

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
Sala Civil i Penal

R. de cassació i per infracció processal núm. 73/2009

SENTÈNCIA núm. 25

Presidenta:

Excma. Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués

Magistrats:

Il·lm. Sr. José Francisco Valls Gombau

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Barcelona, 3 de juny de 2011.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist els recursos de cassació i extraordinari per infracció processal interposats per ROGER C. H., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Antonio M^a de Anzizu Furest i dirigit per l'advocada Sra. Mariantonieta Molins Cuenca; i per M^a DEL MAR C. A., representada pel procurador Sr. Angel Joaniquet Ibarz i dirigida per l'advocat Sr. Ramón Tamborero del Pino, contra la Sentència dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 5 de desembre de 2008 en conèixer del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Mataró el 29 de maig de 2007 i

interlocutòria d'aclariment de 25 de juny de 2008 en el procediment de divorci núm. 1719/06. Amb la intervenció del MINISTERI FISCAL.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. La procuradora Sra. Diana Duch Ramos, en representació del Sr. Roger C. H., va formular demanda de divorci núm. 1719/06 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Mataró. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 29 de maig de 2007, la part dispositiva de la qual diu el següent:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. DIANA DUCH RAMOS, en nombre y representación de D./Dña. ROGER C. H., contra D./Dña. MARIA DEL MAR C. A., representado/a por el Procurador/a D./Dña. M^a JOSÉ SARRIONANDIA CHACON, y estimando parcialmente la demanda reconventional interpuesta por la representación de la Sra. C. contra el Sr. C., y habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL, debo acordar y acuerdo la disolución del matrimonio de los cónyuges litigantes por Divorcio, aprobando, como efectos inherentes a dicho divorcio, las siguientes medidas:

a) La guarda y custodia de los menores de edad, ROGER y GUILLEM C. C., se encomienda a la madre; sin perjuicio de que la patria potestad será compartida por ambos progenitores, con todos los derechos y obligaciones a ella inherentes, debiendo ambos progenitores proteger los intereses de las personas y de los bienes de sus hijos, durante su minoría de edad, y alimentarles, educarles y procurarles una formación integral, velando siempre por ellos cuando los tengan en su compañía.

Cuidando especialmente la progenitora custodia de facilitar la comunicación de sus hijos con el otro progenitor,

absteniéndose de realizar actos o proferir expresiones que obstaculicen la relación paterno-filial, y de comunicar al padre cuantas circunstancias de interés afecten a los menores, fundamentalmente en cuestiones de sanidad y educación.

Teniendo presente, por último, que todas las decisiones de especial relevancia que afecten a los menores (cambio de colegio o de pediatra, celebración de actos religiosos...) han de ser tomadas por ambos progenitores de común acuerdo, o, en su defecto, por decisión judicial.

b) En cuanto al régimen de visitas, comunicación y estancia de los menores con su padre, en defecto de acuerdo entre los progenitores, los niños comunicarán con su padre, durante el periodo escolar, todos los lunes, desde la salida del colegio hasta la vuelta al colegio el martes, y los fines de semana alternos, desde la salida del colegio del viernes hasta la entrada del colegio del lunes.

En el caso de que el fin de semana sea seguido o antecedido por uno o varios días festivos (incluso en los supuestos de jueves festivo y viernes laborable, así como en los de lunes laborable y martes festivo) el o los mismo se entenderán incluidos en el fin de semana a efectos del régimen de visitas, con la consiguiente antelación en su inicio o postergación en su fin. En tales casos, la recogida de los menores se llevará a cabo el día del comienzo del fin de semana, a la salida del centro escolar, y se reintegrarán al mismo el día del reinicio de las clases.

Y en cuanto a las fiestas intersemanales, se las alternarán los progenitores, siguiendo la misma cadencia que vienen observando desde que se dictara el Auto de medidas provisionales (empezando por el padre) y la duración de la visita será desde las 10,00 horas hasta las 20,30 horas.

En cuanto al período vacacional, los niños disfrutarán por igual de la compañía de uno y otro de sus progenitores, conforme a las siguientes reglas:

1) Vacaciones de Semana Santa: se dividen en dos periodos:

Primer periodo: Desde la Salida de clase hasta las 20,30 horas del Miércoles Santo.

Segundo periodo: Desde las 20,30 horas del Miércoles Santo hasta las 20,30 horas de la víspera del reinicio de las clases.

2) Vacaciones de Verano: se dividen en los siguientes periodos:

Primer periodo: Desde la salida de clase hasta las 20,30 horas del día 30 de junio; desde las 10,00 horas del día 16 de julio hasta las 20,30 horas del día 31 de julio y desde las 10,00 horas del día 16 de agosto hasta las 20,30 horas del día 31 de agosto.

Segundo periodo: Desde las 20,30 horas del día 30 de junio hasta las 10,00 horas del día 16 de julio; desde las 20,30 horas del día 31 de julio hasta las 10,00 horas del día 16 de agosto y desde las 20,30 horas del día 31 de agosto hasta la 20,30 horas de la víspera del reinicio de las clases.

3) Vacaciones de Navidad: también se dividen en dos periodos:

Primer periodo: Desde la salida de la clase hasta las 20,30 horas del día 30 de diciembre.

Segundo periodo: Desde las 20,30 horas del día 30 de diciembre hasta las 20,30 horas de la víspera del reinicio de las clases.

En defecto de acuerdo entre los progenitores, al padre corresponde tener a los menores en su compañía los primeros períodos en los años terminados en número par y los segundos, en los acabados en número impar.

