

**JURISPRUDÈNCIA CIVIL  
DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA**

**2003**

**LLUÍS PUIG I FERRIOL**  
MAGISTRAT DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA



Generalitat de Catalunya  
**Departament de Justícia**



JURISPRUDÈNCIA CIVIL  
DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

— 2003 —

LLUÍS PUIG I FERRIOL  
MAGISTRAT DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA



Generalitat de Catalunya  
**Departament de Justícia**



## Índex sistemàtic

### Primera part INTRODUCCIÓ

#### EL RECURS DE CASSACIÓ DAVANT LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DURANT L'ANY 2003

<b>I. RESOLUCIONS EN MATÈRIA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DURANT L'ANY 2003 . . . . .</b>	<b>3</b>
<b>II. LA CASSACIÓ CIVIL DAVANT DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DURANT L'ANY 2003 . . . . .</b>	<b>4</b>
1. En matèria de dret de la persona i de la família . . . . .	5
1.1 Filiació . . . . .	5
1.2 Tutela . . . . .	5
1.3 Despeses familiars . . . . .	6
1.4 Compres amb pacte de supervivència . . . . .	6
1.5 Protecció de l'habitatge familiar . . . . .	7
1.6 Aliments en les situacions de crisi matrimonial . . . . .	7
1.7 Pensió compensatòria . . . . .	8
1.8 Compensació econòmica per raó de treball . . . . .	10
2. En matèria de dret successori . . . . .	11
2.1 Posició jurídica de l'hereu . . . . .	11
2.2 Capacitat per a testar . . . . .	11
2.3 Llegats . . . . .	11
2.4 Llegítima . . . . .	12
3. En matèria de drets reals . . . . .	12
3.1 Accessió immobiliària . . . . .	12
3.2 Usucapió . . . . .	13
3.3 Dret real de servitud . . . . .	13
3.4 Usdefruit . . . . .	14
3.5 Emfiteusi . . . . .	14
4. En matèria d'obligacions i contractes . . . . .	15

Segona part  
**JURISPRUDÈNCIA CIVIL**

690	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 9 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia per a conèixer del recurs. Tutela judicial efectiva dels drets fonamentals . . . . .	19
691	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 9 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació basat en l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: requisits . . . . .	21
692	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 9 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs . . . . .	23
693	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 9 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs de revisió: competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer d'aquest recurs extraordinari . . . . .	25
694	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . .	27
695	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . .	29
696	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació: inadmissió quan es fonamenta en la infracció de preceptes que possibiliten la interposició del recurs extraordinari per infracció processal . . . . .	32

697	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 20 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació . . . . .	35
698	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 23 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs extraordinari per infracció processal: improcedència de la queixa . . . . .	37
699	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 30 DE GENER DE 2003</b>	
Recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs. . . . .	39
700	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 3 DE FEBRER DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència de la queixa. Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència quan es fonamenta en la infracció de preceptes que possibiliten la interposició del recurs extraordinari per infracció processal. . . . .	41
701	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 3 DE FEBRER DE 2003</b>	
Recurs de queixa: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs. . . . .	44
702	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE FEBRER DE 2003</b>	
Recurs de revisió: competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer d'aquest recurs extraordinari . . . . .	46
703	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE FEBRER DE 2003</b>	
Recurs de cassació basat en la quantia: requisits. Recurs de cassació fonamentat en la manca de jurisprudència: improcedència . . . . .	48

704		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 3 DE FEBRER DE 2003</b>	
	Qüestió de competència territorial negativa derivada d'un procediment monitori: competència de l'organisme jurisdiccional del lloc on s'ha pogut practicar el requeriment de pagament. . . . .	51
705		
	<b>SENTÈNCIA DE 10 DE FEBRER DE 2003</b>	
	<i>Montserrat L.F. / Josep P.S.</i>	
	Compensació econòmica per raó de treball: finalitats. Compensació econòmica per raó de treball: el requisit de l'enriquiment injust. Pensió compensatòria en les situacions de crisi matrimonial: determinació del seu import. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: facultats de l'Audiència Provincial respecte a l'admissió del recurs. Tutela judicial efectiva.- Principi dispositiu.- <i>Iura novit curia</i> . . . . .	53
706		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE FEBRER DE 2003</b>	
	Recurs de revisió: competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia per a conèixer d'aquest recurs extraordinari . . . . .	61
707		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE FEBRER DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . .	63
708		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE FEBRER DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . .	66
709		
	<b>SENTÈNCIA DE 13 DE FEBRER DE 2003</b>	
	<i>Pilar C.V. / Joan V.P.</i>	
	Principis que informen la legislació catalana sobre filiació. Retroactivitat de les normes del Codi de família sobre filiació: determinació del seu abast. Acció d'impugnació de la paternitat matrimonial: caducitat de l'acció i qüestions de dret transitori. Indefensió . . . . .	68
710		
	<b>SENTÈNCIA DE 13 DE FEBRER DE 2003</b>	
	<i>Ramon T.R. / Josep M.B.</i>	
	Concepte de família segons la Constitució. Compres amb pacte de supervivència:	



naturalesa jurídica i finalitats. Compres amb pacte de supervivència: poden convenir-les persones que formen una unió estable de parella. Diferències entre les compres amb pacte de supervivència i les donacions per causa de mort. Nul·litat dels pactes sobre successió no oberta: determinació del seu abast. Irretroactivitat de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella. Interpretació de la llei. Recurs de cassació: no escau contra els *obiter dicta* de la sentència recorreguda. . . . . 74

711

**INTERLOCUTÒRIA DE 20 DE FEBRER DE 2003**

Recurs de cassació interposat sobre la base de la quantia: inadmissió . . . . . 80

712

**INTERLOCUTÒRIA DE 24 DE FEBRER DE 2004**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau amb independència que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia. . . . . 84

713

**SENTÈNCIA DE 24 DE FEBRER DE 2004**

*Josep M. C.L. / Pilar C.G.*

Protecció de l'habitatge familiar: qüestions de dret transitori. Atribució de l'ús de l'habitatge familiar per resolució judicial: procedència de l'acció de divisió de cosa comuna quan l'habitatge pertany a ambdós cònjuges per meitats indivises. Interpretació de la llei. Fraus de llei. Abús de dret. Competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs de cassació. Congruència: manca de congruència per haver-se resolt *ultra petitum*. Costes: escau una condemna en costes, encara que no es demani, sense incórrer en incongruència . . . . . 88

714

**INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE FEBRER DE 2003**

Recurs de revisió: desistiment . . . . . 96

715

**INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE FEBRER DE 2003**

Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . . 98

716

**INTERLOCUTÒRIA DE 3 DE MARÇ DE 2003**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . . 101

717

**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE MARÇ DE 2003**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per oposar-se a jurisprudència de les audiències provincials: requisits . . . . . 103

718

**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE MARÇ DE 2003**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs . . . . . 106

719

**SENTÈNCIA DE 10 DE MARÇ DE 2003**

*Ramos M.C. / Carles B.P.*

Compensació econòmica per raó de treball: finalitats i requisits. Incidència de les inversions patrimonials fetes per un cònjuge a favor de l'altre a l'hora de calcular l'import de la compensació econòmica per raó de treball. . . . . 108

720

**SENTÈNCIA DE 17 DE MARÇ DE 2003**

*M. Àngels i Engràcia M.P. / Josep M. M.P. i altres*

Compres amb pacte de supervivència: es poden convenir en un contracte de renda vitalícia. Compres amb pacte de supervivència: adquisició automàtica pel supervivent de la meitat del cònjuge premort. Donacions entre cònjuges: qüestions de dret transitori sobre la seva validesa. Contracte aleatori: naturalesa jurídica. Acció de petició d'herència: objecte i determinació del seu abast. Registre de la Propietat: caràcter no constituït de la inscripció registral. Fonts del dret civil català: abast del Codi civil com a dret supletori. Tutela judicial efectiva. Indefensió: modalitats i determinació del seu abast. Recurs de cassació: no escau contra els *obiter dicta* de la sentència recorreguda . . . . . 113

721

**INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE MARÇ DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs de cassació amb independència que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia . . . . . 124

722

**INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE MARÇ DE 2003**

Recurs de queixa per no tenir-se per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: admissió del recurs per manca de jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya . . . . . 127

723	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE MARÇ DE 2003</b>	
Recurs de revisió: competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer d'aquest recurs extraordinari . . . . .	130
724	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 24 DE MARÇ DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no admetre's el recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs de queixa . . . . .	132
725	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 24 DE MARÇ DE 2003</b>	
Recurs de queixa: inadmissió per haver-se interposat fora de termini. . . . .	134
726	
<b>SENTÈNCIA DE 26 DE MARÇ DE 2003</b>	
<i>M. Josepa, G.R. / Josep E.A.</i>	
Compensació econòmica per raó de treball: finalitats i el requisit de l'enriquiment injust. Recurs de cassació: determinació del seu abast. Recurs de cassació: admissibilitat. Congruència: no es pot al·legar en els casos d'errors materials . . . . .	136
727	
<b>SENTÈNCIA DE 27 DE MARÇ DE 2003</b>	
<i>Joaquim T.G. / Montserrat A.F.</i>	
Recurs de revisió: caducitat del recurs i la seva naturalesa jurídica. Computació del termini de caducitat. Recurs de revisió sobre la base de maquinacions fraudulentas: ha de referir-se a actuacions alienes al procés . . . . .	143
728	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no tenir preparat el recurs de cassació basat en l'interès casacional: escau el recurs amb independència que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia . . . . .	148
729	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no tenir preparat el recurs de cassació basat en l'interès casacional: escau el recurs amb independència que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia . . . . .	151

730	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003</b>	
	Recurs de queixa per haver-se denegat la preparació del recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal: desestimació de la queixa. . . . .	153
731	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència del recurs . . . . .	155
732	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: inadmissió per no complir l'escrit de preparació del recurs els requisits que exigeix la llei. . . . .	157
733	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 7 D'ABRIL DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència del recurs. Recurs de cassació: no escau contra els <i>obiter dicta</i> de la sentència recorreguda. Principi de contradicció. Diferències entre el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal. . . . .	160
734	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 10 D'ABRIL DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència del recurs. Diferències entre el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal . . . . .	164
735	<b>SENTÈNCIA DE 14 D'ABRIL DE 2003</b> <i>M. del Carme A.R. / Agustí G.F.</i>	
	Compensació econòmica per raó de treball: finalitats. Compensació econòmica per raó de treball i la seva procedència: necessitat de comparar els patrimonis d'ambdós cònjuges. Compensació econòmica per raó de treball: determinació del seu import . . . . .	167
736	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 14 D'ABRIL DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . .	173

737

**INTERLOCUTÒRIA DE 14 D'ABRIL DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació per a la tutela judicial dels drets fonamentals: improcedència de la queixa ..... 175

738

**SENTÈNCIA DE 24 D'ABRIL DE 2003**

*Esperança i un altre Q.O. / Rafael i un altre Q.O.*

Desheretament just: requisits, prova i efectes. Desheretament injust: efectes. Desheretament injust: legitimació activa i passiva quan s'exercita l'acció de desheretament injust. Pagament de la llegítima: càrrega de la prova. Acceptació tàcita de l'herència: requisits. Herència jacent: actes que pot realitzar el cridat que no suposen acceptació tàcita de l'herència. Desheretament condicional: ineficàcia. Delació hereditària: efectes. Tradició jurídica catalana. Congruència: modalitats i requisits ..... 177

739

**SENTÈNCIA DE 28 D'ABRIL DE 2003**

*Carles F.B. / Josep B.T. i altres*

Emfiteusi: naturalesa jurídica. Emfiteusi: necessitat de la pensió i el seu abast. Divisió del cens emfiteutic: obligatorietat de la divisió i les seves limitacions en relació amb els censos sense pensió. Contracte: interpretació..... 188

