



Roj: **STSJ CAT 490/2009 - ECLI:ES:Tsjcat:2009:490**

Id Cendoj: **08019310012009100002**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2009**

Nº de Recurso: **30/2008**

Nº de Resolución: **1/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENRIC ANGLADA FORS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Sala Civil i Penal

R. cassació i extraordinari per infracció processal núm. 30/2008

**SENTÈNCIA núm. 1**

Presidenta:

Excma. Sra. M. Eugènia Alegret Burgués

Magistrats:

Il·lm. Sr. Enric Anglada i Fors

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Barcelona, 12 de gener de 2009.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'indiquen més amunt, ha vist els recursos de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 30/2008 contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlló d'apel·lació núm. 139/07 com a conseqüència de les actuacions de procediment ordinari núm. 226/06 seguides davant del Jutjat de 1a Instància núm. 21 de Barcelona. La Sra. Carmela ha interposat aquest recurs representada pel procurador Sr. Angel Montero Brusell i defensada per la lletrada Sra. Maria Gomis i Llauredó. És part contra la qual es recorre el Sr. Isidro i la Sra. Natalia, representats pel procurador Sr. Ramón Feixó Bergada i defensat pel lletrat Sr. Ramón Espino de Balanzó.

#### **ANTECEDENTS DE FET**

Primer. El procurador dels tribunals Sr. Ramón Feixó Bergada va actuar en representació Don. Isidro i de Doña. Natalia per formular demanda de judici ordinari núm. 226/06 al Jutjat de Primera Instància núm. 21 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el Jutjat indicat va dictar sentència amb data 18 d'octubre de 2006, la part dispositiva de la qual diu el següent:

"Estimar la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Natalia en nombre propio y como tutora de D. Isidro, representada por el Procurador D. Ramón Feixó Bergada contra D<sup>a</sup>. Carmela representada por el procurador D. Ángel Montero Brusell y, en consecuencia, declarar que:

a).- Que el régimen económico matrimonial que regía el matrimonio de D. Jesus Miguel y D<sup>a</sup>. Flora era el de gananciales.

b).- Que todos los bienes adquiridos constante matrimonio por D. Jesus Miguel fueron a favor de la sociedad de gananciales, y, en especial, los siguientes:



- los bienes, valores y saldos que consten a nombre de D. Jesus Miguel al tiempo de su fallecimiento en Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, agencia Mallorca/Balmes, Banco de Sabadell-Atlántico, Agencia Rambla de Cataluña, 115 y Banco Santander Central Hispano, agencia 3.079.

- el piso sito en la calle RAMBLA000 de Cataluña, NUM000 , NUM001 - NUM002 , por lo que deberá expedirse el correspondiente mandamiento al registro de la Propiedad a los efectos acordados en esta resolución.

- Las cantidades obtenidas por la venta de la finca sita en calle DIRECCION000 , NUM003 , de Llinars del Vallés.

Todo lo anterior con expresa imposición de las costas causadas a la demandada".

Segon. Contra aquesta Sentència la part demandada va interposar-hi un recurs d'apel·lació, que va admetre i va substanciar la Secció 16a de l' Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència en data 22 de novembre de 2007 , amb la part dispositiva següent:

"Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Dña. Carmela contra la sentencia de fecha dieciocho de octubre de dos mil seis, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Barcelona en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, en cuanto a los siguientes extremos: A) La referencia al tiempo del fallecimiento de D. Jesus Miguel que se contiene en el apartado b) del fallo, que se sustituye por la de la muerte de su primera esposa, Dña. Flora ; y B) Las costas de la primera instancia, respecto a las que no se hace especial pronunciamiento. Fijamos la cuantía litigiosa en trescientos veintiún mil trescientos cincuenta y seis con noventa y un euros y confirmamos en todo lo demás la sentencia de primera instancia, sin formular tampoco especial condena respecto a las costas de la apelación".

Tercer. Contra aquesta Sentència, el procurador Sr. Àngel Montero Brusell, en representació de Doña. Carmela , va interposar-hi un recurs de cassació i un recurs extraordinari per infracció processal que, per mitjà d'una interlocutòria d'aquesta Sala, de data 19 de maig de 2008, es van admetre a tràmit i es van traslladar a la part personada contra la qual es recorre per formalitzar la seva oposició per escrit en el termini de vint dies.

Quart. Per mitjà d'una provisió de data 10 de juliol de 2008 es va tenir per formulada oposició al recurs de cassació i, d'acord amb l' art. 485 de la Llei d'enjudiciament civil, es va assenyalar dia per a la votació i decisió, que ha tingut lloc el 9 d'octubre de 2008.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Enric Anglada i Fors.