Durante el período vacacional queda suspendido el régimen ordinario de visitas, que se reanudará de modo que el siguiente

fin de semana los menores estén con el progenitor con el que no hayan pasado el último período vacacional.

Las fiestas especiales para los niños, cuales son los Santos y cumpleaños de los menores y el día de Reyes, comerán con el progenitor a quien no les corresponda tenerlos en su compañía, siendo el horario de comida, en caso de desacuerdo entre los progenitores, el propio del horario entre las clases de la mañana y la tarde, si el día fuera lectivo, o desde las 12,00 horas hasta las 17,0 horas, si no lo fuere.

A fin de facilitar la comunicación de los menores con ambos progenitores, aquél que no los tengan en su compañía podrá comunicar con ellos diariamente por teléfono o Internet en horario de 20,00 a 20,30 horas.

En todo caso, el padre deberá recoger a los niños y reintegrarlos al domicilio materno, siempre salvo pacto en contrario de los progenitores.

Si por motivo de enfermedad o por otra causa grave y justificada no pudiera cumplirse el régimen de visitas en los días y horarios previstos, se preavisará al otro progenitor al menos con una antelación de 48 horas y se procurará recuperar la visita a la mayor brevedad posible.

Si a consecuencia de una enfermedad o accidente los menores estuvieran hospitalizados, podrán ser visitados en cualquier momento por sus familiares maternos y paternos, sin más restricciones que las que estableciere el centro hospitalario donde se hallaren.

Se exhorta a ambos progenitores a fin de que presten su máxima colaboración para que el régimen de visitas se cumpla con la normalidad deseable, teniendo en cuenta siempre el interés y beneficio de los menores.

c) El uso del domicilio familiar y del ajuar doméstico se encomienda a los niños y a su madre, por razón de la custodia encomendada.

d) Como contribución a las cargas del matrimonio, el Sr. Ceruelo abonará todos los gastos de consumo de la vivienda familiar, siempre y cuando estuvieran contratados en la fecha de la presente resolución; siendo por cuenta de la esposa los que se contraten con posterioridad.

e) El padre abonará la cantidad de 1200 euros mensuales, en concepto de alimentos para sus hijos (600 euros para cada uno). Tal cantidad se abonará en la cuenta corriente que designe la perceptora, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y será revisada anualmente conforme el IPC.

Asimismo el padre abonará todos los gastos que comporte la educación de sus hijos, incluyendo las actividades que organice el colegio y las actividades extraescolares que realicen los menores en el momento presente. Asimismo abonará el importe de las actividades extraescolares que los progenitores acuerden en el futuro. Será también a cargo del Sr. Ceruelo el abono del equipamiento didáctico, informático, deportivo o de cualquiera otra clase necesario para el desarrollo de las actividades pedagógicas y extraescolares de los menores.

También el padre abonará la mutua médica de los niños y todos los gastos sanitarios que precisen que no estén cubiertos por la misma ni por la Seguridad Social; recordando a las partes que la elección de un determinado servicio médico ha de ser consensuado siempre por ambos progenitores, salvo en el caso de urgencia.

f) El Sr. C. abonará a la Sra. C. la cantidad de 890 euros al mes, en concepto de pensión compensatoria, debiendo ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes, y revisada, anualmente, conforme al IPC. Además le abonará

tres pagas extraordinarias anuales por idéntico importe que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, se abonarán junto a las mensualidades de abril, agosto y diciembre de cada año.

g) Por último, el Sr. C. abonará a la Sra. C. , en concepto de pensión indemnizatoria, la mitad del precio que se obtenga por la venta de la vivienda familiar, a salvo siempre el derecho de uso que corresponde a los niños y a su madre, por razón de la custodia acordada. Si al extinguirse este derecho de uso la vivienda no se hubiera vendido, el Sr. C. abonará a su esposa la mitad del valor, que, en dicho momento, tuviera tal vivienda. Todo ello sin hacer imposición en costas”.

Segon. Contra aquesta Sentència, la part actora 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 desembre de 2008, amb la següent part dispositiva:

“Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Don Roger C. H. contra la Sentencia dictada en fecha 29 de mayo de 2007, aclarada por Auto de fecha 25 de junio siguiente, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Mataró en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el nº 1719/2006 seguido a instancia de Don Roger C. H. contra Doña María del Mar C. A., debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha Sentencia, la que integramos en el sentido de señalar la cantidad de 471.177,96 euros como la que la Sra. C. tiene derecho a percibir del Sr. C. en concepto de compensación económica al extinguirse la guarda y custodia. Y sin hacer especial condena en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación”.

Tercer. Contra la Sentència anterior, ambdues parts van interposar aquests recursos de cassació i extraordinari per infracció processal. Per interlocutòria d'11 de desembre de 2009, aquest Tribunal es va declarar competent i va admetre el recurs a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es va traslladar, perquè en un termini de vint dies formalitzessin escrits d'oposició. Es va assenyalar per a la celebració de vista el dia 30 de setembre de 2010 a les 10.30 hores, en què es va celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.