740

**INTERLOCUTÒRIA DE 28 D'ABRIL DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia. Recurs de cassació: requisits de l'escrit de preparació del recurs ..... 195

741

**INTERLOCUTÒRIA DE 28 D'ABRIL DE 2003**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs ..... 198

742

**SENTÈNCIA DE 5 DE MAIG DE 2003**

*M. del Pilar M.V. / Josep P.M.*

Pensió compensatòria en les situacions de crisi matrimonial: naturalesa jurídica, criteris per a la fixació del seu import i durada de la pensió. .... 201

743

**INTERLOCUTÒRIA DE 8 DE MAIG DE 2003**

Recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs. . . . . 206

744

**SENTÈNCIA DE 8 DE MAIG DE 2003**

*Antoni M.P. / Maria M.P.*

Dret de retenció en els casos d'accessió immobiliària: naturalesa jurídica. Bona fe del constructor. Facultats del titular del dret de retenció. Actes propis. Abús de dret. Recurs de cassació: qüestions noves en el recurs. Cosa jutjada: no es produeix en el procediment de l'article 41 de la Llei hipotecària . . . . . 208

745

**INTERLOCUTÒRIA DE 8 DE MAIG DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia . . . . . 213

746

**SENTÈNCIA DE 12 DE MAIG DE 2003**

*Josep D.M. / Teresa M.C.*

Autotutela: eficàcia. Tradició jurídica catalana. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional i recurs extraordinari per infracció processal: procedència. Recurs extraordinari per infracció processal amb referència a la valoració de la prova pericial i la prova documental: improcedència. . . . . 215

747

**SENTÈNCIA DE 15 DE MAIG DE 2003**

*Concepció C.V. / Hospital General de Catalunya, SA*

Despeses familiars pel sosteniment de la família: concepte i delimitació amb referència a les despeses per assistència mèdica. Responsabilitat solidària d'ambdós cònjuges pels deutes familiars. . . . . 224

748

**INTERLOCUTÒRIA DE 12 DE MAIG DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia . . . . . 228

749

**INTERLOCUTÒRIA DE 19 DE MAIG DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en la quantia: improcedència de la queixa. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs. . . . . 232

750

**SENTÈNCIA DE 19 DE MAIG DE 2003**

*Brígida L.H. i un altre /Immobilària Lles, SA*

Usucapió: possessió en concepte d'amo i la seva apreciació en el recurs de cassació. Interversió del concepte possessori: requisits. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. . . . . 234

751

**SENTÈNCIA DE 19 DE MAIG DE 2003**

*Amàlia P.S. / Motuin, SL*

Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: determinació del preu just en els casos d'opció de compra i compravenda posterior. Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: abast de la prova pericial. Opció de compra: naturalesa jurídica. Recurs de cassació: admissibilitat del recurs si les deficiències que s'esmenten no han produït cap mena d'indefensió. Recurs de cassació: admissibilitat del recurs per manca de doctrina consolidada de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya . . . . . 241

752

**SENTÈNCIA DE 22 DE MAIG DE 2003**

*M. Antònia C.T. / Lluís Xavier P.R.*

Simulació relativa: efectes de la compravenda que dissimula una donació. Causa del contracte: prova de la seva existència. Interpretació del contracte i la seva revisió en el recurs de cassació. Actes propis. Càrrega de la prova: la seva infracció s'ha de denunciar per la via del recurs extraordinari per infracció processal. Prova documental pública: determinació de la seva eficàcia . . . . . 249

753

**INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE MAIG DE 2003**

Recurs de cassació per infracció de precepte constitucional: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs. . . . . 258

754

**SENTÈNCIA DE 29 DE MAIG DE 2003**

*Jordi S.B. / Josep S.Z.i un altre*

Interpretació del contracte i la seva revisió en el recurs de cassació. . . . . 260

	755	
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE MAIG DE 2003</b>	
Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs . . . . .		266
	756	
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE MAIG DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: estimació de la queixa perquè escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o de la quantia . . . . .		268
	757	
	<b>SENTÈNCIA DE 2 DE JUNY DE 2003</b>	
	<i>Josep A. G.R. / Isabel F.R.</i>	
Pensió compensatòria en les situacions de crisi matrimonial i la seva renunciabilitat. Conversió de la pensió alimentícia en una pensió compensatòria com a conseqüència de la sentència de divorci. . . . .		271
	758	
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 2 DE JUNY DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: desestimació de la queixa. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o de la quantia . . . . .		276
	759	
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 5 DE JUNY DE 2003</b>	
Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . .		279
	760	
	<b>SENTÈNCIA DE 16 DE JUNY DE 2003</b>	
	<i>Gaspar V.C. i un altre / Carles A.F.</i>	
Emfiteusi: qüestions de dret transitori. Prescripció del dret real de cens i interrupció de la prescripció per inscripció del dret real del censalista. Emfiteusi: càrrega de la prova del pagament de les pensions. Recurs extraordinari per infracció processal: estimació per infracció de normes reguladores de la sentència. . . . .		282
	761	
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE JUNY DE 2003</b>	
Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs . . . . .		287



762

**INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE JUNY DE 2003**

Qüestió de competència territorial negativa derivada d'un procediment monitori: competència de l'organisme jurisdiccional del domicili o residència del deutor . . . . 289

763

**INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE JUNY DE 2003**

Recurs de cassació: improcedència del recurs per tractar-se de qüestions que en tot cas són susceptibles del recurs extraordinari per infracció processal . . . . . 291

764

**SENTÈNCIA DE 16 DE JUNY DE 2003**

Impugnació de la taxació de costes per indegudes: requisits de la minuta d'honoraris del lletrat. Impugnació de la taxació de costes per indegudes: improcedència d'excloure el concepte derivat del compliment del dret de defensa del client per un lletrat . . . . . 294

765

**SENTÈNCIA DE 16 DE JUNY DE 2003**

*M. Dolors B.S. / Josep M. B.R.*

Vinculació de l'hereu als actes propis del seu causant: determinació del seu abast. Principi de rogació. Incongruència interna de la sentència: improcedència de la seva al·legació. Recurs de cassació: qüestions noves en el recurs. Recurs de cassació: no es pot fonamentar en una pluralitat de preceptes heterogenis. Recurs de cassació: no es pot fonamentar en la infracció de preceptes genèrics. Recurs de cassació: sols escau contra les argumentacions que constitueixen la *ratio decidendi* de la sentència recorreguda . . . . . 297

766

**INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE JUNY DE 2003**

Recurs de revisió contra la diligència d'ordenació i de reposició en declaració de nul·litat de resolucions judicials: estimació . . . . . 305

767

**SENTÈNCIA DE 19 DE JUNY DE 2003**

*Lidia C.G. / Jordi C.B. i altres*

Recurs de revisió: naturalesa jurídica. Recurs de revisió fonamentat en l'obtenció de documents que incideixen sobre la qüestió litigiosa que no existien quan es va dictar la sentència que origina la revisió . . . . . 307

768

**INTERLOCUTÒRIA DE 23 DE JUNY DE 2003**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per manca de jurisprudència: improcedència del recurs. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: inadmissió per invocar-se un precepte que en tot cas podria fonamentar el recurs extraordinari per infracció processal. . . . . 312

769

**INTERLOCUTÒRIA DE 23 DE JUNY DE 2003**

Recurs de queixa: naturalesa jurídica i requisits. Recurs de queixa per no tenir preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional i el recurs extraordinari per infracció processal: improcedència . . . . . 315

770

**SENTÈNCIA DE 23 DE JUNY DE 2003**

*Virgínia V.P. / Tomàs S.P.*

Règim econòmic matrimonial de separació de béns: procedència de la compensació econòmica per raó de treball. Recurs de cassació: diferències amb el recurs extraordinari per infracció processal. . . . . 318

771

**INTERLOCUTÒRIA DE 26 DE JUNY DE 2003**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: improcedència del recurs . . . . . 323

772

**SENTÈNCIA DE 26 DE JUNY DE 2003**

*Alendar Immobles, SA / Pilar E.R. i altres*

Emfiteusi: qüestions de dret transitori. Extinció de l'emfiteusi per prescripció i interrupció de la prescripció per inscripció registral dels drets del censalista. Tradició jurídica catalana. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació: abast del formalisme en el recurs . . . . . 326

773

**INTERLOCUTÒRIA DE 26 DE JUNY DE 2003**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . . 334

774

**SENTÈNCIA DE 3 DE JULIOL DE 2003**

Impugnació de la taxació de costes per indegudes: improcedència pel fet que el lle-

trat ha presentat dues minuts d'honoraris diferents, l'una amb referència al recurs de cassació i l'altra en relació amb el recurs extraordinari per infracció processal . . . . 336

775

**INTERLOCUTÒRIA DE 7 DE JULIOL DE 2003**

Recurs de cassació: inadmissió per fonamentar-se en preceptes que en tot cas podrien fer viable el recurs extraordinari per infracció processal . . . . . 338

776

**INTERLOCUTÒRIA DE 7 DE JULIOL DE 2003**

Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: requisits . . . . . 340

777

**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE JULIOL DE 2003**

Recurs de cassació: diferències amb el recurs extraordinari per infracció processal . 344

778

**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE JULIOL DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: es pot interposar amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia . . . . . 346

779

**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE JULIOL DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional per manca de jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya: inadmissió de la queixa . . . . . 350

780

**INTERLOCUTÒRIA DE 14 DE JULIOL DE 2003**

Recurs de cassació per manca de jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya: inadmissibilitat . . . . . 352

781

**SENTÈNCIA DE 14 DE JULIOL DE 2003**

*Sergi P.S. / Xavier F.S.*

Règim jurídic de la filiació en el dret civil de Catalunya. Principis que informen la

legislació sobre filiació en el dret civil de Catalunya. Sentències fermes en matèria de filiació: retroactivitat del Codi de família. Importància de les proves biològiques en els procediments sobre filiació. Negativa a la pràctica de proves biològiques i la seva valoració. Tradició jurídica catalana. Recurs de cassació: diferències amb el recurs extraordinari per infracció processal. Jurisprudència a l'efecte del recurs de cassació. Cosa jutjada material: naturalesa jurídica i problemàtica de dret transitori derivada de la nova Llei d'enjudiciament civil. . . . . 354

782

**INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE JULIOL DE 2003**

Recurs de cassació: desistiment. . . . . 363

783

**INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE JULIOL DE 2003**

Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs . . . . . 364

784

**INTERLOCUTÒRIA DE 28 DE JULIOL DE 2003**

Demanda de responsabilitat civil contra jutges i magistrats: determinació de l'organisme jurisdiccional competent . . . . . 366

785

**INTERLOCUTÒRIA D'1 DE SETEMBRE DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència quan el recurs es fonamenta en preceptes que en tot cas podrien fer viable el recurs extraordinari per infracció processal. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs . . . . . 368

786

**INTERLOCUTÒRIA DE 4 DE SETEMBRE DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: desestimació de la queixa. . . . . 371

787

**SENTÈNCIA DE 18 DE SETEMBRE DE 2003**

*Joan R.R. i una altra / Margarida V.D.*

Constitució del dret real de servitud per signe aparent: la seva vigència en el dret civil de Catalunya. Constitució del dret real de servitud per signe aparent segons el dret romà i el *ius commune*. Tradició jurídica catalana. Interpretació del dret civil català:

determinació dels seus criteris interpretatius. Diferències entre llacunes legislatives i conjunts buits. Recurs de cassació: qüestions noves en el recurs . . . . . 373

788

**SENTÈNCIA DE 18 DE SETEMBRE DE 2003**

*Comunitat de Propietaris / Carme M.G. i altres*

Títol constitutiu de la propietat horitzontal: naturalesa jurídica. Modificació de les quotes fixades en el títol constitutiu de la propietat horitzontal: caducitat de l'acció. . . . . 380