## FONAMENTS DE DRET

Primer. Contra la Sentència dictada en data 22 de novembre de 2007 per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona , la part demandada va interposar-hi un recurs extraordinari per infracció processal i recurs de cassació.

Segon. RECURS EXTRAORDINARI PER INFRACCIÓ PROCESSAL

1. En virtud del que disposa la disposició final 16a de la Llei d'enjudiciament civil, un cop presentat el recurs extraordinari per infracció processal i de cassació s'ha d'examinar aquell en primer lloc i, d'acord amb la regla 7a de l'esmentada disposició, quan s'hagi recorregut contra la sentència a l'empara del motiu 2n de l'apartat 1r de l' art. 469 de la LEC , la Sala, si estima el recurs per aquest motiu, ha de dictar una nova sentència, tenint en compte, si s'escau, el que s'hagi al·legat com a fonament del recurs de cassació.

2. En aquest supòsit la part recurrent al·lega infracció de les normes reguladores de la Sentència, i en concret "vulneración del artículo 20 de la LEC , que se corresponde con el artículo 218 de la misma Ley adjetiva, que se refiere a la debida congruencia que las sentencias y demás resoluciones judiciales han de tener con las peticiones de las partes, que deben quedar fijadas en el acto de la audiencia previa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 428 de la propia Ley Procesal Civil ". Un cop dit això, convé recordar, abans que res, que el caràcter extraordinari del recurs per infracció processal comporta l'obligació de fonamentar-lo en la vulneració de normes processals, de la mateixa manera que el recurs de cassació ha de fonamentar-se en la infracció de normes substantives (STSJC 10/2007, de 12 d'abril). En aquest sentit, no hi ha cap inconvenient a entrar en l'estudi dels motius del recurs extraordinari enunciat per la recurrent, que en realitat es tracta només d'un, és a dir, "la incongruencia de la sentencia recurrida, por no haberse acogido en la misma la renuncia realizada por el Letrado de la parte actora en el marco de la audiencia previa". Abans de fer l'examen, s'estima necessari indicar, així mateix, en relació amb els límits per a la revisió de la valoració de la prova per mitjà del recurs extraordinari per infracció processal, que la Sala de cassació només pot penetrar en l'anàlisi probatòria dels fets declarats provats quan s'acrediti que el tribunal d'instància ha incorregut en una valoració arbitrària o irraonable de la prova i que, consegüentment, les seves conclusions són contràries a la lògica o la raó ( STSJC 29/2005, de 30 de juny i 31/2008, de 5 de setembre ).



3. Un cop fet aquest preàmbul, cal ressenyar, quant a l'esmentat motiu del recurs extraordinari per infracció de les normes reguladores de la Sentència, d'acord amb l' article 218 de la LEC , que no pot prosperar de cap manera, atès que la Sentència de l'Audiència ni resulta incongruent amb les peticions de les parts, ni té motivació pel que fa a la suposada renúncia d'una de les pretensions contingudes en la demanda rectora del litigi, ja que l'esmentada resolució en tal concret particular expressa de manera textual: "la referencia hecha por el abogado de los actores en la audiencia previa, no supuso renuncia ni desistimiento respecto a la pretensión relativa a este piso -el sito en la RAMBLA000 nº NUM000 de esta Ciudad-, porque esa manifestación del letrado se realizó en el marco de la discusión de la cuantía litigiosa y sin la necesaria claridad, sino más bien como hipótesis en punto a que, de aceptarse la usucapión, el interés económico del litigio sería menor".

En efecte, si anem a l'acte de l'audiència prèvia i encara que agafem o partim de la frase literal pronunciada, la qual, pel que sembla, és "... que el piso, que es la cosa más importante, resulta que por usucapión de más de treinta años, ya no puede entrar en la herencia" (CD 5'20"), hem d'arribar a la mateixa conclusió cospada per la Secció esmentada de l'Audiència, és a dir, que els termes utilitzats pel lletrat de la part demandant, en el marc de la discussió sobre la quantia del litigi, no poden comportar en absolut ni renúncia ni desistiment a cap acció, tal com ho acredita, d'una banda, el fet que en l'esmentat moment processal cap de les direccions lletrades de les parts litigants no fes ni tan sols esment a aquest al·legat, que ara i de manera totalment extemporània es pretén treure del context en què es va pronunciar, i, d'una altra, que no es va seguir, ni tan sols es va sol·licitar que es fes, el tràmit previst a aquest efecte a l' article 20 de la LEC ; sense poder obviar, a més, que la renúncia de l'acció o del dret, segons una reiterada i consolidada doctrina jurisprudencial, "ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible, del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos igualmente claros e inequívocos" ( STS, Sala 1a, de 28 de gener de 1995 , 3 d'octubre de 1996 i 17 de març de 2003 , entre d'altres), la qual cosa, com abans s'ha indicat, no passa en absolut en el cas enjudiciat.

