentre que l'altre retingui l'actiu patrimonial íntegre; es tracta d'aconseguir un equilibri patrimonial just mesurat a l'hora de la crisi de convivència però amb la vista posada en la necessitat de retribuir un treball i un esforç colateral però convergent no remunerat o remunerat fins llavors insuficientment. La Sentència de 27 d'abril de 2000 ja deia, en termes generals, que sempre que un cònjuge treballi sense retribució generarà un enriquiment a favor de l'altre. La de 21 d'octubre de 2002 afegia que només pel fet de la renúncia d'un dels cònjuges a treballar fora de casa, l'altre ja en resulta enriquit en saber que la casa, i en el seu cas els fills, estan atesos, i que en cap cas es valora si el cònjuge que reivindica la compensació de l'art. 41 ha desenvolupat o no treballs feixucs o penosos. I la de 10 de febrer de 2003 afegeix que als efectes de la compensació econòmica de l'art. 41 no és necessari que la dedicació a la casa hagi estat en règim d'exclusivitat perquè això ni ho expressa l'art. 41 ni s'ajusta a la seva finalitat perquè el que la norma tracta de compensar és el treball desinteressat del cònjuge que opta per dedicar-se a la cura de la llar i dels fills i aquesta opció és precisament la que permet a l'altre cònjuge mantenir, i en el seu cas augmentar, el patrimoni conjugal, i seria de tot punt injust que aquesta opció -que beneficia ambdós consorts- derivés en l'enriquiment de l'un i en l'empobriment de l'altre; perquè com diu la de 27 d'abril de 2000, no es tracta de comparar la situació actual dels cònjuges, sinó de veure si al moment de la liquidació del patrimoni conjugal es produeix una injustificada desigualtat entre ells, perquè havent contribuït ambdós a l'aixecament de les càrregues del matrimoni (en el cas l'esposa de la forma que preveu l' art. 5,1 del Codi de família , res justifica que després l'un quedi ric, i l'altra resti pobre".

El que s'ha d'examinar seguidament és si la Sentència objecte de recurs infringeix la doctrina exposada del Tribunal Superior respecte de les millores obtingudes en els béns privatius que ja ho eren d'un dels litigants en el moment de contraure el matrimoni amb l'altre.

A l'efecte cal recordar quins són els fets provats dels quals s'ha de partir per decidir la qüestió jurídica que es planteja.

La Sentència d'apel·lació implícitament accepta els fets provats de la Sentència de primera instància, quan diu en el fonament cinquè:

"El recurrente sostiene que parte de los bienes objeto de valoración no pueden ser considerados a estos efectos, en cuanto los mismos ya le pertenecían con anterioridad al matrimonio formado con la apelada. Ello no es contradictorio ni por esta ni por la sentencia de instancia que, en cambio no menciona este carácter sino tan solo su aportación a las sociedades gestionadas por el recurrente; entendemos , en cambio, que no puede obviarse dicha condición de bienes pertenecientes al recurrente con anterioridad incluso a la celebración del matrimonio, debiéndose reducir de este modo la cantidad...".

Per la seva part la Sentència de primera instància en relació amb els béns discutits va establir:



"En 1986, dos años de contraer matrimonio, el Sr. Indalecio adquirió, un terreno de 380 metros, en la DIRECCION000 , esquina DIRECCION001 , hasta entonces propiedad de su padre, libre de cargas, por el precio de 2.5000.000 pesetas (finca NUM001 , folio NUM002 , libro NUM003 , tomo NUM004 de Sant Boi de Llobregat) (doc. 18 de la contestación a la demanda).

En fecha 27 de junio de 1995, el esposo, su esposa y el padre del primero constituyeron la sociedad ACK-90 Sociedad Limitada, con el objeto de fabricación de material eléctrico y promociones de edificios, con un capital social de 500.000 pesetas, dividido en 500 participaciones de las que el esposo tenía 400, mientras que su padre y la demandante tenían cada uno de ellos 40 participaciones. (doc. 7 de la demanda)

En fecha 31 de julio de 1996, ACK-90 S.L. procedió a la división horizontal del edificio en construcción sito en la DIRECCION000 NUM005 y DIRECCION001 , número NUM006 , adquirido por permuta a Indalecio y posterior construcción de la finca NUM001 , la cual por tanto dio lugar a doce departamentos, entre otros las fincas nº NUM007 , vivienda-duplex NUM008 , NUM008 (2 plazas de parking); nº 38.893, nº 38.895 y nº 38.897, (locales comerciales) (documentos 9 a 13 de la demanda). Todos ellos propiedad de Indalecio en las (la vivienda por compraventa a ACK.90 S.L. mediante escritura 7-10-96; las plazas de parking y los locales en virtud de la permuta y división inicial)" (sic).