789

**INTERLOCUTÒRIA DE 18 DE SETEMBRE DE 2003**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per manca de jurisprudència: improcedència del recurs. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: improcedència del recurs . . . . . 388

790

**SENTÈNCIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003**

*Jose M. P.T. / Rosa T.V. i un altre*

Usdefruit amb facultats de disposició: determinació de l'abast de les facultats dispositives de l'usufructuari. Diferències entre l'usdefruit amb facultats de disposició i el fideïcomís de residu. *Negotium mixtum cum donazione*: naturalesa jurídica. Diferències entre l'*arbitrium merum* i l'*arbitrium boni viri*. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya: irretroactivitat del seu article 304. Bona fe. Abús de dret: efectes . . . . . 391

791

**SENTÈNCIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003**

Impugnació de la taxació de costes per indegudes: improcedència d'incloure en la minuta d'honoraris de l'advocat de l'Estat la nota de drets del procurador dels tribunals, les funcions del qual ha exercit el mateix advocat de l'Estat . . . . . 399

792

**SENTÈNCIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003**

*Ceferina P.C. / Joan T.A.*

Atribució de l'ús de l'habitatge familiar en les situacions de crisi matrimonial: delimitació de l'abast de la temporalitat de l'atribució. Acció de divisió de cosa comuna: efectes en els casos d'atribució de l'habitatge familiar en les situacions derivades d'una crisi matrimonial . . . . . 402

	793	
	<b>SENTÈNCIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003</b>	
	<i>Antoni D.A. i un altre / Antoni L.I.</i>	408
Constitució del dret real de servitud per signe aparent: requisits . . . . .		
	794	
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003</b>	
Qüestió de competència territorial negativa derivada d'un procediment monitori: competència de l'organisme jurisdiccional del domicili del deutor. . . . .		413
	795	
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE SETEMBRE DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: inadmissió de la queixa . . . . .		416
	796	
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE SETEMBRE DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en la quantia: desestimació de la queixa . . . . .		419
	797	
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE SETEMBRE DE 2003</b>	
Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs . . . . .		421
	798	
	<b>SENTÈNCIA DE 2 D'OCTUBRE DE 2003</b>	
	<i>M. Lluïsa M.R. / Josepa P.M.</i>	
Constitució del dret real de servitud per signe aparent: la seva vigència en el dret civil català. Constitució del dret real de servitud per signe aparent segons el dret romà i el <i>ius commune</i> . Constitució del dret real de servitud per signe aparent en els casos de partició hereditària feta pel pare de família. Constitució del dret real de servitud per signe aparent i irretroactivitat de l'article 7è de la Llei 13/1990, de 9 de juliol. Constitució del dret real de servitud per signe aparent: requisits. Partició hereditària: naturalesa jurídica. Distinció entre llacunes legislatives i conjunts buits. Tradició jurídica catalana. Interpretació del dret civil de Catalunya: determinació dels seus criteris interpretatius . . . . .		423

799

**INTERLOCUTÒRIA DE 6 D'OCTUBRE DE 2003**

Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs . . . . . 430

800

**INTERLOCUTÒRIA DE 6 D'OCTUBRE DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació . . . . . 432

801

**INTERLOCUTÒRIA DE 9 D'OCTUBRE DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació . . . . . 434

802

**INTERLOCUTÒRIA DE 13 D'OCTUBRE DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'ha tramitat per raó de la matèria o de la quantia . . . . . 436

803

**SENTÈNCIA DE 16 D'OCTUBRE DE 2003**

*Vicenç T.S. / Joan Lluís L.T. i un altre*

Capacitat per testar: presumpció de capacitat del testador. Capacitat per testar: abast de l'apreciació notarial sobre capacitat del testador. Nul·litat del testament per existència de maniobres doloses sobre la voluntat del testador: desestimació. Acció reivindicatòria: necessitat de provar el dret de propietat. Recurs de cassació: abast del formalisme en el recurs. Recurs de cassació: diferències amb el recurs extraordinari per infracció processal. Tutela judicial efectiva: la seva infracció s'ha de denunciar per la via del recurs extraordinari per infracció processal. Congruència: la manca de congruència s'ha d'impugnar per la via del recurs extraordinari per infracció processal. Recurs extraordinari per infracció processal per denegació de determinades proves: abast de les facultats dels organismes jurisdiccionals sobre admissió de les proves proposades. Recurs extraordinari per infracció processal per no fer la sentència recorreguda una relació de fets provats: improcedència. Recurs extraordinari per infracció processal per vulneració de les normes sobre càrrega de la prova: improcedència. Recurs extraordinari per infracció processal per vulneració de les normes sobre valoració de la prova: desestimació. Recurs extraordinari per infracció processal per inaplicació de presumpcions judicials: desestimació. . . . . 439

804		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 20 D'OCTUBRE DE 2003</b>	
	Qüestió de competència territorial negativa en els procediments sobre incapacitació: competència de l'organisme jurisdiccional del lloc de residència del presumpte inca- paç. Domicili: concepte i requisits. . . . .	456
805		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 23 D'OCTUBRE DE 2003</b>	
	Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassa- cional: requisits. . . . .	459
806		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 23 D'OCTUBRE DE 2003</b>	
	Recurs de revisió: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer d'aquest recurs extraordinari . . . . .	463
807		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 27 D'OCTUBRE DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . .	466
808		
	<b>SENTÈNCIA DE 27 D'OCTUBRE DE 2003</b>	
	<i>Alfons C.Y. / Leonor M.F.</i>	
	Recurs de revisió: naturalesa jurídica. Recurs de revisió: caducitat i computació del termini. Recurs de revisió fonamentat en el recobriment de documents: estimació del recurs basat en un document posterior a la sentència que dona lloc a una prova bio- lògica de la no-paternitat. Filiació: principis que informen la normativa catalana sobre la matèria. Interpretació de la llei segons la realitat del temps present . . . . .	469
809		
	<b>SENTÈNCIA DE 28 D'OCTUBRE DE 2003</b>	
	<i>Marià R.M. / Matilde G.G.</i>	
	Pensió compensatòria en les situacions de crisi matrimonial: naturalesa jurídica. Pensió compensatòria: possibilitat d'augmentar-ne la quantia. Recurs de cassació: funcions . .	476
810		
	<b>SENTÈNCIA DE 3 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
	<i>Manuel S.C. / Àngela M.C.</i>	
	Aliments a favor dels fills majors d'edat en les situacions de crisi matrimonial: pro- cedència . . . . .	484



811	
<b>SENTÈNCIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
<i>Josep I.R. / Carme F.G.</i>	
Atribució de l'habitatge familiar en les situacions de crisi matrimonial: abast de l'obligació de fixar un termini de durada . . . . .	488
812	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs . . . . .	492
813	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer de la queixa . . . . .	495
814	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació . . . . .	496
815	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
Qüestió de competència territorial negativa derivada d'un procediment monitori: competència de l'organisme jurisdiccional del domicili o residència del deutor . . . .	498
816	
<b>SENTÈNCIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
<i>Esther G.A. / Antoni C.A.</i>	
Aliments a favor dels fills: naixement del dret a reclamar-los. Enriquiment injust. Sentència de divorci: caràcter constitutiu de la sentència i el seu abast . . . . .	500
817	
<b>INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
Recurs de queixa per no tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació . . . . .	507

818		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació . . . . .	509
819		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació . . . . .	511
820		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació . . . . .	513
821		
	<b>SENTÈNCIA DE 24 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
	<i>Enric S.Z. / Ciriac M.M. i un altre</i>	
	Llegat de diners: determinació del seu abast. Testament: interpretació. Recurs de cassació basat en la quantia: admissibilitat del recurs si la quantia ultrapassa de molt el límit que fixa la llei. . . . .	515
822		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de queixa per no tenir per preparat el recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer de la queixa . . . . .	522
823		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . .	524
824		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . .	526

825

**INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003**

Mesures cautelars en el tràmit del recurs de cassació: procedència. Mesures cautelars: finalitats ..... 528

826

**SENTÈNCIA D'1 DE DESEMBRE DE 2003**

*M. del Carme T.A. / Josep V.V.*

Pensió compensatòria: temporalitat. Pensió compensatòria: circumstàncies temporals que cal tenir en compte per a la seva fixació. Pensió compensatòria: la seva actualització exigeix instància de part. Congruència: requisits i modalitats. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació: no pot fonamentar-se en una pluralitat de preceptes heterogenis. Recurs extraordinari per infracció processal: no permet revisar la valoració de la prova. Recurs extraordinari per infracció processal: efectes de la seva estimació. Costes: criteris per a la seva imposició ..... 532

827

**SENTÈNCIA D'1 DE DESEMBRE DE 2003**

*Josep B.C. i altres / Jordi G.G.*

Emfiteusi: normativa vigent a Catalunya i les seves finalitats. Emfiteusi: qüestions de dret transitori. Prescripció del dret real de cens: interrupció de la prescripció per inscripcions registrals del dret de cens. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: es pot interposar amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia ..... 540

828

**SENTÈNCIA DE 4 DE DESEMBRE DE 2003**

*Lico Leasing, SA / Francesc A.B. i altres*

Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: exercici de l'acció rescissòria pels creditors del venedor per la via de l'acció subrogatòria. Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: n'escau l'exercici com a subsidiària de l'acció de simulació. Prova en la segona instància: improcedència segons la Llei d'enjudiciament civil de 1881. .... 549

829

**SENTÈNCIA DE 4 DE DESEMBRE DE 2003**

*Francesc G.G. / Iris XXI, SL*

Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: no escau l'acció rescissòria en els contractes en els quals el preu s'ha fixat en relació amb el caràcter aleatori de la cosa objecte del contracte. Actes propis. Fraud de llei. Recurs de cassació: diferències entre els motius del recurs i els requisits a l'accés cassacional. .... 555

830		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 4 DE DESEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs. ....	560
831		
	<b>SENTÈNCIA D'11 DE DESEMBRE DE 2003</b>	
	<i>Josep B.V. / M. del Carme G.C.</i>	
	Pensió compensatòria en cas de divorci: incrementació de l'import de la pensió. Diferències entre la pensió compensatòria i el dret d'aliments. ....	563
832		
	<b>SENTÈNCIA D'11 DE DESEMBRE DE 2003</b>	
	<i>Carles A.M. / Carme M.Q.</i>	
	Usucapió: necessitat de provar la possessió en concepte d'amo. Dret de propietat: no és suficient la constància cadastral per acreditar el dret de propietat. Diferències entre l'acció reivindicatòria i l'acció declarativa del domini. Actes propis. Mala fe processal: inexistència. Fraud de llei: requisits. Cosa jutjada: requisits. ....	572
833		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 15 DE DESEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials i per tractar-se de normes de vigència inferior a cinc anys: improcedència. ....	579
834		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 15 DE DESEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. ....	582
835		
	<b>SENTÈNCIA DE 15 DE DESEMBRE DE 2003</b>	
	<i>Residencias Costa Daurada, SA / Francesc C.M. i una altra</i>	
	Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: ineficàcia de la renúncia a l'exercici de l'acció rescissòria. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació: no escau quan s'invoca infracció de preceptes sobre valoració de la prova. . .	584
836		
	<b>INTERLOCUTÒRIA DE 18 DE DESEMBRE DE 2003</b>	
	Recurs de cassació: desistiment. ....	590

837

**INTERLOCUTÒRIA DE 18 DE DESEMBRE DE 2003**

Qüestió de competència territorial derivada d'una demanda d'elevació a escriptura pública d'un document privat: competència de l'organisme jurisdiccional del domicili del demandat. . . . . 591

