



Roj: **STSJ CAT 10522/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:10522**

Id Cendoj: **08019310012018100194**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **03/12/2018**

Nº de Recurso: **178/2017**

Nº de Resolución: **97/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JORDI SEGUI PUNTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 10522/2018,**
AATSJ CAT 38/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Sala Civil i Penal

Recurs de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 178/2017

SENTÈNCIA NÚM. 97

President:

Il Im. Sr. José Francisco Valls Gombau

Magistrats:

Il Ima. Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués

Il Im. Sr. Jordi Seguí Puntas

Barcelona, a 3 de desembre de dos mil divuit.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació i extraordinari per infracció processal interposat per Berta , representada davant aquest Tribunal pel/per la procurador/a SERGI BASTIDA BATLLE i dirigit/da per l'advocat/da ESTHER RIUS BACHS, contra la Sentència dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 5 de juliol de 2017 , esmenada per Interlocutòria de 31 de juliol de 2017 , en conèixer del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 6 de DIRECCION000 el 29 d'abril de 2015 en el procediment de divorci núm. 411/13. Jesús Ángel , aquí part contra la qual es recorre, ha estat representat/da en aquest Tribunal pel/per la procurador/a ESMERALDA OLIVARES ALBA i dirigit/da per l'advocat/da MARIA JOSE VERGARA MARIN. Amb la deguda intervenció del MINISTERI FISCAL.

ANTECEDENTS DE FET

Primer . El procurador VICENTE RUIZ AMAT, en representació de Berta , va formular demanda de divorci núm. 411/13 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 6 de DIRECCION000 . Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 29 d'abril de 2015, la part dispositiva de la qual diu el següent:

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por el procurador D. VINÇENT RUIZ AMAT en nombre y representación de Dña. Berta contra D. Jesús Ángel y estimando parcialmente la demanda reconvenional interpuesta por el procurador Dña. MARTA FORRELLAT ARMENGOL-PADRÓS en nombre y representación de D. Jesús Ángel contra Dña. Berta , debo declarar y declaro disuelto por divorcio el



matrimonio que ambos cónyuges contrajeron en DIRECCION001 (Barcelona) el día 8 de septiembre de 1996, acordando las siguientes medidas como consecuencia del divorcio:

PRIMERA.- Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor Alfonso a la madre, Dña. Berta, si bien la potestad continuará siendo de titularidad y ejercicio conjuntos del padre y de la madre. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a al/los menor/es serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

- a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales.
- b) Elección inicial o cambio de centro escolar.
- c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.
- d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones).
- e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

SEGUNDA.- Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con el hijo el derecho de visitarlo, comunicar con él y tenerlo en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres, procurando el mayor beneficio del menor; y en caso de desacuerdo, y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos:

- a) tener consigo al hijo menor de edad los fines de semana alternos desde la salida del colegio del viernes hasta el domingo a las 20 horas, debiéndolo reintegrar en el domicilio materno.
- b) vacaciones de Semana Santa, a repartir por mitad entre ambos progenitores, siendo el primer período desde la salida del colegio el último día lectivo hasta el jueves Santo a las 10 horas y el segundo período desde el jueves Santo a las 10 horas hasta las 20 horas del día antes de la reanudación de las clases. En los años impares corresponderá a la madre el primer período y al padre el segundo período, y a la inversa en los años pares.
- c) vacaciones de verano, comprenderá el mes de agosto que se dividirá por quincenas, correspondiendo la primera al padre en los años pares y la segunda en los años impares, y a la inversa para la madre.
- d) vacaciones de Navidad, correspondiendo al padre el primer período en los años pares y el segundo en los años impares y a la inversa para la madre, iniciándose el primer período el mismo día en que finalicen las clases hasta el 31 de diciembre a las 10 horas, y el segundo período desde el 31 de diciembre a las 10 horas hasta las 20 horas del día antes de la reanudación de las clases.
- e) los períodos de vacaciones interrumpen los turnos de los fines de semana por lo que al término de dichos períodos vacacionales se reiniciará el turno establecido, comenzando por aquel progenitor que haya visto interrumpida la estancia de fin de semana por el inicio de un período vacacional.

TERCERA.- Se fija como pensión para el mantenimiento del hijo menor, a satisfacer por el progenitor no custodio, la cantidad de CUATROCIENTOS (400) euros, habida cuenta que dicho importe deberá verse completado con las cantidades que, por su parte, corresponde aportar a la madre.

La referida pensión será pagadera entre los días uno y cinco de cada mes, en la cuenta que a tal efecto designe la esposa, y será actualizada automáticamente con efectos a partir del uno de enero de cada año con las variaciones que experimente durante el año anterior el índice general del coste de la vida publicado anualmente por el Instituto Nacional de Estadística o el organismo que en su caso ejerza sus funciones.