4. En definitiva, la Sentència impugnada no peca d'incongruència omissiva, ni resulta arbitrària en tal raonament, el qual, a més, es troba degudament motivat, per més que la recurrent no comparteixi les raons esgrimides per l'Audiència, cosa que determina, sense necessitat de cap altra consideració, que calgui desestimar el recurs extraordinari per infracció processal formulat.

#### Tercer. RECURS DE CASSACIÓ

1. Tres són els motius del recurs de cassació interposats per la recurrent, a l'empara del número 1 de l'article 477 de la LEC , que són: 1r) Per infracció de l' article 15 i actual article 14 del Codi civil ; 2n) Per infracció de l' article 7.1 del Codi civil . Doctrina dels actes propis. Article 38 de la Llei hipotecària ; i 3r) Per infracció de l'article 342 de la Compilació de dret civil de Catalunya. Dit això, cal puntualitzar ab initio que el fons de la problemàtica objecte d'aquest litigi se circumscriu, primordialment, a dilucidar quin és el règim econòmic matrimonial aplicable al matrimoni contret entre Don. Jesus Miguel i Doña. Flora -progenitors dels aquí actors-: bé el de la societat de guanys, com afirmen els demandants i acullen les sentències d'instància, basant-se en el fet que aquell va adquirir el veïnatge civil comú, per residència continuada a Madrid durant més de deu anys, abans de contreure matrimoni amb persona del mateix veïnatge; bé el de separació de béns, com sosté la demandada, amb fonament en el fet que no ha quedat provat que el Sr. Jesus Miguel residís de manera habitual en territori del dret comú per un període de temps superior a deu anys.

2. Després de plantejar la qüestió controvertida, cal remarcar que, per a la seva correcta solució, han de relatar-se una sèrie de fets, que han quedat plenament acreditats, des d'una perspectiva o visió purament cronològica, com són:

A) Que Don. Jesus Miguel va néixer a Badalona (Catalunya) el dia 11 de maig de 1912.

B) Que els pares del Sr. Jesus Miguel es van traslladar a viure a Madrid, des de Badalona, l'any 1917, lloc on, l'any 1918, va néixer el fill d'aquells i germà d'aquest, Sr. Jose María .

C) Que Don. Jesus Miguel va estar empadronat al carrer Pez, núm. 38, de Madrid durant els anys 1920 a 1940, tots dos inclusivament.

D) Que Don. Jesus Miguel va cursar diferents estudis a la capital d'Espanya, que van culminar amb la carrera de perit agrícola realitzada a la Universitat Politècnica de Madrid entre els anys 1935 i 1940, que va compatibilitzar amb els seus serveis, com a funcionari de carrera del Cos d'Enginyers Tècnics en Especialitats Agrícoles, des de l'any 1934, al Ministeri d'Agricultura, Pesca i Alimentació.

E) Que el Sr. Jesus Miguel , una vegada conclosa la seva carrera universitària, va continuar treballant en l'esmentat Ministeri d'Agricultura amb seu a la capital fins al dia 19 de juliol de 1941, en què va ser destinat al Departament, dependent de l'esmentat Ministeri, de la ciutat de Barcelona, on es va traslladar a viure, i en aquest lloc de treball va romandre inamovible fins a la seva jubilació, que va tenir lloc el dia 11 de maig de 1982.



F) Que Don. Jesus Miguel va contreure matrimoni amb la seva primera esposa, Doña. Flora , a Madrid, el dia 21 de febrer de 1942; els nous consorts van passar a fixar la seva residència habitual a la ciutat de Barcelona. Fruit de l'esmentat matrimoni van néixer i viuen 5 fills.

G) Que els dos cònjuges van habitar a Barcelona, fins a la mort respectiva, que es va produir, el de la Sra. Flora , el dia 2 de gener de 2002, i el del Sr. Jesus Miguel , el dia 31 d'agost de 2005.

H) Que Don. Jesus Miguel va contreure segones núpcies amb l'aquí demandada, Doña. Carmela , el dia 5 de setembre de 2002, amb qui va tenir una filla, el nom de pila de la qual és Carmela i que actualment té 46 anys d'edat.