838

**SENTÈNCIA DE 18 DE DESEMBRE DE 2003**

*Adolf F.F. / Carme L.V.*

Article 49 de la Compilació del dret civil de Catalunya: no és aplicable a la societat de guanys del Codi civil. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Prescripció extintiva: imprescriptibilitat de l'acció de divisió de cosa comuna. Recurs de cassació: no es pot fonamentar en una pluralitat de preceptes heterogenis. Recurs de cassació: no es pot fonamentar en preceptes generals sobre càrrega de la prova . . . . . 594

839

**INTERLOCUTÒRIA DE 22 DE DESEMBRE DE 2003**

Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació: improcedència de la queixa . . . . . 600

840

**INTERLOCUTÒRIA DE 22 DE DESEMBRE DE 2003**

Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia. Recurs de cassació basat en la quantia: determinació d'aquesta quan es reclama la llegítima i un llegat. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: requisits . . . . . 602

841

**SENTÈNCIA DE 22 DE DESEMBRE DE 2003**

*Francesc P.T. / Joan P.T.*

Computació legitimària: no escau deduir del valor dels béns hereditaris el valor del dret d'usdefruit establert pel testador per via de llegat. Intangibilitat de la llegítima. Recurs de cassació: no escau fer supòsit de la qüestió litigiosa . . . . . 607

842

**INTERLOCUTÒRIA DE 22 DE DESEMBRE DE 2003**

Recurs extraordinari per infracció processal: requisits. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits . . . . . 613

843

**SENTÈNCIA DE 29 DE DESEMBRE DE 2003**

*Concepció V.V. / Lluís V.V.*

Compensació econòmica per raó de treball: requisits. Diferències entre el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: requisits. Recurs de cassació fonamentat en la infracció de normes de vigència inferior a cinc anys: requisits. . . . . 616

844

**INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE DESEMBRE DE 2003**

Recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs. . . . . 621

Tercera part

**Índex de conceptes** . . . . . 624

**PRIMERA PART**

**INTRODUCCIÓ**





## **EL RECURS DE CASSACIÓ DAVANT LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DURANT L'ANY 2003**

### **I. RESOLUCIONS EN MATÈRIA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DURANT L'ANY 2003**

Aquest volum aplega les cent cinquanta-cinc resolucions que, com a Sala Civil, ha dictat la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya durant l'any 2003. Aquestes resolucions es refereixen a les matèries següents:

A) En matèria de recursos de cassació s'han dictat quaranta-sis sentències, de les quals vint-i-tres tracten de qüestions sobre dret de família segons el dret civil de Catalunya, cinc es refereixen a problemes de dret successori en matèries de dret català, onze resolen qüestions sobre drets reals d'acord amb la normativa catalana, quatre estableixen jurisprudència sobre dret civil català en matèria d'obligacions i contractes i les altres tres resolen qüestions sobre dret civil que fins ara no han estat objecte de regulació per part del legislador català. Esmentem, en relació amb aquest apartat, que disset de les sentències dictades estimen en tot o en part el recurs de cassació, mentre que les altres vint-i-nou el desestimen.

B) Amb referència al recurs extraordinari de revisió s'han dictat tres sentències, de les quals una estima el recurs i les altres dos el desestimen.

C) I per últim, en qüestions que fan referència a la impugnació de la taxació de costes per indegudes s'han dictat tres sentències, totes les quals desestimen la impugnació.

D) En matèria de recursos de cassació s'han dictat set interlocutòries, que són les assenyalades amb els números 690, 692, 753, 761, 783, 799 i 844, que delimiten l'àmbit competencial de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs de cassació; quaranta-una interlocutòries que resolen sobre l'admissibilitat o inadmissibilitat del recurs de cassació basat en l'interès cassacional, existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials, per raó de la quantia o per manca de jurisprudència, que s'identifiquen amb els números 691, 694, 695, 696, 703, 707, 708, 711, 712, 715, 716, 717, 718, 731, 732, 733, 734, 736, 740, 741, 755, 759, 768, 771, 773, 775, 776, 780, 785, 789, 797, 805, 807, 812, 823, 824, 830, 833, 834, 840 i 842; dues interlocutòries que resolen sobre el desistiment en el recurs de cassació, a les quals corresponen els números 782 i 836; deu interlocutòries que precisen les diferències entre el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal, que s'identifiquen amb els números 696, 700, 733, 734, 763, 768, 775, 777, 785 i 842, i una altra interlocutòria, la número 705, que precisa les facultats de l'Audiència Provincial respecte a l'admissió del recurs basat en l'interès cassacional.

E) En relació amb el recurs de queixa s'han dictat tres interlocutòries que estableixen la competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer d'aquest recurs, assenyalades amb els números 701, 813 i 822; vint-i-nou interlocutòries que resolen qüestions que es refereixen a la no-admissió a tràmit del recurs de cassació basat en

l'interès cassacional, que són les que s'identifiquen amb els números 797, 700, 721, 722, 728, 729, 730, 740, 745, 748, 749, 756, 758, 769, 778, 779, 785, 786, 795, 796, 800, 801, 802, 814, 817, 818, 819, 820 i 839; una interlocutòria que no admet el recurs de queixa per haver-se interposat fora de termini, la número 725; i quatre interlocutòries, amb els números 698, 724, 730 i 769, per no-admissió a tràmit del recurs extraordinari per infracció processal.

F) Sobre qüestions de competència territorial negativa s'han dictat quatre interlocutòries derivades del procediment monitori, amb els números 704, 762, 794 i 815; una interlocutòria, número 804, derivada del procediment d'incapacitació i una altra interlocutòria, número 837, derivada d'una demanda d'elevació a escriptura pública d'un document privat.

G) Respecte a la possibilitat de demanar mesures cautelars en el tràmit del recurs de cassació s'ha dictat la interlocutòria número 825.

H) La resolució número 784 determina l'organisme jurisdiccional competent per a conèixer d'una demanda sobre responsabilitat civil dels jutges i magistrats.

I) Sobre determinació de la competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs extraordinari per infracció procesal, s'han dictat les interlocutòries números 699, 724 i 743.

J) També en matèria de competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en aquest cas per a conèixer del recurs extraordinari de revisió, s'han dictat les cinc interlocutòries que s'identifiquen amb els números 693, 702, 706, 723 i 806; la interlocutòria número 766, en relació amb la diligència d'ordenació en declaració de nul·litat de resolucions judicials, i, finalment, la interlocutòria número 714, sobre desistiment del recurs de revisió.

Sembla oportú fer referència en aquest apartat al fet que la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya s'ha reafirmat en el criteri de mantenir la tesi de la procedència del recurs de cassació basat en l'interès cassacional, amb independència que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia, com resulta de les interlocutòries que resolen els recursos de queixa números 721, 728, 729, 740, 745, 748, 756, 758, 778 i 802 i de les interlocutòries sobre recurs de cassació que s'identifiquen amb els números 712 i 840.

## **II. LA CASSACIÓ CIVIL DAVANT DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DURANT L'ANY 2003**

En relació amb les quaranta-sis sentències que ha dictat la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en matèria de recursos de cassació, es fan en els apartats següents unes consideracions sobre qüestions de dret civil català que ha tingut ocasió de resoldre el Tribunal en l'àmbit del recurs de cassació, que permeten copsar en quina mesura han contribuït a complementar el dret propi de la nostra comunitat autònoma per la via de la seva interpretació i aplicació, ja que aquesta és la funció que assignen a la jurisprudència l'article 1.6 del Codi civil i l'article 477 de la Llei d'enjudiciament civil. Amb això també es vol posar en relleu que no es fa cap consideració respecte a les sentències assenyalades amb els números 752, 754 i 788 perquè resolen qüestions que no tenen una normativa pròpia en el dret civil català actual, i es tracta, per tant, de matèries sobre les quals la Sala Civil

del Tribunal Superior de Justícia no pot establir jurisprudència, segons resulta de l'article 477.3.II de la Llei d'enjudiciament civil.

## 1. EN MATÈRIA DE DRET DE LA PERSONA I DE LA FAMÍLIA

És la part del dret civil català que ha originat més recursos de cassació durant l'any 2003, que en aquest punt segueix el corrent que ja es va iniciar arran de la vigència de la Llei d'enjudiciament civil de l'any 2000, que permet que tinguin accés al recurs basat en l'interès cassacional les qüestions derivades de les crisis matrimonials, que abans es resolien en darrera instància en el recurs d'apel·lació. S'inclouen en aquest apartat les matèries següents:

### *1.1. Filiació*

La primera sentència que s'ha dictat sobre qüestions de filiació és la de 13 de febrer de 2003 (número 709), que té com a antecedents el naixement d'una filla l'any 1984, una sentència de separació dels pares de l'any 1991 i una sentència posterior de divorci de l'any 1993. La mare va interposar una demanda d'impugnació de la paternitat matrimonial, que va ésser desestimada en la primera instància i en el recurs d'apel·lació perquè es va considerar caducada l'acció impugnatòria segons l'article 107 del Codi de família. S'estima el recurs de cassació interposat per la mare, encara que s'admet que havia exercitat l'acció impugnatòria després d'haver-se escolat el termini de dos anys des del descobriment de les proves sobre les quals es fonamentava la impugnació segons la disposició transitòria tercera del Codi de família; de la qual es dedueix que la caducitat de l'acció s'havia produït el mes de febrer de l'any 1998 i com que segons la normativa aleshores vigent en el cas d'haver-se suspès la vida en comú i en els casos de nul·litat, separació o divorci (segons l'article 12.2 de la Llei de filiacions 7/1991, de 27 d'abril), però sense establir cap termini de caducitat per a l'exercici d'aquesta acció impugnatòria, conclou que quan va entrar en vigor el Codi de família el mes d'octubre de l'any 1998 l'acció encara no havia caducat, perquè es tractava d'una acció que encara no havia nascut.

La segona sentència en matèria de filiació és la de 14 de juliol de 2003 (número 781), que també considera qüestions de dret transitori. Es tracta en aquest cas d'una demanda de reclamació de paternitat no matrimonial exercida pel fill contra la mare i el presumpte pare, que té com a particularitat que ja s'havien rebutjat amb anterioritat dues demandes interposades per la mare, com a representant legal del fill aleshores menor d'edat, i una tercera demanda interposada pel fill quan ja era major d'edat sobre la base de litisconsorci passiu necessari (sentència d'aquesta mateixa Sala de 22 de juny de 1998). S'estima la quarta demanda interposada pel fill sobre reclamació de paternitat no matrimonial perquè, segons el punt tres de la disposició transitòria tercera del Codi de família, les sentències dictades a l'empara de la legislació anterior no produeixen excepció de cosa jutjada si la nova demanda es fonamenta en una norma establerta pel Codi de família o en un fet o en una prova només admesa a l'empara d'aquest.

### *1.2. Tutela*

En aquest apartat s'inclou una sola sentència, que és la de 12 de maig de 2003 (número 746), que té oportunitat de fer unes precisions sobre l'autotutela que regula l'article 172 del Codi de família. En el cas del recurs la mare havia atorgat una escriptura pública el dia 25 de gener de 1999, en la qual, en previsió que fos declarada incapaç, nomenava tutor de

la seva persona i béns el seu fill Josep, escriptura pública que probablement tenia el seu origen en el fet que uns quatre mesos abans l'altre fill, Joan, havia interessat la seva incapacitació judicial, pretensió que va ser desestimada. Aquest mateix fill va interposar l'any 2000 una segona demanda d'incapacitació de la seva mare, que va ésser estimada, en virtut de la qual l'organisme jurisdiccional va nomenar-lo tutor de la seva persona i administrador dels seus béns. La sentència de cassació, que confirma la recorreguda, confereix eficàcia a l'escriptura pública de l'any 1999, en la qual la mare nomena tutor el seu fill Josep i, per tant, deixa sense efectes el nomenament de tutor i d'administrador dels béns feta per l'organisme jurisdiccional a favor de l'altre fill, Joan.