Los gastos extraordinarios tanto de carácter médico o quirúrgico y demás de salud no cubiertos por la Seguridad Social o mutua privada, así como todos los gastos extraordinarios, no periódicos y que sean necesarios o consensuados por ambas partes, serán abonados en un 70% por la madre y en un 30% por el padre, sin necesidad de consentimiento previo, bastando la comunicación posterior. El progenitor que satisfaga la totalidad del gasto habrá de justificarlo documentalmente con aportación de copia de la factura o recibo del importe satisfecho, a fin de que el otro progenitor liquide el porcentaje establecido.

Las actividades extraescolares o complementarias, como colonias, excursiones, actividades educativas y las demás excluidas de la enseñanza reglada serán satisfechas en la misma proporción por ambos progenitores, previo acuerdo sobre la realización de las mismas, decidiendo, en caso de discrepancia, la Autoridad Judicial, sin ulterior recurso.



CUARTA.- Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda conyugal a la madre, junto con el ajuar familiar, por representar el menor que queda en su compañía el interés más necesitado de protección, sin que proceda establecer límite temporal ya que el uso se atribuye por razón de la guarda.

Los gastos ordinarios de la vivienda (gastos ordinarios de comunidad de propietarios, impuestos y tasas anuales, agua, gas, electricidad, teléfono, etc) deben ser abonados por la Sra. Berta , por ser una repercusión del uso ordinario del inmueble. Los gastos extraordinarios (reparaciones extraordinarias, hipoteca, etc) y otros derivados de la titularidad del inmueble, deberán ser abonados por ambos cónyuges, en cuanto son propietarios del mismo. Dichos gastos serán abonados en proporción al título constitutivo de propiedad.

QUINTA.- Se acuerda la división de la cosa común consistente en: vivienda familiar sita en CALLE000 nº NUM000 de DIRECCION000 , inscrita en el Registro de la Propiedad nº3 de DIRECCION000 , en el tomo NUM001 , libro NUM002 de la Sección NUM003 , folio NUM004 , finca registral nº NUM005 , llevándose a efecto dicha división a través de cualquiera de los modos admitidos en derecho en ejecución de Sentencia. Todo ello sin perjuicio del derecho de uso y ocupación atribuido a la Sra. Berta sobre la citada vivienda familiar.

Y la división de la cosa común consistente en: vivienda sita en CALLE001 nº NUM006 de DIRECCION000 , inscrita en el Registro de la Propiedad nº1 de DIRECCION000 , en el tomo NUM007 , libro NUM008 de la Sección NUM009 , folio NUM010 , finca registral nº NUM011 , llevándose a efecto dicha división a través de cualquiera de los modos admitidos en derecho en ejecución de Sentencia.

SEXTA.- Se desestima la pretensión relativa al establecimiento de una pensión compensatoria a favor del Sr. Jesús Ángel .

SÉPTIMO.- Se desestiman el resto de pretensiones de las partes.

Todo ello se entiende sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales."

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 12a de l' Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 5 de juliol de 2017 , amb la següent part dispositiva:

"Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don Jesús Ángel (parte demandada), contra la Sentencia de fecha 29 de abril de 2015 del Juzgado de 1ª Instancia nº SEIS de TERRASA, (autos nº 411/2013), sobre divorcio, seguido a instancias de DOÑA Berta , y en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, debemos REVOCAR PARCIALMENTE la misma en cuanto a la atribución de la guarda y custodia sobre el hijo común en exclusiva a la madre, que se deja sin efecto; se establece en su lugar un sistema de guarda compartida del menor Alfonso (nacido el NUM012 .2007) basado en el EJERCICIO CONJUNTO de las funciones parentales, que se regirá por las siguientes reglas, con carácter de mínimas y sin perjuicio de que, con criterios de flexibilidad y cooperación en beneficio del hijo, puedan concertar los progenitores: 1) El menor residirá durante el curso escolar habitualmente: en el domicilio de la madre domingo (noche), lunes y martes; y en el domicilio del padre los miércoles y jueves; los fines de semana y festivos inter semanales se alternarán en el domicilio paterno y materno; el padre deberá reintegrar al menor al domicilio de la madre los domingos antes de las 21.00 horas; los periodos vacacionales por mitad, correspondiendo a la madre el primer periodo en los años impares y el segundo en los pares (y al padre a la inversa); las vacaciones de verano se refieren a los meses de julio y agosto y se repartirán por quincenas con el mismo turno, salvo que las partes pacten una distribución diferente por escrito, en beneficio del menor; 2) cada progenitor atenderá directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijo; y para los gastos de educación, vestido y sanidad no cubiertos por el sistema de la seguridad social, se abrirá una cuenta que administrará la madre, comunicando los apuntes contables anualmente (al finalizar el curso escolar) al otro progenitor, en la que el padre ingresará mensualmente la cantidad de 400 €; las referidas cifras se incrementarán al principio de cada curso escolar (mes de septiembre) con el IPC salvo que, por circunstancias de cambio de ciclo escolar o centro de estudios proceda una cantidad diferente (mayor o menor) que deberá ser consensuada o acordada en proceso de mediación con carácter previo a instar del juzgado de decisión judicial dirimente; los gastos extraordinarios se atenderán al 70 % el padre y 30 % la madre respectivamente; 3) tanto las medidas sobre la custodia como la pensión alimenticia, con las especificaciones que se han realizado en la fundamentación jurídica, regirán a partir del primero de septiembre de 2017; hasta la referida fecha se mantendrá en vigor lo establecido en la sentencia de primera instancia; 4) el progenitor que no tenga consigo al hijo, podrá comunicar con el mismo por medios telefónicos o informáticos en días alternos y durante un espacio máximo de quince minutos en franja horaria que no altere las ocupaciones del menor; 4) todas las decisiones de trascendencia para Alfonso se habrán de tomar de forma consensuada, recurriendo a los procedimientos de mediación en caso de desavenencia con carácter previo a recabar la decisión judicial dirimente por los trámites de la jurisdicción voluntaria; 5) Cualquiera de los progenitores podrá solicitar en ejecución de la presente resolución la intervención de un coordinador de parentalidad del turno de especialistas del Colegio de Psicólogos para