És costum en aquest Tribunsal Superior de Justícia fixar uns antecedents fàctics en cadascuna de les seves resolucions, que en aquest supòsit podem sintetitzar de la següent forma:

a) La sentència dictada en Primera Instància estima en part la demanda principal presentada pel senyor Roger C. H. i també en part la demanda en reconvenció presentada per la senyora Maria del Mar C. A. i conseqüentment declara:

- La dissolució del matrimoni contret pels litigants l'onze d'abril de 1997, en virtut de divorci.
- La guarda i custòdia dels menors nascuts de l'esmentat matrimoni, Roger i Guillem en favor de la mare, establint l'exercici conjunt de la potestat del pare i de la mare i un ampli règim de visites en favor del senyor C. , a més la

susdita sentència especifica d'una forma encomiable la forma en que els pares haurien d'actuar a fi que el règim de guarda i custòdia i les visites i comunicació en favor del cònjuge que no l'ostenta s'exerceixi de la forma més favorable als interessos dels esmentats menors.

- Que l'ús del domicili conjugal s'atribueixi a la mare i els fills que resten majoritàriament en la seva companyia.
- Que com a contribució "a las cargas del matrimonio" (a la lletra segons diu la sentència) el Sr. C. ha d'abonar les despeses de l'habitatge familiar, sempre i quan estiguessin contractades en la data del dictat de la sentència, havent de córrer a càrrec de l'esposa les despeses derivades de serveis contractats amb posterioritat.
- Que el Sr. C. faria efectiva la quantitat de 1.200 euros mensuals en concepte d'aliments en favor dels fills, en concret 600 euros per a cadascú d'ells.
- Que el Sr. C. ha de satisfer les despeses que comporti l'educació dels fills, incloent les activitats que organitzi l'escola i les activitats extraescolars que realitzaven els menors en el moment d'ésser dictada la sentència; també ha d'abonar les que comportin les activitats extraescolars que els susdits progenitors acordin en un futur. Nogensmenys, la sentència fixa a càrrec del senyor C. , tot l'equipament didàctic, informàtic, esportiu, o de qualsevol altra classe necessari per el desenvolupament de les activitats pedagògiques i extraescolars dels menors.

A més la sentència ordena que el senyor C. abonés en favor de la senyora C. , en concepte de pensió compensatòria la quantitat de 890 euros al més, actualitzables d'acord a l'IPC.

Finalment, en concepte de pensió indemnitzatòria (en realitat l'article 41 del Codi de família català l'intitula compensació econòmica per raó de treball) diu la sentència que: *"de pensión indemnizatoria, la mitad del precio que se obtenga por la venta de la vivienda familiar, a salvo siempre el derecho de uso que corresponde a los niños y a su madre, por razón de la custodia acordada. Si al extinguirse este derecho de uso la vivienda no se hubiera vendido, el Sr. C. abonará a su esposa la mitad del valor que, en dicho momento, tuviera tal vivienda"*.

Contra la sentència de Primera Instància hi interposa recurs d'apel·lació únicament la part demandant, és a dir, el senyor Roger C. H., recurs que es desestima, essent dictada sentència per la Secció XII de l'Audiència Provincial de Barcelona que en la seva part dispositiva decideix:

"que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Don Roger C. H. contra la sentencia dictada en fecha 29 de mayo de 2007, aclarada por Auto de fecha 25 de junio siguiente, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Mataró en el procedimiento sobre divorcio contencioso registrado con el nº 1719/2006 seguido a instancia de Don Roger C. H. contra Doña María del Mar C. A., debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia , la cual integramos en el sentido de señalar la cantidad de 471.177, 96 euros que la Sra. C. tiene derecho a percibir del Sr. C. en concepto de compensación económica al extinguirse la guarda y custodia. Y sin hacer especial condena en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación"

b) Contra la sentència dictada per l'Audiència Provincial hi preparen i interposaren recurs de cassació tant la representació lletrada del senyor Roger C. H. com la de la senyora Maria del Mar C. A..

SEGON.

Per raons sistemàtiques aquesta Sala considera oportú abordar, en primer lloc el recurs interposat pel senyor Roger C. H., i tot seguit s'estudiarà l'interposat, per la seva banda, per la senyora Maria del Mar C. A..

L'esmentat recurrent, Sr. C. presenta, tant recurs per infracció processal com recurs de cassació, essent escaient procedir primerament a l'estudi del recurs per infracció processal. En aquest, es denuncia en primer lloc la vulneració de l'article 218.1 de la Llei d'enjudiciament civil que exigeix la congruència de les sentències amb les demandes i demés pretensions esgrimides oportunament en cada litigi, i aquest precepte el relaciona la part recurrent amb el previst en l'article 216 de la LEC, pel que fa al dret a la justícia sol·licitada.

Des de l'anterior perspectiva resulta que els motius del recurs pel que fa a l'ordre de plantejament, resulten alterats, no coincidint totalment l'exposició feta en fase de preparació de la que es segueix en fase de interposició. En concret en període de preparació el tercer motiu del recurs el constituïa la vulneració del previst en l'article 465.4 de la LEC (en relació al 461) en canvi en fase de interposició, aquest darrer motiu es planteja com a segon, i íntimament unit a la invocació de incongruència de la sentència; no gensmenys, en fase de preparació s'anunciaven una sèrie de motius que feien referència a la prova, al

principi de legalitat i finalment a la vulneració de l'article 24 de la Constitució pel que fa a la tutela judicial efectiva i a la proscripció de indefensió (aquest article es relacionava amb els articles 120.3, 9.1, 9.3, 117 de la mateixa norma suprema i també amb l'article 6.1 del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i les llibertats fonamentals).

Però en període de interposició la recurrent omet tots els motius que feien referència a la prova i al principi de legalitat consegüentment només escau l'estudi dels que subsisteixen. Per altra banda, en estar totalment entrellaçats el primer motiu, ja avançat, que tracta la incongruència de la sentència de l'Audiència per extra petita, amb la denuncia de vulneració dels articles 461 i 465 de la LEC (motiu segon en la fase de interposició) i 24.1 i concordants de la Constitució espanyola (motiu quart en la dita de interposició) considera la Sala que s'han d'analitzar conjuntament.