### *1.3. Despeses familiars*

La sentència de 15 de maig de 2003 (número 747) estableix unes precisions sobre el concepte de despeses familiars, regulades a l'article 4 del Codi de família, amb particular referència a les despeses sanitàries, esmentades a l'apartat 1.c del precepte. Així, inclou en el concepte de despeses sanitàries la implantació d'una pròtesi com a conseqüència de la intervenció quirúrgica d'un aneurisma d'aorta, perquè el precepte esmentat no distingeix entre les despeses que podem anomenar *ordinàries* i les extraordinàries o imprevisibles, i les despeses derivades de malalties són en part extraordinàries, ja que suposen gairebé sempre una despesa afegida a les ordinàries pel sosteniment de la família. D'acord amb aquestes consideracions, el fonament de dret següent de la sentència de cassació, que confirma la tesi mantinguda per la sentència d'apel·lació, condemna la vídua a pagar les despeses derivades de la intervenció quirúrgica esmentada com a responsable solidària de les despeses familiars, segons l'article 8 del Codi de família.

### *1.4. Compres amb pacte de supervivència*

Aquesta peculiar institució catalana ha originat dos pronunciaments per part de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. El primer es troba a la sentència de 13 de febrer de 2003 (número 710), que té com a origen la compravenda amb un pacte de supervivència convinguda l'any 1985 a favor de dues persones unides per una unió estable de parella, que manifesten en l'escriptura pública de compravenda que s'havien casat en règim de separació de béns, amb la particularitat que la compradora es trobava separada de fet del seu marit i que la unió estable de parella s'havia perllongat durant més de vint anys. La compradora va morir l'any 1985 i va ser declarada hereva intestada la seva germana per resolució judicial de l'any 2000. Amb anterioritat, concretament l'any 1997, el vidu va ésser declarat hereu intestat de la seva esposa perquè havia amagat que els cònjuges es trobaven separats de fet des de feia molts anys, i en la seva condició d'hereu va interessar la nul·litat del contracte de compravenda amb pacte de supervivència per haver-lo convingut no unes persones que tenien la condició de cònjuges que vivien en règim de separació de béns, sinó unes persones que havien establert una unió estable de parella, pretensió que va ser desestimada. Posteriorment la germana que havia estat declarada hereva intestada de la compradora va interposar una segona demanda, en la qual interessava igualment la nul·litat de la compravenda amb pacte de supervivència per haver-la convinguda unes persones que no tenien la condició de cònjuges, pretensió que es desestima en les instàncies inferiors i que confirma la sentència de cassació, ja que considera que les finalitats protectores que persegueixen les compravendes amb pacte de supervivència no s'han de concretar a les relacions familiars que es deriven del matrimoni, especialment des de la vigència de la Constitució.

La sentència posterior de 17 de març de 2003 (número 720) precisa un altre aspecte interessant de les compres amb pacte de supervivència, que li permet posar en relleu que si bé en la seva regulació el pacte de supervivència sols es pot convenir en un contracte de compravenda, pot fer-se extensiu a altres contractes onerosos —en el cas del recurs, a un contracte de renda vitalícia— perquè en atenció al seu origen essencialment consuetudinari l'expressió *compra o compravenda* s'empra en el seu sentit vulgar i no en el seu aspecte tècnic. El fonament de dret segon de la sentència de cassació reitera el criteri que ja van mantenir les sentències anteriors de la Sala de 16 de juliol de 1992, 15 de febrer de 1994, 12 de febrer de 2001 i 29 de juliol de 2002, segons el qual no es pot al·legar el criteri tradicional de la nul·litat de les donacions entre cònjuges quan el legislador català ja ha optat pel criteri de la seva validesa; amb la precisió que el pacte de supervivència entre cònjuges no es pot qualificar de donació per la seva aleatorietat bilateral. Per últim, el fonament de dret setè de la sentència de cassació estableix la inoportunitat d'exercir l'acció de petició d'herència en relació amb el trasllat de les despulles de la mare dels litigants al cementiri d'una altra localitat, sense el consentiment del fill que ha estat part agent i després part recurrent.

#### *1.5. Protecció de l'habitatge familiar*

La protecció de l'habitatge familiar, que es deriva actualment de l'article 9 del Codi de família, i abans, de l'article 9 de la Compilació del dret civil de Catalunya redactat d'acord amb la Llei 8/1993, de 30 de setembre, apareix a tres sentències. La primera, de 24 de febrer de 2003 (número 713), té oportunitat de fer precisions sobre un tema important i controvertit, com és si escau la divisió de cosa comuna interposada pel marit respecte a l'habitatge familiar adquirit conjuntament pels dos cònjuges, que com a conseqüència de la crisi matrimonial s'atribueix a l'esposa. La sentència de cassació, que confirma la recorreguda, resol la qüestió litigiosa basant-se en l'article 9 de la Compilació del dret civil de Catalunya (text de l'any 1993), i amb invocació de la doctrina establerta pel Tribunal Suprem en relació amb l'article 1320 del Codi civil conclou que el dret d'interessar la divisió de cosa comuna exigeix en tots els casos respectar el dret d'ús de l'habitatge familiar establert en les mesures derivades d'una crisi matrimonial.

Per la seva part, la sentència posterior de 22 de setembre de 2003 (número 792) considera el problema derivat de l'atribució de l'habitatge familiar a l'esposa en el marc d'un judici de separació matrimonial, que segons la sentència de primera instància ha de perdurar mentre no es produeixi la venda del dit habitatge, mentre que la sentència d'apel·lació n'atribueix a l'esposa l'ús sense limitacions temporals. La sentència de cassació invoca l'abans esmentada de 24 de febrer sobre respecte del dret d'ús de l'habitatge familiar establert en les mesures derivades d'una crisi matrimonial quan s'exercita l'acció de divisió de cosa comuna; i afegeix que si bé una interpretació literal de l'article 83.b del Codi de família hauria de portar a la conclusió que el requisit de la temporalitat és inherent a l'atorgament de l'ús de l'habitatge familiar, es decideix en definitiva per la possibilitat de no establir un límit temporal, ja que el mateix precepte preveu que l'atribució de l'ús es faci "mentre duri la necessitat". La doctrina d'aquesta sentència es reproduïx essencialment en la posterior de la Sala de 6 de novembre de 2003 (número 811).

#### *1.6. Aliments en les situacions de crisi matrimonial*

La sentència de 3 de novembre de 2003 (número 810) té oportunitat de fer unes precisions respecte a l'article 76.2 del Codi de família, en el qual s'estableix que en els casos de

crisi matrimonial, si hi ha fills majors d'edat que no tenen ingressos propis que conviuen amb un dels progenitors, s'han de fixar els aliments que corresponguin segons l'article 259 del mateix Codi; i en relació amb el cas que origina el recurs, precisa el fonament de dret tercer de la sentència de cassació —que confirma la recorreguda— que per a l'exoneració de l'obligació de prestar aliments a càrrec del pare no convivent respecte del fill que ja ha assolit la majoria d'edat, no n'hi ha prou que el fill hagi entrat en el mercat de treball si els seus ingressos no arriben a cobrir les necessitats que assenyalen els articles 76.2 i 259 del Codi de família.

Per la seva part, la sentència de 6 de novembre de 2003 (número 816) té oportunitat de fer unes precisions respecte a l'inici del dret a reclamar aliments, que segons l'article 262 del Codi de família neix des que es necessiten, però no és extensiu als anteriors a la reclamació judicial o extrajudicial, degudament provada, criteri que la part que recorre en cassació considera que no és aplicable als aliments que es reclamen en els processos derivats d'una crisi matrimonial. La sentència de cassació resol, inicialment, que l'article 262 del Codi de família és un precepte d'aplicació general, del qual no estan exclosos els processos matrimonials; però considera no aplicable aquest criteri quan les mesures provisionals en les quals es reclamaven uns aliments no havien estat adoptades, malgrat haver-se demanat. Un dels magistrats que integraven la Sala va formular vot particular, ja que considerava que si l'organisme jurisdiccional no va adoptar les mesures cautelars que interessava com a definitives, la mare no va esgotar els recursos que li oferia la llei per tal d'esmenar aquesta resolució i, per tant, aquesta manca de diligència no havia de perjudicar la contrapart.

#### *1.7. Pensió compensatòria*

Durant l'any 2003 la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha tingut oportunitat de resoldre qüestions interessants amb referència a la pensió compensatòria que preveuen els articles 73.3.b i 84 del Codi de família. La primera sentència, de 5 de maig de 2003 (número 742), té com a antecedents una sentència de separació matrimonial que atribueix a l'esposa una pensió compensatòria sense fixar límit temporal, la qual modifica la sentència d'apel·lació en el sentit de fixar en dos anys la seva durada màxima. S'estima el recurs de cassació interposat per l'esposa i s'insisteix en la posició que ja havia adoptat la Sala en la seva sentència anterior de 4 de març de 2002, i que en definitiva es tradueix en el fet que la fixació d'una durada temporal de la pensió compensatòria és una facultat que la llei confereix als organismes jurisdiccional, però en cap cas opera com un imperatiu legal.

Per la seva part, la sentència de 2 de juny de 2003 (número 757) es refereix a un supòsit en el qual en el tràmit d'una separació judicial es va aprovar el conveni regulador, que preveia el pagament a l'esposa d'una quantitat en concepte d'aliments i la renúncia per part d'ambdós cònjuges a reclamar la pensió compensatòria que preveu l'article 97 del Codi civil. Posteriorment es va dictar sentència de divorci, que va establir una pensió compensatòria a favor de l'esposa, pronunciant que va revocar la sentència d'apel·lació basant-se en la renúncia que apareix en el conveni regulador de la separació matrimonial. S'estima el recurs de cassació interposat per l'esposa, perquè si bé és cert que, com va establir la Sala en la seva sentència de 4 d'octubre de 2001, la pensió compensatòria fixada per als casos de crisi matrimonial és renunciabile, també ho és que si la sentència de divorci determina l'extinció de la pensió vitalícia per trencament del vincle matrimonial, la seva extinció deixa

sense fonament escaient la renúncia a la pensió compensatòria, atès que es va fer perquè les necessitats de l'esposa ja eren cobertes per la pensió d'aliments, com ja va precisar la Sala amb anterioritat en la seva sentència de 4 de juliol de 2002.

En el cas que va originar la sentència de 28 d'octubre de 2003 (número 809), la sentència de separació matrimonial va atribuir a l'esposa i a les filles del matrimoni una quantitat mensual en concepte d'aliments i una altra quantitat en concepte de pensió compensatòria mensual, que s'havien d'actualitzar d'acord amb els paràmetres que esmentava. Amb posterioritat el marit va presentar una demanda incidental de modificació de mesures provisionals, en la qual interessava l'extinció de la pensió d'aliments, pretensió a la qual es va oposar l'esposa, que a la vegada va formular una demanda reconvençional, on interessava que la quantitat fixada en concepte d'aliments incrementés la pensió compensatòria a favor de l'esposa. La sentència de primera instància va estimar la demanda i va desestimar la reconvençió, pronunciant que va confirmar la sentència d'apel·lació. S'estima el recurs de cassació interposat per l'esposa, que pretenia un augment de la pensió compensatòria, encara que l'article 84.3 del Codi de família sols en preveu la disminució, després de relacionar aquest precepte amb l'article 100 del Codi civil, que preveu l'augment o la disminució de l'import de la pensió compensatòria. Un dels magistrats que integraven la Sala va formular vot particular, que fonamentava en el fet que les noves circumstàncies no poden determinar un augment de la pensió compensatòria, a menys que ho permeti la llei, ja que la quantitat més elevada suposa desequilibrar la situació jutjada en relació amb el cessament de la convivència.