Fets aquests últims que en realitat no són controvertits tampoc per les parts i que consten a més en documents públics.

La part ara recurrent entén que el domicili conjugal, els tres locals comercials i les 2 places de pàrquing construïdes sobre el solar de 380 metres del carrer DIRECCION000 , que era del Sr. Indalecio abans del matrimoni i que van ser aportades durant la crisi matrimonial a una societat patrimonial del Sr. Indalecio -fet aquest últim que cap de les dues sentències estima rellevant-, són millores dels béns propis del Sr. Indalecio assolides durant el matrimoni, atès el seu valor respecte del preu del terreny i que conseqüentment s'han de computar per fixar la indemnització compensatòria de l' article 41 del Codi de família .

Per contra, l'altra part estima que els béns esmentats van substituir el solar propietat del Sr. Indalecio i que tenen, per tant, el mateix caràcter.

Doncs bé, de la relació fàctica exposada, és clar que els tres locals i les dues places de pàrquing van ser el preu de la permuta i, per tant, es tracta de béns que van substituir el solar que ja era propietat del Sr. Indalecio abans del matrimoni. Aquests béns a l'empara de l' article 65 del Codi de família seguirien la mateixa condició.

La permuta és un contracte oneros que suposa l'entrega d'una cosa a canvi d'una altra. Les prestacions, doncs, s'han de presumir equivalents.

A les actuacions no consta cap prova que demostrí (prescindint lògicament del preu que consta en l'escriptura de compra del solar de l'any 1986) que el valor del solar a l'any 1996 -moment en el qual la societat ACK 90 SL, de la qual llavors era accionista també la Sra. Inmaculada , va promoure un edifici de 12 departaments- era inferior al dels tres locals i les dues places de pàrquing, amb els quals es va permutar.

Els guanys de la promoció o comercialització de tota la casa no han estat objecte del plet segurament perquè o van revertir en la família, o bé es van utilitzar per fer la segona promoció al carrer DIRECCION002 NUM009 de Sant Boi.

Naturalment res ha de decidir ara la Sala, per constituir fets nous no discutits en les instàncies, de com es va pagar el preu del solar ni respecte l'existència d'altres béns que segons s'afirma en el recurs s'han descobert recentment a nom de societats controlades pel Sr. Indalecio .

Ara bé, ja hem dit que l'objecte de la permuta segons els documents que consten en les actuacions van ser els tres locals comercials i les dues places de pàrquing.

Per contra, l'habitatge familiar va ser comprat pel Sr. Indalecio a la societat ACK 90, SL, per la qual cosa el seu valor sí que s'ha de considerar com a increment del patrimoni produït constant el matrimoni amb la Sra. Inmaculada .

Segons l'estimació feta en la demanda l'habitatge familiar, deduït el crèdit hipotecari, té un valor de 54.091,09 euros, el 25% del qual són 13.522,77 euros, que seguint els criteris de les sentències d'instància, han de incrementar l'import de la indemnització que es va concedir a la Sra. Inmaculada .

**QUART.** L'estimació parcial del recurs de cassació comporta que no s'imposin les costes segons les previsions dels articles 394 i 398 de la LEC .

Per raó del que resta exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya *decideix* :





## PART DISPOSITIVA

Amb **estimació parcial** del recurs de cassació interposat pel procurador Sr. Francisco Pascual Pascual en representació de Doña. Inmaculada contra la Sentència de data 16 d'abril de 2004 dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 543/03 , es cassa en part la Sentència i s'acorda incrementar la indemnització establerta a favor de Doña. Inmaculada i a càrrec Don. Indalecio en la quantitat de 13.522,77 euros més els interessos de l' art. 576 de la LEC des d'aquesta data. Es manté en la resta la Sentència d'apel·lació. No s'imposen les costes del recurs de cassació.

Així ho acorda la Sala i signen el president i els magistrats esmentats més amunt.

**PUBLICACIÓ.-** Aquesta Sentència ha estat signada i publicada el mateix dia de la seva data pels magistrats d'aquesta Sala que l'han dictada. En dono fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