3. Aquest relat fàctic i altres fets diversos que no s'han descrit, atès que resulten innecessaris per tal de resoldre la primordial qüestió objecte de controvèrsia, posen en relleu, a més de les pèssimes relacions personals entre els actors, fills del primer matrimoni Don. Jesus Miguel , i la segona esposa d'aquest, l'aquí demandada, que el Sr. Jesus Miguel va estar residint a Madrid -pràcticament de manera contínua, llevat d'alguns mesos a Toledo i a la Corunya, en el curs de l'any 1934-, des de l'any 1917 fins a mitjan any 1941, és a dir, gairebé durant 24 anys de la seva vida. Ara bé, sobre això cal puntualitzar que quan Don. Jesus Miguel es va traslladar a viure a Madrid amb els seus pares només tenia 5 anys, és a dir, que va viure en l'esmentada capital des dels 5 fins als 29 anys acabats de fer, dels quals, per tal com la majoria d'edat, aleshores, s'assolia a 21 anys d'edat ( art. 320 del Codi civil en la redacció vigent en la data), és evident que només va estar residint en territori de dret comú, com a persona major d'edat, un període de temps de 8 anys com a màxim, és a dir, durant un termini temporal inferior al de 10 anys que es necessita per adquirir el veïnatge civil, i encara que la part actora en la demanda rectora del litigi asseveri que "el hecho de que durante una parte de los 24 años que su padre vivió en Madrid fuere menor de edad (durante 16 años), no enerva el cómputo", la veritat és que no és així, atès que no és possible computar -com fa la resolució objecte de recurs- els anys que, des de 1917 fins a 1933, durant la seva minoria d'edat, i, per tant, sotmès a la pàtria potestat dels seus pares, Don. Jesus Miguel va residir a Madrid.

La doctrina jurisprudencial és concorde -amb l'excepció precisament de la Sentència esmentada pels actors en la seva demanda-, en el fet de no computar el temps en què el possible adquirent del veïnatge civil per residència no tenia capacitat d'actuar. Així ho ratifiquen, entre d'altres, les sentències de la Sala 1a del Tribunal Suprem de 23 de març de 1992 i de 20 de febrer de 1995 , que en citen nombroses d'anteriors, "en el sentido de que en el cómputo no se incluye el tiempo de la minoría de edad sin emancipación". La primera d'aquestes indica que "... el artículo 225 del Reglamento de Registro Civil, después de establecer en su párrafo 1º, en plena concordancia con el artículo 14.3-2º del Código Civil , que "El cambio de vecindad civil se produce "ipso iure" por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario", agrega en su párrafo 2º que "En el plazo de diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona", en cuya situación se encontró D. ... durante su minoría de edad (desde ... a ...), cuyo período de tiempo no puede ser computado al objeto expresado".

En idèntic sentit es pronuncia, fent un compendi d'allò expressat en les avantdites resolucions, la recent Sentència, així mateix, de la Sala 1a del Tribunal Suprem, de data 7 de juny de 2007 , que, en referir-se al temps computable, precisa que "no comprende el transcurrido bajo la minoría de edad, incluida la emancipación tácita que entonces no afectaba a la esfera personal sino a la patrimonial del menor independiente", i especifica que "partiendo de la norma básica de la irretroactividad de las leyes que proclama ahora el artículo 2.3 del Código civil , según redacción dada por el decreto legislativo de 31 de mayo de 1974 y el artículo 3 en el texto original del Real decreto legislativo de 24 de julio de 1889, los preceptos aplicables vigentes al tiempo de ..., fueron -entre otros- los siguientes: "Artículo 15 , penúltimo y antepenúltimo párrafos relativos a la adquisición de vecindad civil por residencia de diez años y por el hecho mismo del matrimonio ....: para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias o territorios de derecho común, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad. Una y otra manifestación deberán hacerse ante el Juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro Civil. En todo caso la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre y, a falta de éste, la de su madre".

De lo anterior deriva lo siguiente: el esposo, .... no había alcanzado la vecindad civil ... puesto que no llevaba diez años de residencia, ya que no se computa el tiempo en que no puede legalmente regir su persona, es decir, tener capacidad de obrar; cuando hubo alcanzado la mayoría de edad y empezado el cómputo, no transcurrieron diez años ...; y tampoco le servía la llamada emancipación tácita que, en aquella época, el Código Civil no le daba capacidad sino simple facultad para adquirir y administrar los bienes adquiridos, en vida independiente. ... En consecuencia, el régimen era... Cuyo régimen no consta haber sido cambiado por capitulaciones posteriores al matrimonio, que se podían hacer a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975".