La problemàtica entorn de la pensió compensatòria es reproduïx a la sentència d'1 de desembre de 2003 (número 826), que considera el supòsit d'haver-se interposat a la vegada recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal. S'estima aquest darrer i, per tant, es revoca la sentència recorreguda, que havia decretat que quan l'organisme jurisdiccional confereix la pensió compensatòria, d'ofici ha d'acordar les clàusules d'estabilització, encara que no s'hagin demanat de forma expressa. I amb referència al recurs de cassació es precisa que, segons l'article 84.1 del Codi de família, a l'hora de fixar l'import de la pensió compensatòria cal atènr-se al moment en què s'ha produït la crisi matrimonial, amb la conseqüència, doncs, que no escau prendre en consideració els esdeveniments posteriors, a menys que puguin justificar una reducció del seu import si el que rep la pensió passa a millor fortuna o qui la paga passa a pitjor fortuna. Per últim, el fonament de dret vuitè de la sentència de cassació es reafirma en el criteri mantingut per la Sala en resolucions anteriors on estableix que la fixació d'un límit temporal a la pensió compensatòria és una facultat, però no una obligació dels organismes jurisdiccionals.

Finalment, la sentència d'11 de desembre de 2003 (número 831) pren en consideració el problema de si es pot incrementar en el procediment de divorci la pensió compensatòria fixada en un procés anterior de separació matrimonial, en el qual s'havien atribuït a l'esposa una pensió compensatòria i un dret d'aliments, amb la particularitat que aquest darrer es va extingir després de la dissolució del vincle matrimonial com a conseqüència de la sentència de divorci. Es desestima el recurs de cassació interposat pel marit, contrari a la possibilitat d'augmentar l'import de la pensió compensatòria segons l'article 84.3 del Codi de família, amb invocació del criteri que ja havia mantingut la Sala en les seves sentències anteriors de 2 de juny i 28 d'octubre de 2003. Un dels magistrats que integraven la Sala va formular vot particular, que en part reproduïx el que va formular en relació amb la sentència de 28 d'octubre de 2003.

### 1.8. Compensació econòmica per raó de treball

Es tracta també d'una institució que ha originat un nombre significatiu de pronunciaments per part de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. La primera sentència que s'inclou en aquest apartat és la de 10 de febrer de 2003 (número 705), que estima en part el recurs de cassació interposat per l'esposa i li confereix el dret a obtenir la compensació econòmica per raó de treball que li havia negat la sentència d'apel·lació pel fet de no haver-se dedicat exclusivament a la casa, perquè el requisit de l'exclusivitat no l'exigeix l'article 41 del Codi de família. I en relació amb el requisit de l'enriquiment injust que apareix també en el mateix article, per tal que sigui procedent la compensació econòmica per raó de treball —que segons la sentència d'apel·lació no concorria en el cas del litigi o que en tot cas l'enriquiment no es podia qualificar d'injust— es precisa que ha d'operar com a conseqüència de la desigualtat patrimonial, és a dir, de la comparació dels patrimonis resultants d'ambdós cònjuges. Esmentem, finalment, que el fonament de dret tercer de la sentència de cassació reitera el criteri, al qual ja s'ha fet referència a l'apartat anterior, que els organismes jurisdiccionals tenen la facultat, però no l'obligació, de fixar els límits temporals de la pensió compensatòria *ex* article 84 del Codi de família.

Segueix en ordre cronològic la sentència de 10 de març de 2003 (número 719), que estima el recurs de cassació interposat per l'esposa i reconeix a aquesta el dret a obtenir la compensació econòmica per raó de treball atès que s'ha acreditat que havia treballat per a la casa i en el consultori del seu marit com a recepcionista, administrativa i infermera durant vint-i-dos anys, i no s'ha acreditat, en canvi, que hagués percebut una retribució directa per aquests treballs; i que si bé és cert que durant el matrimoni el marit va compensar l'esposa de forma indirecta per la via de posar a nom d'ella la meitat indivisa de l'habitatge familiar i la propietat exclusiva d'una plaça d'estacionament de vehicle, es considera en definitiva que aquestes inversions fetes pel marit en benefici de l'esposa han contribuït de forma parcial —no total— a esmenar el desequilibri econòmic que s'ha produït entre els esposos en el moment de la crisi matrimonial.

En el cas que va originar la sentència de 26 de març de 2003 (número 726), es desestima els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats pel marit. Amb referència al recurs de cassació interessa posar en relleu que es confirma el pronunciament de la sentència d'apel·lació, que reconeix a l'esposa el dret a percebre la compensació econòmica per raó de treball, després de fer una enumeració dels béns i drets que integren el patrimoni de cadascun dels cònjuges al temps de produir-se la crisi matrimonial i, també, després de constatar que els béns que integren el patrimoni de l'esposa s'havien adquirit amb càrrec a béns obtinguts pel treball, els negocis i les inversions fetes pel marit; però com que el treball realitzat per l'esposa en benefici de la família s'havia perllongat durant quaranta-un anys i en el moment de la ruptura matrimonial el patrimoni del marit era vint vegades superior al de l'esposa, considera que concorren els requisits necessaris que exigeix l'article 41 del Codi de família, segons els criteris establerts per la mateixa Sala en les seves sentències anteriors de 31 d'octubre de 1998, 27 d'abril de 2000, 1 de juliol i 21 d'octubre de 2002 i 10 de febrer i 10 de març de 2003.

La sentència de 14 d'abril de 2003 (número 735) estima el recurs de cassació interposat per l'esposa, que reclamava la compensació econòmica per raó de treball, i determina l'import de la compensació d'acord amb els criteris que ja havia establert la Sala en les seves sentències anteriors de 31 d'octubre de 1998, 27 d'abril de 2000, 10 de febrer i 26 de març de 2003. Consideracions que es poden fer extensives a la sentència de 23 de juny de 2003 (número 770), que desestima el recurs de cassació interposat pel marit i confereix a l'esposa el dret a obtenir



la compensació econòmica per raó de treball d'acord amb els paràmetres fixats per la sentència d'apel·lació, que s'ajusten als criteris sustentats per l'organisme jurisdiccional de cassació en les seves sentències anteriors de 31 d'octubre de 1998, 27 d'abril de 2000, 1 de juliol i 21 d'octubre de 2002, 10 de febrer, 10 i 26 de març i 14 d'abril de 2003. I també en la sentència de 29 de desembre de 2003 (número 843), que desestima el recurs de cassació interposat pel marit sobre la base de la seva disconformitat amb la sentència d'apel·lació, que atribuïa a l'esposa la compensació econòmica per raó de treball segons l'article 41 del Codi de família; ja que el criteri de l'Audiència Provincial sobre els requisits que poden originar-la, es considera que s'ajusta als criteris mantinguts per la Sala de cassació en la seva sentència de 27 d'abril de 2000.

## 2. EN MATÈRIA DE DRET SUCCESSORI

Les sentències que s'han dictat durant l'any 2003 sobre matèries referents al dret de successions per causa de mort es refereixen a:

### 2.1. *Posició jurídica de l'hereu*

S'inclou en aquest apartat la sentència de 16 de juny de 2003 (número 765), que desestima els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats contra la sentència de segona instància. Aquí interessa fer referència al recurs de cassació, i més concretament al seu motiu primer, en el qual s'al·legava infracció de l'article 1.II del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, segons el qual l'hereu resta vinculat als actes propis del causant; precepte que es creu infringit pel fet que la filla, que havia esdevingut hereva de la seva mare, havia exigint al seu pare que retés comptes de les quantitats que havia percebut l'esposa per la venda d'unes finques, el preu de les quals es va ingressar en un compte obert a nom del pare i de la mare. Es desestima el recurs pel fet que la filla adreça les seves pretensions contra el marit de la causant de la successió, sense que s'hagués acreditat el consentiment o la ratificació per part de la mare als actes dispositius realitzats pel marit ni que les extraccions de diners s'haguessin fet sota la signatura de la mare.

### 2.2. *Capacitat per a testar*

La sentència de 16 d'octubre de 2003 (número 803) recau en relació amb un supòsit en el qual s'havien interposat recurs extraordinari per infracció processal i recurs de cassació, que es desestimen. Aquí sols interessa fer referència al principi de capacitat del testador que apareix en el fonament de dret setè, en el qual es fa ressaltar que ni la seva debilitat mental ni les malalties que patia poden portar a entendre que no gaudia de capacitat per a testar, segons resultava de les proves practicades; després s'exposen unes consideracions sobre el judici de capacitat fet pel notari autoritzant de la disposició testamentària per via de remissió a la sentència de la Sala de 4 de febrer de 2002. Esmentem també el fonament de dret onzè, que refusa la pretensió de la part recurrent sobre declaració de nul·litat del testament per haver-lo atorgat el testador amb engany (segons preveu l'article 126.III del Codi de successions), refús que es fonamenta en el fet que la sentència recorreguda no considera acreditades les maniobres doloses.

### 2.3. *Llegats*

En el cas que va originar la sentència de 24 de novembre de 2003 (número 821), la testadora havia ordenat un llegat a favor del seu marit de tots els diners que integraven els comptes a nom seu o a nom d'ambdós cònjuges en qualsevol banc o caixa d'estalvis; amb

la precisió que en el litigi es qüestionava si el llegat s'havia de fer extensiu als fons d'inversió mobiliària que apareixien a nom de la testadora i el seu marit en comptes oberts en unes caixes d'estalvis. La tesi afirmativa és la que acullen les sentències recaigudes en les instàncies inferiors, criteri que accepta la sentència de cassació, ja que considera correcta la interpretació del testament feta per la sentència recorreguda.

#### *2.4. Llegítima*

Amb referència a la llegítima catalana s'han dictat durant l'any 2003 dues sentències. La primera, de 24 d'abril de 2003 (núm. 738), dóna a la Sala oportunitat de fer unes consideracions sobre el desheretament com a causa de privació de la llegítima. Els fets que originen el litigi es deriven de la clàusula testamentària ordenada pel pare, en la qual manifesta que no deixa res a dos dels seus fills perquè ja han rebut béns per un valor superior al de la llegítima i que si reclamaven altres drets, els desheretava de forma expressa a causa del mals tractes que n'havia rebut, clàusula de desheretament que es repeteix en el testament posterior de la mare. Els fills desheretats van interposar una demanda contra els seus germans instituïts hereus, en la qual interessaven que es declarés la inexistència de qualsevol causa de desheretament a ells imputable i que es reconeguessin els seus drets legítims, pretensió que estima l'organisme jurisdiccional de primera instància i que revoca la sentència d'apel·lació, ja que estima l'excepció de manca de legitimació passiva dels defenents, que al·legaven haver estat instituïts hereus pels seus pares, però que no havien esdevingut hereus per no haver acceptat les herències paterna i materna. Es desestima el recurs extraordinari per infracció processal interposat pels agents i amb referència al recurs de cassació interposat per aquests mateixos, el fonament de dret sisè precisa que la clàusula que apareix en els testaments patern i matern compleix els requisits que estableix l'article 369 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya per al desheretament, però com que els fills desheretats al·legaven la inexistència de causa que justificués el desheretament, calia atènyer-se a l'article 372.I del mateix Codi, que imposa als hereus provar que existeix causa de desheretament. Això origina el problema subsegüent de determinar si la legitimació passiva s'atribueix només al cridat com a hereu que ha acceptat l'herència o si s'atribueix també al cridat a succeir, encara que no hagi acceptat l'herència i sense que la seva intervenció en el litigi impliqui la seva acceptació tàcita. Es revoca en aquest punt la sentència recorreguda, ja que es considera que segons la seva actuació en el litigi sobre el desheretament, els defenents havien acceptat de forma tàcita les herències paterna i materna.

La segona sentència sobre llegítima de 22 de desembre de 2003 (número 841) considera qüestions que fan referència a la computació legítima. En el cas del recurs, el fill legítim addueix com a fonament el fet que a l'hora de valorar unes finques a l'efecte del càlcul de la llegítima, la sentència recorreguda ordena descontar-ne el valor d'un dret d'usdefruit impositat pel testador sobre aquestes via llegat, pretensió que estima la sentència de cassació.