que de soporte y orientación psicológica al cambio de sistema de guarda o, en caso de que no exista acuerdo en su designación, solicitar del juzgado su nombramiento y supervisión por el EATAF; 6) se constituye pensión compensatoria que la actora deberá pasar al demandado (reconviniendo) en cuantía de 800 € mensuales y por el periodo de cuatro años desde el mes siguiente a la fecha de la presente resolución y podrá ser capitalizado, por acuerdo de las partes, en los trámites de liquidación del patrimonio común; 7) se revoca el pronunciamiento sobre el uso del domicilio familiar el cual queda para el uso exclusivo de la esposa por el periodo de un año desde la fecha de la presente resolución si con anterioridad no se lograra la liquidación de la propiedad en común sobre el mismo; 8) se mantiene el pronunciamiento sobre la disolución de las comunidades en proindivisión, dejando sin efecto la medida que prevé la liquidación de las mismas en ejecución de sentencia; y en su lugar se reserva y remite a las partes al proceso especial de liquidación de los artículos 808 y scs de la LEC, exhortándoles a que con carácter previo sometan sus diferencias a negociación directa con sus letrados, o a mediación en cuyo caso, y si alcanzasen un acuerdo completo sobre todos los puntos en litigio, podrá ser sometido a aprobación en ejecución de la presente resolución; y debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS en los demás extremos dicha resolución impugnada; y ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada por el recurso del demandado, y la imposición a la actora de las costas por el recurso que le ha sido desestimado".

Sollicitada la seva aclaració, es va dictar Interlocutòria amb data 31 de juliol de 2017, amb la següent part dispositiva:

"SE ACLARA LA SENTENCIA dictada en el presente rollo por esta sala, en fecha 5 de julio febrero de 2017, y se rectifican los siguientes extremos de la misma: a) en la distribución de los periodos vacacionales, corresponde a la madre el primer periodo en los años pares, y el segundo en los impares; b) la cantidad que el padre ha de ingresar mensualmente es la de TRESCIENTOS EUROS MENSUALES (300 €); c) la distribución de los gastos extraordinarios es la de 30% el padre y 70% la madre; y d) se rectifica la mención en cuanto a la imposición de costas a la apelada, quedando suprimido el último inciso, y aclarando que no se imponen las costas del recurso a ninguna de las partes".

Tercer . Contra la Sentència anterior, Berta va interposar recurs de cassació i extraordinari per infracció processal. Per interlocutòria de 26 d'abril de 2018, aquest Tribunal es va declarar competent i va admetre parcialment el recurs a tràmit, i de conformitat amb l' art. 485 de la LEC es va traslladar a la part contra la qual es recorre i al Ministeri Fiscal perquè en un termini de vint dies formalitzessin l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 8 d'octubre de 2018, en què es va celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm/a. Sr. Jordi Seguí Puntas.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. Antecedents del cas

Aquest litigi gira entorn de l'acció de divorci promoguda per Berta enfront del seu espòs Jesús Ángel, acció que comprenia la petició de diverses mesures definitives relatives a la guarda i als aliments del fill menor d'edat i a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar. Mitjançant reconvenió el senyor Jesús Ángel va introduir en el debat processal la fixació d'una prestació compensatòria a favor seu i la divisió dels béns en comunitat ordinària.

Les sentències d'instància s'han pronunciat sobre cadascuna de les mesures definitives demanades per la senyora Berta i també pel senyor Jesús Ángel.

Centrarem la nostra atenció únicament en tot allò que fa referència a la sol·licitud de divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa, atès que el recurs de cassació formulat per la demandant només ha estat admès respecte del motiu cinquè que denuncia en substància la vulneració de l'article 232-12 del Codi civil de Catalunya (CCCat).