4. Un cop establert això, és clar que ha d'estimar-se el primer i primordial motiu del recurs de cassació formulat, del qual deriven els altres, atès que la qüestió jurídica plantejada en aquest litigi ha de resoldre's en el sentit que Don. Jesus Miguel , tal com resulta de la narració fàctica realitzada, no va deixar mai de tenir el veïnatge civil català, que provenia del seu naixement a Catalunya, ja que des que va assolir la majoria d'edat -l'any 1933-, que és quan va poder regir legalment la seva persona, fins a l'any 1941, que va passar a residir novament en territori de dret català, no havia transcorregut el còmput de deu anys de residència a Madrid per adquirir el veïnatge de dret comú, tal com exigia l'esmentat penúltim paràgraf de l' art. 15 del CC , vigent aleshores -avui art. 14.5.2n CC -; sense poder obviar, ni ignorar, que a falta d'altres dades, tals preceptes -el 15 abans i ara el 14 del CC- estableixen i institueixen que, en cas de dubte, preval el veïnatge civil que correspongui al lloc de naixement. En conseqüència, el règim econòmic del matrimoni dels esposos Isidro , era, en el moment de contreure's -21 de febrer de 1942-, i sempre ha estat -en no haver atorgat capitulacions matrimonials-, el de separació de béns, propi i específic del dret civil de Catalunya; i això sense necessitat d'entrar a examinar i a considerar les diferents escriptures notariales en què així consta, com tampoc la creença d'ambdós consorts en idèntic sentit, la qual ha estat fins i tot recollida en la Sentència impugnada, el fonament de dret sisè de la qual revoca precisament la imposició de les costes de la primera instància a la demandada, ja que entén que el cas presentava dubtes d'importància "porque ambos cónyuges se consideraron en vida, en un momento u otro, casados en régimen de separación de bienes".

Quart. Conseqüentment amb tot el que fins aquí s'ha exposat, escau desestimar el recurs extraordinari per infracció processal i estimar el recurs de cassació interposats per la demandada-recurrent, cosa que comporta que calgui cassar la Sentència dictada per l'Audiència, i en lloc seu, s'hagi de desestimar íntegrament la demanda de declaració de drets promoguda pels fills dels esposos morts, Sra. Natalia i D. Isidro , contra Doña. Carmela , atès que totes les pretensions dels actors deriven de la primera, és a dir, la concernent a la sol·licitud que es declari que els seus pares es van casar sota el règim legal de societat de guanys, i que en no ser així, atès que el règim legal que va regir durant el matrimoni Don. Jesus Miguel i Doña. Flora , tal com abans s'ha explicat, va ser el de separació de béns, això ha de comportar la desestimació de tots i cadascun dels aspectes sol·licitats en l'escrit rector d'aquest litigi.

Cinquè. En matèria de costes processals, atès que en el nostre dret regeix el principi del venciment objectiu, escau fer imposició de les dimanants del recurs extraordinari per infracció processal a la demandada-recurrent, i sense que escaigui fer una especial declaració sobre les irrogades pel recurs de cassació, atesa la seva estimació. Pel que fa a les costes de la primera instància, han de ser imposades als demandants, les pretensions dels quals han estat plenament rebutjades. Tot això per imperatiu del que disposen els articles 398.1 i 2 , i 394.1 de la LEC .

## PART DISPOSITIVA

LA SALA CIVIL I PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DECIDEIX:

DESESTIMAR el recurs extraordinari per infracció processal interposat per la representació processal de LA SENYORA Carmela , contra la Sentència dictada en data 22 de novembre de 2007, en el rotllo d'apel·lació 139/2007 , per la Secció Setzena de Barcelona, amb imposició de les costes d'aquest recurs a l'esmentada recurrent, i

ESTIMAR el recurs de cassació interposat per la representació processal de LA SENYORA Carmela , contra la Sentència dictada en data 22 de novembre de 2007, en el rotllo d'apel·lació 139/2007 , per la Secció Setzena de Barcelona, i, en conseqüència, LA CASSEM, la qual, de la mateixa manera que la de primera instància, queden sense valor i efecte, i en lloc seu, ACORDEM:

DESESTIMAR íntegrament la demanda promoguda per LA SENYORA Natalia i EL SENYOR Isidro , contra LA SENYORA Carmela , amb expressa condemna de les costes de la primera instància a la part demandant.

NO FER imposició de les costes d'aquest recurs de cassació a cap de les parts litigants.

Notifiqueu aquesta Sentència a les parts personades i amb una testimoniança trameteu el rotllo i les actuacions a la Secció indicada de l'Audiència.

Així ho pronunciem, manem i 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.