### 3. EN MATÈRIA DE DRETS REALS

Les onze sentències que s'inclouen en aquest apartat les ordenem de la forma següent:

#### *3.1. Accessió immobiliària*

La sentència de 8 de maig de 2003 (número 744) té oportunitat de fer unes precisions sobre l'abast del dret de retenció a favor del constructor en finca aliena i la seva bona fe

segons l'article 278 de la Compilació del dret civil de Catalunya. El litigi té el seu origen en el fet d'haver autoritzat el pare, propietari de la finca, que la filla i el seu marit aixequessin a costa seva una segona planta sobre aquesta, que es va convertir en l'habitatge familiar dels constructors, mentre que el pare mantenia el seu habitatge familiar a la planta primera de la finca, fins que per resolució judicial va ser atribuïda a l'esposa com a conseqüència d'una demanda de separació matrimonial. Posteriorment la filla i el seu marit van interposar una demanda contra el propietari de la finca, en la qual interessaven que es reconegués als agents el dret de retenció sobre la planta segona mentre el pare no els pagués les despeses d'edificació. La sentència d'apel·lació, que confirma la de primera instància, declara que el pare és propietari de la totalitat de la finca, que els agents tenen un dret de retenció sobre la segona planta i que, mitjançant la consignació o el pagament de la quantitat que esmenta, pot extinguir-se el dret de retenció a favor dels constructors. Es desestima el recurs de cassació interposat pel pare i es declara que en el cas del litigi existeix una correlació entre el dret de retenció que exerciten els agents i el dret de crèdit de què porta causa; que en el cas del recurs el dret de retenció no sols faculta els seus titulars per retenir la possessió de la finca sinó també per fer ús d'aquesta sense pagar cap contraprestació, perquè així ho havia consentit el pare, que recorria en cassació, i, finalment, que la construcció de la segona planta realitzada pels agents els atribuïa la condició de constructors de bona fe en atenció als vincles estrets de parentiu que existien entre les parts litigants.

### 3.2. *Usucapió*

La primera sentència sobre usucapió, de 19 de maig de 2003 (número 750), confirma la recorreguda, que desestimava la pretensió de l'agent d'haver adquirit per usucapió una finca determinada per manca del requisit d'una possessió en concepte de propietari, ja que considera que aquesta conclusió no es pot qualificar d'arbitrària perquè s'ha obtingut en virtut d'una valoració racional de les proves practicades i que, per tant, esdevé ferma en el tràmit de la cassació. Es desestima també la pretensió de la part recurrent d'haver-se produït una interversió del concepte possessori, perquè l'any 1990 havia obert un restaurant a la finca, d'acord amb la doctrina establerta pel Tribunal Suprem sobre requisits de la interversió possessòria per actes unilaterals de l'usucapient.

La segona sentència sobre usucapió, d'11 de desembre de 2003 (número 832), desestima el recurs de cassació interposat per l'usucapient, basant-se en l'apreciació feta per la sentència recorreguda de no existir en les actuacions proves convincents d'una possessió en concepte de propietari.

### 3.3. *Dret real de servitud*

Esmentem en primer lloc en aquest apartat la sentència de 22 de setembre de 2003 (número 793), que sense entrar a examinar el problema de la vigència o no-vigència en el dret civil de Catalunya de la constitució del dret real de servitud per signe aparent segons l'article 541 del Codi civil, considera que no és aplicable en el cas del litigi aquesta modalitat de constitució de les servituds perquè el signe aparent ja havia desaparegut al temps de transmetre's una de les finques.

El problema —per altra part molt controvertit— sobre admissibilitat o no-admissibilitat en el dret civil de Catalunya de la constitució de les servituds per signe aparent segons l'article 541 del Codi civil, apareix a la sentència de 18 de setembre de 2003 (número 787), que després de fer-ne un examen basat en els seus antecedents romans, de l'època del *ius*

*commune*, de la codificació, dels diferents textos prelegislatius i legislatius catalans, així com les posicions doctrinals i jurisprudencials sobre el precepte, conclou la no-aplicabilitat de l'article 541 del Codi civil en el dret civil català. Tesi que reproduïx la sentència posterior de 2 d'octubre de 2003 (número 798).

#### 3.4. *Usdefruit*

La sentència de 22 de setembre de 2003 (número 790) estableix en primer lloc les diferències entre l'usdefruit amb facultat de disposició i el fideïcomís de residu, amb la finalitat de fixar l'abast de la remissió que fa l'article 304.III del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya en relació amb l'usdefruit universal a les facultats dispositives de l'hereu fiduciari en el fideïcomís de residu. El fonament de dret tercer de la sentència de cassació fa un examen sobre la naturalesa jurídica i les finalitats de l'usdefruit amb facultats de disposició i en relació amb el problema concret que planteja el recurs, que es centra sobre una facultat de disposició quan la usufructuària, en consciència i sense intervenció de cap altra persona, ho cregui necessari. Estableix que la usufructuària pot disposar dels béns usufructuats sense intervenció del propietari i sense haver d'acreditar un estat de necessitat, perquè l'oportunitat de l'acte dispositiu es deixa al lliure arbitri de la usufructuària, que suposa una remissió a l'*arbitrium boni viri*, que no li permet disposar dels béns usufructuats per la via d'un *negotium mixtum cum donatione*.

#### 3.5. *Emfiteusi*

La sentència de 28 d'abril de 2003 (número 739) tracta d'un problema de transcendència més aviat migrada en els temps actuals, com és el de la subsistència d'uns drets de cens emfitèutic sense pensió, possibilitat que nega el dret actual i que també negava el dret romà a l'hora de regular l'emfiteusi. Però aquesta posició negativa no s'observava de forma estricta a la pràctica, tal vegada perquè segons la tradició jurídica catalana no deixaven d'ésser freqüents els censos emfitèutics en els quals s'havia pactat una pensió simbòlica, que d'alguna manera justificava la imposició d'un lluïsmen més aviat crescut, amb la finalitat de donar un contingut econòmic tangible als drets del censalista. I aquesta realitat és la que constata el fonament de dret tercer de la sentència de cassació, que va originar —en relació amb el cas objecte del recurs— que en el cas de divisió d'una finca gravada amb un cens emfitèutic es redimís totalment la pensió, però no els altres drets del censalista, que van subsistir respecte a la resta de la finca matriu. I afegeix, el fonament de dret quart de la sentència de cassació, que el principi de l'obligatorietat de la divisió dels censos emfitèutics vigent a Catalunya des de la Llei de 31 de desembre de 1945, que pot determinar-ne l'extinció si no es divideixen dins els terminis que estableix la llei, no afecta els censos sense pensió, perquè si l'objecte de la divisió del cens és distribuir la pensió entre les parcel·les que resulten de la divisió material de la finca gravada amb el cens, la distribució no és possible en els censos sense pensió.

En el cas de la sentència de 16 de juny de 2003 (número 760) s'estima el recurs extraordinari per infracció processal, fet que origina la possibilitat d'examinar i resoldre el recurs de cassació que articulava la mateixa part recurrent. S'estima el motiu primer del recurs de cassació i s'estableix que no ha prescrit el cens emfitèutic objecte del recurs d'acord amb l'article 44 de la Llei de 31 de desembre de 1945, perquè el censalista va tenir cura d'obtenir inscripcions registrals en relació amb el seu dret de cens en intervals tots ells inferiors als trenta anys, encara que el censalista no hagués acreditat el pagament de les pensions.

La sentència de 26 de juny de 2003 (número 772) pren en consideració el problema derivat d'una demanda de cancel·lació d'un cens emfitèutic constituït dues centúries abans per prescripció, sobre la base que durant més de trenta anys no s'havia pagat la pensió convinguda. En relació amb el cas, la sentència de cassació confirma el criteri de la recorreguda, que entenia que s'havia de resoldre la qüestió litigiosa segons les prescripcions de la Llei de 31 de desembre de 1945 i no segons la Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos o la Compilació del dret civil de Catalunya de l'any 1960, com pretenia la part recurrent. I pel que fa referència a la interrupció de la prescripció sobre la base de les inscripcions registrals del dret del censalista, es reitera en aquest punt la solució exposada amb referència a la sentència anterior de 16 de juny de 2003.

Per últim, la sentència d'1 de desembre de 2003 (número 827) reproduïx la doctrina establerta per la Sala a la sentència que s'acaba d'esmentar de 26 de juny de 2003 sobre aplicabilitat de la Llei de 31 de desembre de 1945 respecte a un cens emfitèutic constituït l'any 1862. I es reproduïx també la doctrina, assentada per la Sala en les sentències abans esmentades de 16 i 26 de juny de 2003, sobre interrupció de la prescripció basada en les inscripcions en el Registre de la Propietat del dret del censalista a l'empara de la Llei de 31 de desembre de 1945.

#### 4. EN MATÈRIA D'OBLIGACIONS I CONTRACTES

En relació amb aquesta part del dret civil s'han dictat durant l'any 2003 quatre sentències, que tracten de diferents problemes respecte a la rescissió per lesió en més de la meitat del preu just.

La sentència de 19 de maig de 2003 (número 751) gira al voltant d'un problema que ha originat molts dubtes, com és si escau l'acció de rescissió per lesió en els contractes d'opció de compra i, per al cas d'estimar-se vàlida la resposta afirmativa —que és la que en definitiva s'ha imposat—, dilucidar si l'existència de la lesió en més de la meitat del preu just s'ha d'establir segons el valor de la finca a la data de l'atorgament de l'opció de compra o en el moment posterior de la perfecció del contracte de compravenda previst en l'opció de compra. Amb invocació de la sentència de la Sala de 24 de febrer de 1994, la resolució objecte d'aquestes consideracions es decideix pel criteri d'establir el preu just en relació amb el valor de la finca en el moment de convenir-se l'opció de compra, ja que el criteri d'atènyer-se al valor de la finca al temps de l'exercici de l'opció de compra o de perfecció de la compravenda projectada, suposaria introduir un element pertorbador i aliè a la naturalesa del contracte i a la voluntat de les parts.

La segona sentència, de 4 de desembre de 2003 (número 828), fa unes precisions interessants sobre el problema de si escau l'acció de rescissió per lesió en més de la meitat del preu just per part dels creditors del venedor via acció subrogatòria *ex* article 1111 del Codi civil. El recurs té el seu origen en una demanda en la qual s'exercia l'acció de nul·litat d'uns contractes per ésser totalment simulats, amb caràcter subsidiari s'exercia una acció revocatòria o pauliana d'acord amb els articles 1111 i 1291 del Codi civil i, també amb caràcter subsidiari, una acció de rescissió per lesió en més de la meitat del preu just. La sentència de primera instància dona lloc a l'acció de nul·litat per simulació i també a l'acció de rescissió per lesió en més de la meitat del preu just respecte a dues finques, pronunciant que confirma la sentència d'apel·lació. Es desestima el recurs de cassació interposat contra aquesta resolució i s'estableix la legitimació dels creditors de la part venedora per a l'exercici de

l'acció de rescissió per lesió en més de la meitat del preu just, encara que l'acció es qualifica de personal, com ja havia tingut ocasió de precisar el Tribunal Suprem en la seva sentència de 12 de març de 1984.

En la mateixa data de 4 de desembre de 2003 (número 829) una altra sentència desestima el recurs de cassació i confirma, per tant, la sentència recorreguda, contrària a excloure de l'àmbit de l'acció rescissòria el contracte que havia originat el litigi, respecte al qual es pretenia aplicar l'article 321.II de la Compilació del dret civil de Catalunya, que exclou de l'acció rescissòria les vendes fetes en subhasta pública i els contractes en els quals el preu hagi estat determinat decisivament pel caràcter aleatori o litigiós del bé objecte de la transmissió. En aquest punt es precisa que el text compilat no exclou de la rescissió per lesió els contractes aleatoris, sinó els contractes —aleatoris o commutatius— en els quals el preu s'ha fixat en relació amb el caràcter aleatori del bé que ha estat objecte de la transmissió, com ja havia precisat la Sala en la seva sentència anterior de 17 de desembre de 1998. És oportú esmentar que aquest pronunciament de la sentència de cassació es fa amb referència a l'adquisició de la part indivisa d'una finca en subhasta pública per deutes tributaris i en relació, també, amb el pacte establert per les parts litigants, segons el qual la part agent es comprometia a no prendre part en la subhasta i l'altra part contractant es comprometia a transmetre-li la meitat de la finca per la meitat del preu fixat per a la subhasta.