Per tal de facilitar l'anàlisi del motiu de cassació convé exposar quin ha estat el plantejament processal de les parts sobre la divisió dels béns comuns.

La demanda originària de la senyora Berta es limitava a exposar, en aquest apartat de la contesa, que durant el matrimoni els consorts havien adquirit una casa i un pis a DIRECCION000 (finques registrals NUM005 i NUM011), que els pertanyien per meitats tot i que el preu l'havia satisfet en un 80% la senyora Berta, i proposava un règim d'administració dels immobles comuns consistent en què les despeses derivades de la propietat -incloent-hi l'IBI- s'havien d'abonar per meitats i que les derivades de l'ús havien de ser ateses per aquell a qui li fos atribuït aquest ús, mentre que les rendes de l'arrendament del pis s'havien de repartir per meitats.



La reconvenió del senyor Jesús Ángel contenia una petició expressa de "liquidació del règim econòmic matrimonial i de divisió dels béns en comunitat ordinària o indivisa" i proposava en aquest sentit, a l'empara dels articles 232-12 i 552-11.5 CCCat i de la disposició addicional tercera de la Llei 25/2010 amb la seva remissió als articles 806 a 811 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), que es procedís a l'adjudicació dels béns comuns -hi incloïa els dos immobles de DIRECCION000 , el 50% del saldo d'un compte bancari i tots aquells altres béns comuns que apareguessin en el curs del procés- mitjançant lots de valor similar o a la venda en pública subhasta.

La contesta de la senyora Berta a dita pretensió va consistir a subratllar la impossibilitat legal d'exercir l'acció de divisió de la cosa comuna en el si d'un procés de divorci després que la sentència del Tribunal Constitucional del 16 de febrer de 2012 havia anul·lat per inconstitucional l'article 43 del Codi de família i per extensió l'article 232-12 CCCat ; no obstant, es mostrava oberta a la divisió dels immobles comuns de DIRECCION000 sempre que la casa del carrer CALLE000 -seu del darrer domicili conjugal- li fos adjudicada a ella i el pis del carrer CALLE001 al senyor Jesús Ángel , sense compensacions econòmiques atès que les finques tenien un valor similar, i negava que el saldo del compte d'Andbank pertangués en cap proporció al reconvinent, a banda d'anunciar els reemborsaments que podria reclamar al seu espòs per diversos conceptes.

La sentència de primera instància va acordar que la divisió de la cosa comuna s'havia de cenyir als dos immobles de DIRECCION000 , un d'ells constitutiu de l'habitatge familiar i l'ús del qual atribuïa a la senyora Berta per raó de la guarda del fill (hi raonava: "[...] sobre los que no existe controversia en cuanto a su titularidad común y proindiviso, debiéndose determinar la práctica de la indicada división en el trámite de la ejecución de sentencia, sin necesidad de acudir al procedimiento de carácter declarativo que por la cuantía correspondiese"), afegint-hi que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a la senyora Berta no era cap impediment per a la divisió dels immobles comuns " a través de cualquiera de los modos admitidos en derecho " .

El recurs d'apel·lació del senyor Jesús Ángel qüestionava aquesta decisió per raó d'incongruència per omissió, tot afirmant que no comprenia la totalitat dels béns inclosos a l'inventari proposat per ell (hi faltava la meitat del saldo d'un compte bancari comú) i que no acordava res sobre la liquidació del règim econòmic matrimonial proposada a la reconvenió (deducció del deute comú consistent en la càrrega hipotecària de la casa del carrer CALLE000). Davant aquestes argumentacions la part apel·lada replicà que el procés matrimonial no és apte per a la discussió sobre la titularitat comuna dels béns i que en el règim econòmic matrimonial de separació de béns, vigent entre els litigants, no té sentit la pràctica d'una liquidació *stricto sensu* .

La sentència de segona instància considera que les parts s'han mostrat confuses al llarg del procés sobre la divisió del patrimoni, ja que no es va fer amb "garanties plenàries l'inventari patrimonial" i perquè se susciten dubtes sobre algunes titularitats; en aquest sentit, subratlla la reclamació pel reconvinent del 50% del saldo d'un compte bancari i la antagònica reclamació per la senyora Berta dels diners seus emprats en l'adquisició de béns comuns o en el pagament de deutes hipotecaris comuns. En conseqüència, la Audiència manté el pronunciament del jutjat sobre la dissolució dels indivisos dels immobles de DIRECCION000 però deixa sense efecte la decisió de practicar la divisió en el tràmit d'execució de la sentència, i ho fa amb aquest raonament: "[...] no es posible en sede del presente proceso de divorcio practicar las operaciones divisorias y liquidatorias respecto del patrimonio común, por cuanto la complejidad de las pretensiones excede de lo que puede resolverse en el proceso de familia y, existiendo posiciones divergentes respecto a determinadas partidas, procede reservar a las partes la vía prevista en los artículos 808 y scs de la LEC a los que reenvía el n.º 2 de la Disposición Adicional 3ª de la Llei 25/2010 que aprobó el texto vigente del Libro II del CCCat, en relación con el artículo 232-12.2 del referido texto legal " .