Certament, tots ells s'encaminen a posar de relleu l'extralimitació que, segons es diu, va cometre l'Audiència, per incongruència extra petita en superar les pretensions de les parts en segona instància, incidint, consegüentment en vulneració del principi "tantum apellatum quantum devolutum".

TERCER.

Per tal d'estudiar el tres motius per infracció processal que s'han avançat, resulta d'interès fer unes determinades precisions:

- a) Tal com explicita la part recurrent en els antecedents del recurs, resulta que la Sra. C. , en la fase de la compareixença de les mesures provisionals prèvies a la separació matrimonial, aportà un document privat el qual regulava els efectes de la

ruptura matrimonial objecte d'aquesta litis, que si bé no estava datat fou reconegut com a subscrit per ambdues parts el març de 2006.

- b) El recurrent Sr. C. , en la contesta a la reconvenció al·lega la manca de força vinculant de l'esmentat conveni privat en el qual els cònjuges varen regular els efectes de la ruptura del vincle.
- c) En canvi en el recurs extraordinari per infracció processal que s'analitza, el recurrent fa un gir i diu que si bé accepta la interpretació del negoci jurídic inter partes que la sentència de Primera Instància feu del document de març de 2006, el que no pot acceptar es que malgrat que cap dels litigants en seu d'apel·lació ho sol·licités l'Audiència fes una nova valoració del contingut d'aquest document privat.
- d) En concret, l'únic aspecte que interessa en els tres motius de infracció processal que tot seguit estudiarem es el referent a la compensació econòmica per raó de treball. Es denuncia que, la sentència de l'Audiència sense estimar cap motiu del recurs, alteri la de Primera Instància i fixi en 417.177,96 euros la quantitat a percebre per la senyora C. en el moment en que s'extingeixi la guarda i custòdia dels menors. Aquesta quantitat, es fixa com a meitat del preu de l'habitatge conjugal, malgrat en aquell moment no hagués sigut venut, remarcant que la dita quantitat tenia naturalesa de indemnització de l'article 41 del Codi de família català.
- e) De manera que el Sr. C. en aquesta alçada cassacional, fa seus els arguments de la sentència dictada per l'Audiència en el sentit que la ratificació i aprovació judicial dels convenis

matrimonials suposa una "conditio iuris" d'eficàcia, no de validesa. També acull com a seus els raonaments de l'Audiència en el sentit que els cònjuges al marge del conveni regulador poden pactar inclòs en document privat, tal com succeeix aquí, el que estimin convenient respectant els límits d'allò que és disposable; tal com també diu l'Audiència i, segueix acceptant el recurrent que, aquests pactes son vinculants per a les parts sempre que s'hagin atorgat concorrent els requisits necessaris per a la validesa dels contractes i a més, no vulnerin els límits establerts en l'article 1255 del Codi civil, o sigui que respectin allò regulat per lleis imperatives, la moral i l'ordre públic.

- f) Al fil de l'exposat, diu la part recurrent: *"consecuencia lógica de los razonamientos transcritos es que, un convenio no homologado, como manifestación de la voluntad de las partes, debe ser considerado como un negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere lo dispuesto en el artículo 1255 del CC y no sea contrario a los intereses de los hijos menores de edad"*.

QUART.

Arribats a aquest punt és procedent tornar als concrets motius del recurs per infracció processal, a saber: 1) la denuncia de incongruència a l'empara de l'article 218, 1 de la LEC; 2) de infracció de l'article 456. 4 de la Llei d'enjudiciament civil que contempla el principi "tantum apellatum quantum devolutum"; 3) la vulneració de l'article 24.1 de la Constitució espanyola, pel fet de dir el recurrent que la sentència de l'Audiència li causa indefensió.

A l'empara d'aquestes denúncies resulta evident que la recurrent no accepta la declaració continguda en la sentència de l'AP, que determina la quantitat en efectiu que la Sra. C. hauria de percebre (en acabar la guarda i custòdia dels fills del matrimoni), en compliment del previst en l'art. 41 del Codi de família, donat que amb aquesta concreció, al seu entendre, la dita resolució infringeix els articles 218 i 461 en relació al 465 de la LEC, i article 24 de la Constitució (motius primer, segon i quart de infracció processal del recurs del Sr. C.).

Des d'aquesta perspectiva es ressalta un fet incontrovertit que la sentència de Primera Instància, pel que fa a la compensació per raó de treball, va interpretar el document estès pels cònjuges al març de 2006, en el següent sentit:

"El Sr. C. abonarà a la Sra. C. , en concepto de pensión indemnizatoria -s'ha d'entendre per raó de treball- , la mitad del precio que se obtenga por la venta de la vivienda familiar, a salvo siempre el derecho de uso que corresponde a los niños y a su madre, por razón de la custodia acordada. Si al extinguirse este derecho de uso la vivienda no se hubiera vendido, el Sr. C. abonarà a su esposa la mitad del valor que, en dicho momento, tuviera tal vivienda".

Resulta clar que la sentència de Primera Instància feu una encomiable tasca de interpretació i concreció de la voluntat dels contractants, ja que, el contracte privat atorgat el març de 2006, en relació al dret derivat de l'article 41 del Codi de família català, només deia que el Sr. C. abonaria a la que fou la seva esposa: *"la mitad del valor de la vivienda familiar cuando esta se vendiese..."*

L'única part que va recórrer en apel·lació, o sigui el Sr. C. va demanar que si es concedia el dret de l'article 41 es fés recollint els termes del pacte entre les parts.