Els litigants coincideixen a afirmar que el seu règim econòmic matrimonial era el de separació de béns propi del dret català (fet quart de la demanda i primer de la contesta).

SEGON. Recurs de cassació. Motiu cinquè: vulneració de l'article 233-12 CCCat .

1. A l'empara dels articles 3,b / i 4 de la Llei 4/2012 , del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya, és a dir, per manca de jurisprudència sobre una especificitat processal del dret civil català, la recurrent denuncia la vulneració de l'article 233-12 CCCat i de la disposició addicional tercera de la Llei 25/2010 .

Concretament, el recurs demana que es fixi doctrina interpretativa de les esmentades normes del dret civil català en el sentit següent: 1r/ l'apartat 1 de l'article 232-12 CCCat permet només l'acumulació de l'acció de divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa, amb exclusió de tota discussió sobre titularitats, percentatges i altres aspectes del dret de propietat; 2 n/ l'apartat 2 de l'article 232-12 CCCat és només aplicable quan hi ha més d'un bé i una de les parts com a mínim demana la formació de lots, cas en el qual s'ha d'aplicar el procediment dels articles 806 a 811 de la LEC per imperatiu del que disposa el darrer incís del segon apartat de la disposició addicional tercera de la Llei 25/2010, d'aprovació del llibre segon del Codi civil de Catalunya ; 3r/ la remissió procedimental que fa aquesta darrera norma s'ha d'entendre però que només comprèn l'article



810 LEC a efectes de practicar la valoració dels béns, restringits a aquells que fixa la sentència que estima la divisió, i llur repartiment.

Les consideracions jurídiques precedents porten la recorrent a demanar la confirmació del pronunciament de la sentència del jutjat en tot allò que fa referència a la divisió dels únics béns comuns de titularitat no discutida, especificant però que les divisions acordades s'han de practicar seguint el que disposen els articles 232-12.2 CCCat i 810 LEC .

2. És una evidència empírica que en la pràctica els matrimonis en règim de separació de béns són titulars de béns en comunitat ordinària indivisa, ja ho expressin així en el títol d'adquisició o per la via presumptiva actualment prevista en l' article 232-4 CCCat .

Tot i que formalment el règim de separació no exigeix un tràmit liquidatori ja que no comporta per si mateix la creació d'una massa de béns comuns (article 232-1 CCCat), en cas de crisi matrimonial és altament convenient que els cònjuges gaudeixin de la possibilitat de desfer, en el mateix procés matrimonial, les situacions de comunitat ordinària que hagin pogut originar-se en el curs de la vida conjugal.

Cal tenir en compte que, a diferència del que succeeix amb el règim de guanys del Codi civil espanyol (article 1392, 1r CC), en el règim de separació de béns -majoritari a Catalunya- l'extinció del vincle matrimonial no produeix cap conseqüència sobre els béns en copropietat ordinària entre els cònjuges, de manera que la divisió d'aquests béns està sotmesa a la petició de part (article 552-10.2 CCCat).

Davant del silenci de la llei processal civil de 1881, no esmenat per la redacció originària de la LEC aprovada per la Llei 1/2000, que seguia sense permetre l'acumulació objectiva de l'acció de divisió de la cosa comuna en els processos matrimonials (articles 73.1 i 770 LEC), el Codi de família , aprovat per la Llei 9/1998, de 15 de juliol, va afrontar aquesta necessitat mitjançant el seu article 43 , precepte de inequívoca naturalesa processal que regula un supòsit específic d'acumulació facultativa d'accions, concebut com " *un sistema eficaç i ràpid de distribució dels béns comuns un cop produïda la separació, nul litat o divorci* ", en paraules de la nostra sentència 57/2012, de 8 d'octubre .

La norma esmentada admetia que en els procediments de família -separació, divorci, nul litat i execució de resolucions eclesiàstiques- de matrimonis subjectes al règim de separació de béns, " *qualsevol dels cònjuges pot exercir simultàniament l'acció de divisió de cosa comuna respecte als que tinguin en proindivís* ". S'hi afegia que " *si els béns afectats són més d'un i l'autoritat judicial ho estima procedent, aquells poden ésser considerats en conjunt, als efectes de la divisió* ", i acabava dient en l'apartat 2 que " *si la sentència dona lloc a l'acció de divisió de la cosa comuna, es pot procedir a la indicada divisió dels béns en el tràmit d'execució de la sentència* ".

El llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, aprovat per la Llei 5/2006, va incidir en la qüestió des de la perspectiva del procediment de la divisió, tot declarant a l'article 552-11.6 que la divisió de béns en comunitat ordinària que es dugués a terme en un procediment matrimonial o de ruptura de parella de fet podia fer-se des d'una òptica de conjunt per tal d'evitar la realització individualitzada de béns singulars, considerant-se una sola divisió amb independència que compregui la totalitat o una part dels béns en indivís, amb una remissió final que deia "d'acord amb l' article 43 del Codi de família". Després de l'aprovació del llibre segon del CCCat l'esmentat article 552-11.6 es remet genèricament a "l'article 232-12", és a dir, als seus dos apartats, la qual cosa és coherent amb el fet que precisament la divisió conjunta de béns comuns mitjançant lots es regula en l'apartat 2 de l'article 232-12.

Als efectes d'aquest recurs, és intranscendent que la sentència del Tribunal Constitucional 21/2012, de 16 de febrer , anul·lés l' article 43 CF per raó d'inconstitucionalitat (vulneració de l' article 149.1 , 6ª CE), ja que el TC va restringir la declaració de nul litat a la norma impugnada, sense estendre-la a la norma del llibre segon del CCCat que el substituïa. I també és aliè al nostre enjudiciament el fet que el legislador estatal, al fil d'aquella sentència constitucional, aprofités la reforma de la LEC a través de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, per tal d'introduir en els processos matrimonials la possibilitat de l'acumulació de l'acció de divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa, alhora que incorporava una regla pràcticament idèntica a la de l'apartat 2 de l' article 233-12 CCCat (nou article 437.4, 4ª LEC).

En definitiva, el règim actualment vigent, contingut en l' article 232-12.1 CCCat , és molt semblant al de l' article 43 CF i respon als mateixos principis, ja que estableix que " *en els procediments de separació, divorci o nul litat i en els adreçats a obtenir l'eficàcia civil de les resolucions o decisions eclesiàstiques, qualsevol dels cònjuges pot exercir simultàniament l'acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tinguin en comunitat ordinària indivisa* ". El legislador complementa aquesta declaració general favorable a l'acumulació d'accions amb la indicació que el conveni regulador ha de contenir, si escau, la divisió dels béns en indivís (article 233-2.5,d/ CCCat), i que, a falta de conveni, si algun dels cònjuges ho sol·licita, el jutge ha d'adoptar les mesures pertinents sobre aquesta qüestió (article 233-4.2 CCCat).



3. Ara bé, segons que ja va advertir la STSJ 57/2012 abans esmentada (la STSJ 42/2008, de 22 de desembre, no es pronuncià amb caràcter de *ratio decidendi* sobre la qüestió atès que el recurs no girava al voltant de l'article 43 CF), l'acció de divisió dels béns en proindivís acumulable en un procés matrimonial és incompatible amb el plantejament de qüestions alienes a la pròpia divisió, com ara el debat sobre la mateixa titularitat del bé (privativa o comuna i en aquest segon cas en quins percentatges).

La raó de ser de l'exercici de l'acció de divisió dintre del procediment matrimonial rau en la conveniència de dotar als litigants d'un mecanisme eficaç de distribució dels béns en proindivís, finalitat que quedaria malmesa en cas que s'admetés que la controvèrsia pot recaure sobre les qüestions complexes abans esmentades, que han de ser objecte d'un procediment autònom (procés ordinari que correspongui per raó de la quantia), mentre que el procediment incidental dels articles 806 i següents LEC opera en els termes estrictes de la remissió de la disposició addicional tercera de la Llei 25/2010: determinació del crèdit de participació; liquidació del règim econòmic matrimonial de comunitat; divisió de més d'un bé en indivís per tal de formar lots i repartir-los.

Pot aduir-se en favor d'aquesta interpretació un criteri sistemàtic consistent en el fet que el legislador català no descarta per definició que en un procediment matrimonial pugui discutir-se la titularitat de béns entre els cònjuges, sinó que quan considera que ho ha d'admetre ho declara expressament. Així ho palesa l'apartat 1 de l'esmentada disposició addicional tercera de la Llei 25/2010, que estableix una sèrie de regles d'actuació encaminades a avaluar la procedència de la compensació econòmica per raó de treball, incloent-hi fins i tot la determinació de la titularitat dels béns, revelant així el disseny del legislador -expressat en l'article 232-11.1 CCCat - perquè aquest específic efecte patrimonial derivat de la separació, nul litat o divorci es ventili necessàriament i sense restriccions dintre del procés matrimonial que causa l'extinció de règim de separació de béns.

Aquesta exigència procedimental però no l'aprecia el legislador respecte de la determinació de la titularitat del bé com a pressupòsit de la seva divisió en cas de pertànyer als cònjuges en proindivís.

D'altra banda, el fet que en el dret català no regeixi la subrogació real respecte de les quantitats aportades per un cònjuge en l'adquisició d'un bé pel seu consort (article 232-3.1 CCCat), també justifica que la viabilitat de l'acumulació de l'acció de divisió d'un bé en indivís en el procés matrimonial depengui que es tracti d'un bé indiscutiblement comú, amb exclusió d'aquells la titularitat dels quals és controvertida.

Amb tot això queda resposta en sentit afirmatiu la primera de les proposicions del motiu del recurs que s'examina.

4. La segona de les proposicions del motiu que s'examina no mereix gaire debat, ja que la simple lectura de l'apartat 2 de l'article 232-12 CCCat (" *Si hi ha diversos béns en comunitat ordinària indivisa i un dels cònjuges ho demana, l'autoritat judicial els pot considerar en conjunt a efectes de formar lots i adjudicar-los* ") no deixa espai pel dubte, de manera que la formació i el repartiment dels béns comuns en lots estan supeditats a un triple condicionant: a/ la concurrència de més d'un bé en comunitat ordinària entre els cònjuges, sense participació de terceres persones; b/ la petició expressa per part d'un dels litigants o de tots dos (en la redacció de l'article 43 CF aquest requisit no hi figurava, la qual cosa reforça el caràcter estrictament dispositiu que hom vol atribuir a la formació de lots); c/ la consideració per l'autoritat judicial, en funció de les circumstàncies del cas (tipologia dels béns, possibles compensacions en metàl·lic, interès dels titulars i d'altres), de la conveniència d'acordar aquesta modalitat de repartiment dels béns.

Si no hi concorre alguna d'aquestes exigències, no escau la formació de lots, i la divisió del bé o dels béns en comunitat ordinària es practicarà en execució de la sentència que hagi donat lloc a l'acció de divisió (avancem que el darrer incís de la disposició addicional tercera, apartat 2, de la Llei 25/2010 remet al procediment dels articles 806 a 811 LEC per a la pràctica de la divisió "en el supòsit a què fa referència l'article 232-12.2", es a dir, només quan escaigui la formació de lots), seguint les indicacions executives fixades en aquesta resolució definitiva o, en altre cas, ajustant-se als criteris legals per a la divisió establerts en l'article 552-11 CCCat.

5. En tercer lloc, la interpretació del segon paràgraf de l'apartat 2 de la disposició addicional tercera de la Llei 25/2010 proposada per la recurrent consisteix en que, establert en sentència quins són els béns comuns a dividir, el procediment a seguir per a dur a terme aquesta decisió no ha de comprendre tots els tràmits dels articles 806 a 811 LEC, sinó únicament els de l'article 810, és a dir, els de valoració i repartiment dels béns. Ben mirat, la tesi de la recurrent és que ja no cal la formació d'inventari puix que ha estat la sentència matrimonial la qui ha establert quins són els béns en proindivís dels cònjuges.

Aquesta tesi no pot ser acollida en el supòsit enjudiciat.

6. La norma addicional suposadament vulnerada forma part d'una més general retolada " *especialitats processals relatives a pretensions liquidatòries de règim econòmic exercides dins dels processos matrimonials* ".



En el seu primer apartat exposa les regles que s'han de seguir per a determinar la compensació econòmica per raó de treball dins del procés matrimonial mateix.

L'apartat 2 està destinat en primer lloc a indicar la tramitació processal que ha d'observar-se en la determinació del crèdit de participació o la liquidació del règims econòmics matrimonials de comunitat: " *s'ha de seguir el procediment que estableixen els articles 806 a 811 de la Llei de l'Estat 1/2000, del 7 de gener, d'Enjudiciament Civil* " (en aquesta mateixa línia, la sentència del Ple del TS 703/2015, de 21 de desembre, referma que la liquidació dels règims matrimonials de guanys s'ha de fer a través del procediment especial dels articles 806 i següents LEC, amb exclusió del procés comú per raó de la quantia); el segon paràgraf disposa que " *també s'ha d'aplicar aquest procediment per a dividir els béns en comunitat ordinària indivisa en el supòsit a què fa referència l'article 232-12.2* ".

És obvi que amb aquesta disposició addicional tercera el legislador pretenia donar resposta a les particularitats processals que exigeix la liquidació de cadascun dels tipus de règim econòmic matrimonial previstos en els articles 232-1 a 232-38 CCCat (a banda dels de participació i de comunitat, el règim de separació si bé no comporta formalment activitat liquidadora sí que pot donar lloc -com ja s'ha avançat- a la complexa determinació de la compensació econòmica per raó de treball), però també volia esvaïr els dubtes que havia generat l'article 43 CF per tal com autoritzava la pràctica de la divisió del conjunt de béns indivisos dels cònjuges mitjançant lots però no indicava quin era el tràmit processal escaient.