Conseqüentment, corol·lari de l'anterior es que tal com pretén la part recurrent en els susdits motius per infracció processal, sí que l'Audiència va incidir en extra petita, o va infringir el principi abans esmentat de "tantum appellatum quantum devolutum", ja que en tractar-se l'article 41 d'un dret disposable en no afectar interessos necessitats de protecció, la senyora C. podia aquietar-se (com va fer-ho) en relació al pronunciament de Primera Instància, i en cap cas era escaient que l'Audiència d'ofici "vetllés" pels seus suposats interessos (que per altra part segons sembla ja quedaven satisfets amb la sentència de Primera Instància) completant aquella declaració i decidint sorpresivament fixar en 471.177,96 euros, la quantitat a percebre per la senyora C. al moment d'extinció de la guarda i custòdia.

L'Audiència justifica la concreció feta d'ofici dient:

"Dicha cláusula convencional, incluida en el documento en el que los ahora litigantes, junto con otras cláusulas relativas a la guarda y custodia de los menores, la pensión alimenticia a favor de los mismos, el uso de la vivienda familiar y la pensión compensatoria, negociaron los términos de la ruptura de su matrimonio, no puede considerarse como una obligación condicional, al depender la venta de la casa de la sola voluntad de su propietarios, el ahora recurrente con lo que, al ser nula conforme a lo dispuesto en el artículo 1.115 del Código Civil, la ahora recurrida vería frustrado su derecho a la compensación económica, sino que, por el contrario, al no ser dable dejar el cumplimiento de los contrtos el

arbitrio de uno sólo de los contratantes (art. 1.256 Código Civil), habrá que entenderla, atendido el reconocimiento que en el documento subyace de la peor situación económica en la que queda la Sra. C. , como una condición "puesta con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar" (art. 1.122 Código Civil) la compensación económica en dicho momento de la ruptura y, por tanto, señalar la cantidad correspondiente a la misma en la Sentencia que ponga fin al procedimiento matrimonial, sin que sea dable dejar su cuantificación a un momento posterior, procede señalar como cantidad que tiene derecho a percibir la Sra. C. en tal concepto la de 471.177,96 euros, pero, no siendo dable, tampoco, la revocación o modificación de la Sentencia recurrida en perjuicio del recurrente, dicha cantidad no vendrá obligado a abonarla el Sr. C. hasta la extinción de la guarda y custodia, en cuyo momento, además, comenzará a devengar los intereses correspondientes"

En incidir l'AP en incongruència per extra petita en els raonaments jurídics, també resulta incongruent per la mateixa causa la part dispositiva de la sentència de l'Audiència, en confirmar la sentència de Primera Instància, però integrar la mateixa en el sentit de: *"señalar la cantidad de 471.177,96 euros como la que la Sra. C. tiene derecho a percibir del Sr. C. en concepto de compensación económica al extinguirse la guarda y custodia"*.

Per tal de fer més evident que l'Audiència incideix en incongruència resulta ara d'interès fer al·lusió a la naturalesa jurídica de la compensació econòmica per raó de treball objecte d'aquest recurs, i *ad limine* hem de dir que la doctrina forjada al voltant d'aquesta

institució considera, sense fissures, que aquesta no forma part del conjunt de drets bàsics i irrenunciabls que han vingut a denominar-se "règim econòmic matrimonial primari".

El fet que la institució objecte de la contesa tingui naturalesa jurídica de caràcter dispositiu, suposa que està subjecte al principi de rogació, circumstància que obvia l'Audiència, és incontrovertit que estem davant d'una norma pròpia del règim econòmic matrimonial i, en aquesta esfera es prevalent l'autonomia de voluntat de les parts (arts. 10.1 i 15.1 CF), consegüentment sembla incontestable que es tracta d'un dret essencialment renunciabls.

En l'únic aspecte que autoritzada doctrina sembla incidir en algunes divergències es pel que fa a la renúncia anticipada, i a la forma que ha de revestir l'expressió de voluntat que la contingui.

Però, en canvi l'opinió doctrinal majoritària considera que el dret és indiscutiblement renunciabls quan ha sorgit i pot ésser exercitat, com a conseqüència de la separació, el divorci o la nul.litat del matrimoni. Això comporta la possibilitat de renúncia tàcita que, en principi, es presenta quan la petició de la compensació no s'inclou en la demanda o, en el seu cas en la reconvenció.

De manera que en tractar-se d'un dret disposable, en major mesura podran els creditors dels mateix renúnciar al seu pagament dins del termini de tres anys que preveu el legislador català en l'article 41 del CF, en estudi.

Arribats a aquesta conjuntura resulta d'interès fer expressa al·lusió a la Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 30.3 de 2011, que serveix a títol d'exemple, en dir que el coneixement de les

Audiències Provincials en via de recurs no pot excedir per raons òbvies del que fou objecte del mateix. Diu la sentència citada:

"como ya dijo la sentencia 452/2010, de 12 de julio, que en nuestro sistema procesal rige la denominada apelación limitada, que impide, salvo excepciones, suscitar cuestiones diferentes de las que hubieran sido objeto de la primera instancia, por lo que, cuando se habla de -novum iudicium-" se hace referencia a un nuevo conocimiento del asunto tal y como se conformó anteriormente -"revisio prioris instantiae"-, sin posibilidad de ampliación, aunque sí de reducción -"tantum devolutum quantum appellatum", congruencia, prohibición de la reforma peyorativa -.

El artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil identifica la apelación con un nuevo examen de las actuaciones de la primera instancia, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal que conoció del litigio en ella. Y el artículo 465, apartado 4, de la misma Ley dispone que la sentencia de apelación debe pronunciarse, exclusivamente, sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461".

Conseqüència de tot l'anteriorment raonat és, tal com pretén la part recurrent, la declaració per aquesta Sala que la sentència de l'Audiència es va excedir per "extra petita" i no va respectar el principi *"tantum devolutum quantum appellatum"*.

Per aquest fet, procedeix l'estimació del primer, segon i quart motius per infracció processal i revocació en l'aspecte exposat, de la sentència de l'Audiència per tal de deixar incòlume la declaració que

la sentència de Primera Instància contenia sobre la compensació econòmica per raó de treball.

CINQUÈ.

En el tercer motiu per infracció processal, analitza la part recurrent el motiu que en fase d'admissió era el segon. Com ja s'ha dit aquesta alteració en l'ordre d'exposició dels motius no afecta al dret de defensa per tant la Sala ha de procedir a l'anàlisi del mateix.

Addueix en aquest motiu la infracció de l'article 209 de la LEC, en concret de les regles 2ª, 3ª i 4ª. Sota aquesta cobertura es denuncia la sentència impugnada en estimar que infringeix l'obligació de fer els pronunciaments corresponents a les pretensions de les parts litigants, i, de determinar les quantitats objecte de condemna sense deixar cap concreció pel període d'execució. Des d'aquesta perspectiva, s'impugna que es deixés per aquell període la determinació d'unes despeses extraordinàries i de quantia il·líquida.

Una lectura de la part dispositiva de la sentència dictada en Primera Instància, que en aquest aspecte no fou alterada per la de l'Audiència, permet afirmar que dintre l'anterior concepte s'inclourien les despeses que comportessin les activitats extraescolars que, en el moment de la ruptura matrimonial, ja estaven organitzades per l'escola o bé, ja estaven pactades pels pares. També s'haurien d'incloure dins d'aquest apartat l'abonament per part del pare de les activitats extraescolars que els progenitors pactin pel futur, tal com concreta en la Part Dispositiva la sentència de Primera Instància que en aquest aspecte és íntegrament confirmada per l'Audiència Provincial, s'ha d'entendre en el futur. Finalment, la mútua mèdica dels fills, i totes les despeses sanitàries que no fossin cobertes per la seguretat social, en aquest aspecte remarca la Part Dispositiva

d'aquella sentència que l'elecció d'un determinat servei mèdic ha d'ésser sempre consensuat entre els progenitor, salvant els supòsits d'emergències mèdiques.

Arribats a aquest moment, és escaient transcriure l'article 209 de la Llei d'enjudiciament civil, el qual, sota la rúbrica de: "regles especials sobre la forma i contingut de les sentències", diu:

"Las sentencias se formularán conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y con sujeción, además, a las siguientes reglas:

- 4. El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley".*

De la transcripció de l'apartat que ara interessa de l'article 209 de la Llei d'enjudiciament civil, es fa patent que la dita norma de 7 de gener de 2000, davant de l'excés en què s'havia incidit, ja en el moment de formular les pretensions davant d'un òrgan judicial en no concretar suficientment el "petitum" del que se sol·licitava que es deixava per la fase executòria, ja en el moment de dictar la part dispositiva de les resolucions, reservant pel susdit període d'execució de sentència actuacions que, en certs casos comportaven més

problemàtica que el dictat de la mateixa, anuncia en l'exposició de motius:

"En el capítulo relativo a las resoluciones judiciales, destacan como numerosas innovaciones las relativas a su invariabilidad, aclaración y corrección. Se incrementa la seguridad jurídica al perfilar adecuadamente los casos en que estas últimas proceden y se introduce un instrumento para subsanar rápidamente , de oficio o a instància de parte, las manifiestas omisiones de pronunciamiento, completando las sentencias en que, por error, se hayan cometido tales omisiones.

La Ley regula este nuevo instituto con la precisión necesaria para que no se abuse de él y es de notar, por otra parte, que el precepto sobre forma y contenido de las sentencias aumenta la exigencia de cuidado en la parte dispositiva, disponiendo que en ésta se hagan todos los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes sin permitir los pronunciamientos tácitos con frecuencia envueltos hasta ahora en fundamentos jurídicos".

Malgrat tot en el cas que ara es debat, no poden ésser estimats els interessos de la recurrent, ja que, en cap cas resulten obviades les anteriors exigències legals, donat que la sentència es tant completa, clara i precisa com li permet el tema que es tracta en aquest debat, un tema de dret semi- públic on juguen interessos necessitats d'especial protecció com son els dels fills del matrimoni litigant.

A saber:

- a) *"El padre abonará la cantidad de 1200 Euros mensuales, en concepto de **alimentos** para sus hijos (600 Euros para cada uno). Tal cantidad se abonará en la cuenta corriente que*

designe la perceptora, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y será revisada anualmente conforme el IPC.

Asimismo el padre abonará todos los gastos que comporte la educación de sus hijos, incluyendo las actividades que organice el colegio y las actividades extraescolares que realicen los menores en el momento presente. Asimismo abonará el importe de las actividades extraescolares que los progenitores acuerden en el futuro. Será también a cargo del Sr. C. el abono del equipamiento didáctico, informático, deportivo o de cualquiera otra clase necesario para el desarrollo de las actividades pedagógicas y extraescolares de los menores.