Una interpretació integrada dels dos apartats de l'article 43 CF suggeria que la formació i l'adjudicació dels lots s'havia de fer en execució de sentència, amb tots els problemes d'incertesa que comportava per la manca d'una regulació executiva específica. Això explica la posició doctrinal contrària que considerava que la divisió mitjançant lots havia de fer-se seguint els tràmits dels articles 806 i següents LEC, tot i que aquests preceptes només es referien a la liquidació dels règims de guanys i de participació però no al de separació.

La redacció del segon paràgraf de l'apartat 2 de la disposició addicional tercera és clara i remet en la seva integritat al procediment per a la liquidació dels règims econòmics matrimonials de comunitat i de participació previst en els articles 806 a 811 LEC.

Aquest procediment té la naturalesa d'incident processal o peça separada del procediment principal de separació, nul litat o divorci, ja que es tramita en paral·lel o a continuació del procés matrimonial on es demana la dissolució del règim econòmic matrimonial, però no pot entrar en la fase liquidadora fins que guanyi fermesa la resolució que declari aquesta dissolució (articles 808.1 i 810.1 LEC). S'inicia amb la formació d'inventari " *con arreglo a la legislación civil* ", i en cas de controvèrsia sobre la inclusió o exclusió d'algun bé s'ha de resoldre en sentència després de la tramitació d'un incident en forma de judici verbal (article 809 LEC); un cop aprovat l'inventari, segueix amb la divisió del romanent " *en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables* ", la qual segona fase del procediment pot acabar també amb sentència incidental en cas de manca de conformitat de les parts sobre les concretes operacions divisòries (article 810 i per remissió article 787.5 LEC).

La remissió al procediment dels articles 806 i següents LEC està feta amb plena consciència que el primer dels tràmits essencials del procediment liquidatori especial consisteix en la formació -convencional o contradictòria- d'inventari, la qual cosa permet qualificar-lo de procés universal, ja que recau sobre un patrimoni concebut globalment, no sobre els béns concrets que l'integren, de manera que aquest primer pas no pot ser eludit, per més que en el litigi matrimonial previ s'hagués establert el caràcter indivís entre els cònjuges d'un o més béns. Aquesta declaració no ha d'impedir que en el nou procediment se n'hi afegixin d'altres, en particular aquells la controvèrsia sobre la titularitat dels quals queda palesada en el litigi principal -com és el cas d'un dipòsit bancari en el supòsit enjudiciat. Tampoc no ha de descartar-se, en una matèria regida pel principi dispositiu, segons que referma l'article 232-12.2 CCCat en introduir l'exigència de la petició de part per a formar lots, que els cònjuges restringeixin de mutu acord la divisió a una part dels béns comuns, deixant voluntàriament la resta dels béns comuns en indivisió en el termes que autoritza l'article 552-10.2 CCCat.

7. La sentència recorreguda s'ajusta a la interpretació que s'acaba d'exposar de l'article 232-11.2 CCCat en relació amb la disposició addicional tercera, 2, segon paràgraf, de la Llei 25/2010.

En efecte, constatada pel tribunal d'apel·lació l'oberta discrepància entre les parts sobre la composició del patrimoni indivís (per bé que les parts coincideixen en la copropietat indivisa de dos immobles, l'actor reconvençional inclou també en la relació de béns comuns un dipòsit bancari per un import de 200.000 euros que la demandant considera de la seva exclusiva propietat), i la consegüent impossibilitat de procedir a la formació de lots demanada per un dels litigants ja que per a fer-los és imprescindible conèixer la globalitat dels béns a repartir, la solució no podia consistir -tal com postula la recurrent- en la formació de lots tenint en compte únicament els dos immobles de titularitat indivisa no discutida, sinó en la remissió de les parts al procediment liquidador dels articles 806 a 810 LEC (l'article 811 és aquí inaplicable ja que només regula la



liquidació del règim de participació), on s'haurà de practicar amb les garanties legals el corresponent inventari i tot seguit la divisió dels béns segons el que acordin les parts o, en defecte d'acord, per mitjà de les operacions divisòries regulades en els articles 785 i següents de la llei processal civil.

QUART. Costes del litigi

La desestimació del recurs comportarà la imposició de les costes a la recurrent, per imperatiu de l' article 394.1 en relació amb l' article 398.1 LEC .

Conformement estableix la disposició addicional 15ª LOPJ , la desestimació del recurs comporta la pèrdua del dipòsit constituït per a recórrer.

DECISIÓN

DESESTIMEM el recurs de cassació interposat per la representació processal de la senyora Berta contra la sentència de data cinc de juny de 2017, dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d'apel·lació núm. 508/2016 , que CONFIRMEM en tots els seus pronunciaments; amb imposició de les costes del recurs i pèrdua del dipòsit constituït per a recórrer.

Notifiqueu aquesta Sentència a les parts, uniu-ne una testimoniança al rotlle i retorneu les actuacions a la Secció indicada de l'Audiència.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ . La sentència ha estat signada per tots els magistrats que l'han dictat i publicada de conformitat amb la Constitució i les Lleis. En dono fe.