También el padre abonará la mutua médica de los niños y todos los gastos sanitarios que precisen que no estén cubiertos por la misma ni por la Seguridad Social; recordando a las partes que la elección de un determinado servicio médico ha de ser consensuado siempre por ambos progenitores, salvo en el caso de urgencia”.

- b) L'anterior declaració que conté tant la part dispositiva de la sentència de Primera Instància com la de segona, es justifica en aquesta darrera que diu:

"deestimación de la pretensión relativa a los gastos extraordinarios por cuanto al pago de los mismos, aún ser los imprevistos y necesarios para los menores, se obligó el ahora recurrente, sin que todos los gastos médicos puedan considerarse incardinables en el concepto amplio de alimentos, al menos, en cuanto a la determinación cuantitativa de la pensión alimenticia, por cuanto la realidad social pone de manifiesto que puede presentarse la necesidad de hacer frente

a determinados gastos médicos o farmacéuticos que no se hallen cubiertos por la Seguridad Social, incluso por la mutua médica privada, y sin que ello suponga, como también aduce el recurrente, una condena de turuto, sino una condena de pago de una obligación fácilmente determinable mediante la aportación de los correspondientes justificantes de su importe, que encuentra su encaje en lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que se dable esperar a que se produzca el gasto extraordinario, caracterizado por su imprevisibilidad y necesidad, para que haya de determinarse la obligación de su abono por los progenitores, o, como ocurre en el caso de autos por haberlo así asumido el padre, por uno de ellos, al que, en caso de incumplimiento, podrá serle exigido por la vía ejecutiva, sin necesidad de liquidación más que mediante la aportación, en el procedimiento ejecutivo, de la factura o del importe de su devengo”.

- c) Aquesta Sala vol afegir que en el cas tractat, la declaració de la part dispositiva de la sentència de l'Audiència, pel que fa a les despeses dels dos fills fruit del matrimoni que ha estat declarat dissolt, no té com a causa la voluntat de l'òrgan decisor de no deixar de forma totalment concretada el pagament per part del pare de certes quantitats econòmiques, que podrien consistir, a títol d'exemple en: les activitats extraescolars que els progenitor acordin en el futur, l'equipament didàctic, informàtic, esportiu, o de qualsevol altre classe necessari pel desenvolupament de les activitats pedagògiques i extraescolars dels menors, o les despeses sanitàries que es podrien considerar de caràcter extraordinari (parafrasejant la sentència de Primera Instància).

- d) Considera també aquest Tribunal que el caràcter tuitiu del dret de família en quan afecta a l'interès del menor, justifica suficientment que en període d'execució el Jutgador hagi de decidir, quines són les activitats extraescolars consensuades entre els cònjuges, o l'equipament necessari per el desenvolupament de dites activitats o, en el seu cas, aquelles despeses mèdiques que per la seva gravetat o urgència no han pogut ésser satisfetes per la seguretat social, sempre tenint en compte la voluntat dels pares i l'interès superior dels menors d'acord amb el principi "*favor filii*".
- e) Certament estem davant de despeses un tant inconcretes pel que fa a la quantia i el moment pertinent, però en no haver-hi indicis de inseguretat jurídica, la necessitat de concreció de les sentències no pot suposar una minva dels interessos superiors dels menors.

Les anteriors consideracions comporten el decaïment del motiu del recurs i amb ell de tot el per infracció processal.

SISÈ.

En el primer motiu de cassació i a l'empara de la concurrència d'interès cassacional per manca de doctrina d'aquest Tribunal, al·lega la part recurrent que la sentència dictada per l'Audiència infringeix els articles 4 i 5 del Codi de família català en relació amb els articles 76.3.c) i 83.2.a) del mateix text legal.

En concret el motiu del recurs considera infringits els esmentats preceptes legals pel fet que diu que una vegada trencat el vincle matrimonial en virtut del divorci, no es possible que un dels cònjuges,

en aquest cas l'ara recurrent, Sr. C. , segueixi fent front a les despeses d'ús de l'habitatge que fou conjugal, ja que al seu entendre aquestes constitueixen aliments i com és sabut els aliments s'extingeixen entre els cònjuges amb la ruptura del vincle que els unia.

Es precisa que les despeses de consum de l'habitatge, en concret aigua, llum, calefacció, o telèfon produïdes en la llar familiar, no poden ésser atribuïdes al cònjuge que no té l'ús del mateix, no oblidem que en el supòsit de la contesa l'ús està atribuït a la mare i als fills menors. Contràriament a aquesta circumstància la part que recorre raona que les despeses que graven la propietat, a títol d'exemple d'amortització d'un préstec hipotecari sobre l'habitatge, l'Ibi, la comunitat de propietaris, en no ésser aliments, sí que han de recaure sobre el Sr. C. que és el propietari de la finca.

Al respecte escau dir:

- a) que si bé és cert que hi ha doctrina jurisprudencial que considera que amb la dissolució del matrimoni no es pot parlar de despeses familiars (S APB 21.2.1996, 3.12.1996, 25.3.1997) aquesta doctrina no és unànime, i per altra banda aquest debat s'ha de relacionar amb el que disposa l'article 76.3.c) del Codi de família, tot recordant, a més que la dissolució del matrimoni no extingeix en cap cas les obligacions derivades de la filiació.
- b) que en el supòsit debatut hi ha un pacte o negoci jurídic en virtut del qual el recurrent va assumir en concepte de càrregues del matrimoni el pagament de les despeses de consum de l'habitatge familiar, on conviuen la Sra. C. i els seus fills menors, consegüentment ha d'estar a allò que va convenir en

el seu dia donat que no es vulneren drets de caràcter indisponible.

Arribats a aquest punt s'ha d'afegir que si en la resta (com es desprèn de tot l'anteriorment raonat) la sentència de Primera Instància (que s'ha de ratificar íntegrament com tot seguit veurem) respectà després d'interpretar-lo aquell conveni, no podem ara alterar-lo, quan tampoc es justifica per quin motiu escauria, donat que es destruirien l'equivalència de prestacions que comporta tot contracte bilateral, que quedaria afectada.

Per tot això ha de decaure el motiu del recurs.

SETÈ.

En el segon i darrer motiu de cassació la part recurrent denuncia la infracció de l'article 41 del Codi de família en mostrar el seu desacord en què la sentència que es recorre fixés el dret previst en l'article 41 del Codi de família català en base a un document que va ésser aportat en seu de mesures provisionals, que segons diu, no està datat, no està signat pels cònjuges i que no conté un contingut clar i específic suficient per a fixar la compensació del susdit precepte legal.

Escau posar de relleu que el motiu està redactat de forma tant confosa que una sola lectura del mateix aboca al seu rebuig.

Certament, en primer lloc, si es tractés d'una qüestió processal en denunciar l'aportació d'un document de forma extemporània, cal dir que aquesta denuncia no es pot tractar en seu de cassació i que, a més ja fou clarament rebutjada per l'Audiència en dir que es en la demanda o reconvenció quan la LEC preveu que s'ha d'aportar la documental, tal com succeí. Per altra banda, no es el moment d'anar contra els seus propis actes i oblidar que el Sr. C. tal com diu

l'Audiència reconegué el document que ara qüestiona i acceptà part del seu contingut.

En segon lloc si es tractés d'un atac a la quantia de la compensació econòmica determinada per l'Audiència, no s'entén que el recurs digui que s'ha de respectar la voluntat de les parts, i que no estigui d'acord amb el que fixà la sentència de Primera Instància.

Però es que, escau afegir que en el succint motiu del recurs semblaria que la recurrent accepta el contingut de la sentència de Primera Instància i no el de la de segona que incidí en incongruència, segons allò que s'ha dit en seu de infracció processal.

Corol·lari de tot això es que el motiu del recurs només permet fer extensiu a l'aspecte substantiu la infracció processal produïda per la sentència de l'Audiència, segons s'ha raonat més amunt, però no dona base per modificar la indemnització que a l'empara del citat article 41 fixà l'Audiència, és per aquesta circumstància que només és procedent l'estimació en part del motiu del recurs, d'acord al raonat en fase de infracció processal.

VUITÈ.

És procedent ara abordar els recursos per infracció processal i de cassació interposats contra la sentència de l'Audiència per la senyora Maria del Mar C. A., havent de fer paleses les següents argumentacions:

- 1- Si la sentència de l'Audiència Provincial no hagués incidit en un pronunciament incongruent o "*extra petita*" d'acord al que hem raonat més amunt, el recurs de la Sra. C. A. no s'hagués presentat, o, en cas de fer-ho hagués estat inadmiss, pel fet que la susdita recurrent acceptà la

sentència de Primera Instància i no estaria legitimada per a recórrer ara "*per saltum*".

2- Corregida la incongruència denunciada en el recurs per infracció processal i de cassació presentats per la contraria, deixen de tenir sentit els recursos de la senyora C. A..

3- Podríem encara afegir que els motius dels recursos van encaminats a anul·lar la sentència de l'Audiència i obtenir la ratificació de Primera Instància, cosa que es portarà a terme tot seguit, conseqüentment s'estimen els interessos de la recurrent. Nogensmenys no té sentit que en el petitum del recurs es determini una quantitat en concepte de compensació econòmica quan en Primera Instància no es determinà, però aquesta circumstància només pot obeir a un error de la part recurrent en resultar contradita la seva fixació en la resta del recurs.

Tots aquests arguments condueixen a estimar en part el recursos per infracció processal i de cassació analitzats i anul·lar la sentència objecte dels mateixos.

NOVÈ.

Pel que fa a les costes processal, en virtut de l'establert en els articles 394 i 398 de la Llei d'enjudiciament civil, i tenint en compte les peticions que esgrimeixen les recurrents en els seus respectius recursos: no escau fer expressa condemna, ni de les de Primera Instància, ni de les causades davant de l'Audiència ni tampoc pel que fa a aquest grau cassacional,

Conseqüentment,

PART DISPOSITIVA

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

ESTIMAR EN PART ELS RECURSOS PER INFRACCIÓ PROCESSAL I DE CASSACIÓ interposats pel procurador senyor Antonio de Anzizu Furest en nom i representació del senyor Roger C. H. i pel procurador senyor Angel Joaniquet Ibarz en nom i representació de la Sra. M^a del Mar C. A. i conseqüentment **ANUL·LAR** la sentència dictada per Secció XII de l'Audiència Provincial de Barcelona dictada amb data 5 de desembre de 2008, en el rotlle d'apel·lació número 360/2008-R , i, **CONFIRMAR** íntegrament la sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància número 4 de Mataró en els autes de procediment contenciós de divorci 1719/2006, secció primera, tot això sense fer especial pronunciament pel que fa a les costes de segona instància ni tampoc pel que afecta a les causades en aquest grau cassacional.

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

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.