Per últim, la sentència de 15 de desembre de 2003 (número 835) no reconeix eficàcia a la renúncia a l'exercici de l'acció de rescissió per lesió en més de la meitat del preu just, feta per una persona que no ostentava el càrrec d'administradora de la societat que havia renunciat a l'exercici de l'acció rescissòria.

**SEGONA PART**  
**JURISPRUDÈNCIA CIVIL**





**690**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 9 DE GENER DE 2003**

**Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia per a conèixer del recurs. Tutela judicial efectiva dels drets fonamentals**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de la Sra. Júlia S. O. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recursos extraordinaris de cassació i per infracció processal contra la Sentència dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d'apel·lació 1285/00 en data 7 de febrer de 2002.

**Segon.** Per una provisió de data 12 de desembre passat es van traslladar al Ministeri Fiscal pel termini de deu dies a fi que efectués les alegacions escaients sobre les possibles causes d'incompetència d'aquesta Sala per a conèixer dels recursos interposats, la qual cosa va efectuar dins el termini i en la forma escaient.

Ha estat designat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** La representació de la Sra. Júlia S. O. interposa recurs de cassació conjuntament amb el recurs extraordinari d'infracció processal contra la Sentència de data 7 de febrer de 2002, dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, que confirma la dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Badalona.

D'acord amb l'article 484 de la LEC, la Sala, abans de pronunciar-se formalment sobre l'admissibilitat o inadmissibilitat de l'esmentat recurs de cassació, ha d'examinar la seva pròpia competència, raó per la qual, dóna audiència a les parts pel termini de deu dies als efectes escaients.

**Segon.** La incompetència d'aquesta Sala per a conèixer del present recurs de cassació es manifesta per una doble causa: primer, la d'al·legar la part recurrent únicament i exclusivament com a norma infringida l'art. 10 de la Constitució Espanyola, i segon, la de no invocar-se en cap moment la infracció d'alguna norma del dret civil català propi d'aquesta Comunitat Autònoma.

Que la recurrent planteja una qüestió que ella entén que pertoca a la tutela judicial civil de drets fonamentals, excepte els reconeguts en l'art. 24 de la Constitució espanyola, resulta no només d'haver invocat com a mitjà habilitador del present recurs de cassació l'apartat primer del núm. 2 de l'art. 477 LEC, sinó també de les seves manifestacions sobre que "... resulta evidente que el derecho fundamental a la dignidad y a la personalidad de todo ciudadano ha sido vulnerado al imponerse un pronunciamiento judicial civil que anula y destruye el libre ejercicio de los derechos civiles elementales..." i sobre que "...la sentencia recurrida es una resolución que incide directamente sobre la personalidad y autogobierno de las personas (capacidad civil y jurídica de obrar)... y por tanto a los derechos fundamentales de la libertad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad de toda persona que preciona el art. 10 de la Constitución".

Que la recurrent no cita com a infringida cap norma del dret civil de Catalunya, també resulta de la simple lectura no només de l'escrit de cassació —que esdevindria ja suficient— sinó de les actuacions facilitades a la Sala, que no registren el menor esment a cap tipus de norma de dret civil català.

Si a això s'afegeix que aquest Tribunal ja ha dit (per exemple, recurs de cassació núm. 64/99, per tots) que "...cal tenir present també que, segons l'art. 5.4 de l'esmentada LOPJ, en tots els casos en què, segons la llei, sigui procedent el recurs de cassació, serà suficient per a fonamentar-lo la infracció de precepte constitucional. En aquest supòsit, la competència per a decidir el recurs correspondrà sempre al Tribunal Suprem, qualsevol que sigui la matèria, el dret aplicable i l'ordre jurisdiccional" i que l'Alt Tribunal ha dit (per exemple, interlocutòries de 27.1.2002 i 17.11.2001) que "... el propio art. 5.4 LOPJ que mantiene su vigencia, prevé que el recurso de casación se base en la vulneración de preceptos constitucionales; de ahí que se concibiera esa norma orgánica como una atribución competencial al Tribunal Supremo, con el fin, entre otras cosas, de potenciar el amparo judicial", és vista la necessitat de declarar la incompetència d'aquest Tribunal.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

1r. Declarar la incompetència d'aquesta Sala per a conèixer del recurs de cassació i infracció processal interposats per la representació de la Sra. Júlia S.O. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 18a) de 7 de febrer de 2002, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 1285/2000.

2n. Remetre les actuacions a la Sala Primera del Tribunal Suprem, que haurà de resoldre, en definitiva, el que sigui procedent.

3r. Citar les parts perquè compareguin en aquella Sala en el termini de deu dies.

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

**691**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 9 DE GENER DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació basat en l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: requisits**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Por la representación procesal del Sr. Enrique Rufino P. M. se interpuso en tiempo y forma recurso extraordinario de casación contra la Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2002 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, en su rollo de apelación 369/02, que en su parte dispositiva decía: “DESESTIMEM el recurs d’apel·lació formulat per la procuradora Rosa Boadas Villoria, en representació d’ENRIQUE P. M., CONFIRMEM íntegrament la decisió de la resolució de data 16 d’abril de 2002, que va dictar el Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Girona en les actuacions de judici de divorci contenciós núm. 5802001, de què dimana aquest rotlle, sense imposició de costes del recurs”.

**Segundo.** Por providencia de fecha 9 de diciembre pasado se dio traslado a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de enjuiciamiento civil, por término de diez días para formular las alegaciones oportunas sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso, formulándolas ambas partes en tiempo y forma.

Ha sido ponente el magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Promovido recurso de casación ante esta Sala por la representación procesal de D. Enrique Rufino P. M., se hizo saber a la misma, por proveído de fecha 9 de diciembre de 2002, la existencia de determinados óbices de admisibilidad, abriendo el período de alegaciones que prevé el art. 483.3 de la Ley de enjuiciamiento civil, que fue cumplimentado por las partes recurrente y recurrida, alegando lo que tuvieron por conveniente y que consta en autos.

Hoy la Sala debe mantener el mismo criterio que inspiró el proveído indicado.

En efecto, en el primero de los motivos de casación se citan como infringidos (aunque haya que buscar esta indicación en el texto del motivo) los arts. 264 y 267 del Código de

familia de Catalunya —lo que determina la competencia de esta Sala para conocer, en su caso, del recurso entablado—, pretendiéndose una pura revisión de los hechos declarados probados y sobre los cuales ha fijado la sentencia combatida los módulos de contribución alimentaria, lo que en absoluto puede ser materia del recurso de casación al constituir una cuestión fáctica, valorable libremente por el tribunal de instancia en cada caso concreto, según las circunstancias.

En el segundo motivo, se invoca contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la materia, sin que se determine el núcleo de contradicción, habida cuenta de que tales resoluciones también se polarizan en concretos casos y sobre circunstancias personales diversas.

Finalmente, se alega contradicción entre sentencias de las audiencias provinciales, en el motivo tercero, citándose sólo dos de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, como anteriormente se ha dicho además, fijan las cuantías sobre las variadas condiciones personales de los litigantes.

Ya respecto a la aportación de las sentencias que se aducen como fundamento del interés casacional (art. 481.2 de la LEC), es cierto que las mismas se adjuntaron por la parte recurrente al escrito presentado ante la Audiencia Provincial y que no se unieron en su momento al rollo de esta Sala, según consta en la diligencia extendida por la secretaria judicial. Por esta razón y no otra, se dijo lo que se dijo en el proveído de 9 de diciembre. Pero lo anterior no cambia en absoluto las razones de inadmisión del recurso.

Por todo cuanto antecede procede, pues, la inadmisión del recurso de casación interpuesto.

**Segundo.** Se imponen a la parte recurrente las costas de la presente incidencia.

Así pues,

## **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, ha decidido:

Se inadmite el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Enrique Rufino P. M. contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, en fecha 5 de septiembre de 2002, rollo de apelación 369/2002 procedente del procedimiento de divorcio contencioso nº 580/2001 tramitado en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Girona, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas.

Notifíquese a las partes personadas y remítanse las actuaciones, con testimonio de la presente, a la sección indicada.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**692**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 9 DE GENER DE 2003**

**Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** Amb data 23 d'abril de 2002 es va dictar sentència en la Secció XVIII de l'Audiència Provincial de Barcelona amb la següent part dispositiva: "Se desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (representada por la procuradora Sra. Camps Herrero) contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Barcelona en autos de menor cuantía nº 1277/98 (rollo nº 557/2001) que se confirma plenamente, por sus propios fundamentos y cuantos, supra, constan, sin imposición de costas del recurso".

La procuradora dels tribunals senyora Anna Camps Herrero, en nom i representació del senyor Abdón B. G., va interposar recurs de cassació contra l'esmentada resolució.

Amb data 25 de novembre de 2002 aquesta Sala va dictar provisió en virtut de la qual es decidia donar audiència a les parts personades en relació amb la competència d'aquest Tribunal per a conèixer de l'esmentat recurs de cassació.

Ha estat ponent la magistrada d'aquesta Sala Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** L'article 478 de la Llei d'enjudiciament civil de 2000 disposa que "correspon a les sales civil i penal dels tribunals superiors de justícia conèixer dels recursos de cassació que siguin procedents contra les resolucions dels tribunals civils amb seu a la comunitat autònoma, sempre que el recurs es fonamenti, exclusivament o al costat d'altres motius, en infracció de normes de dret civil foral o especial propi de la comunitat, i quan l'estatut d'autonomia corresponent hagi previst aquesta atribució".

Només escau una lectura del recurs de cassació interposat contra la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona per tal de detectar que en l'esmentat recurs no es denuncia infracció de cap norma de dret civil català, cosa que comporta que aquesta Sala hagi de declinar de forma preceptiva la seva competència a favor del Tribunal Suprem.

Certament, el recurrent addueix en el recurs de cassació infracció dels articles 199 i 200 del Codi civil, en relació amb els articles 10 i 14 de la Constitució espanyola, però no esmenta cap norma del Codi de família o de dret civil català, per la qual cosa aquesta Sala apareix com a no competent per a resoldre el recurs interposat.

Vistos els preceptes legals esmentats i altres de general i escaient aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix declarar-se incompetent per al coneixement del recurs de cassació interposat per la procuradora senyora Anna Camps Herrero en nom i representació del senyor Abdón B. G. contra la Sentència dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona en data 23 d'abril de 2002 en el rotlle d'apel·lació núm. 557/2001, i remetre les actuacions a la Sala Primera del Tribunal Suprem que haurà de resoldre, en definitiva, el que sigui procedent, prèvia citació a termini de les parts perquè compareguin en aquella Sala en el termini de deu dies.

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

**693**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 9 DE GENER DE 2003**

**Recurs de revisió: competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer d'aquest recurs extraordinari**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

S'ha donat compte de la compareixença precedent; i,

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En aquest Tribunal s'ha registrat d'entrada la demanda interposada pel procurador dels tribunals Sr. Carles Arcas Hernández, en nom i representació de la Sra. Mercedes M. V., en petició de revisió de sentència ferma, petició que es dirigeix contra el Sr. Luis S. R.

**Segon.** En l'avantddita demanda s'adueix l'obtenció de la Sentència de 27 de juliol de 2002 dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 22 de Barcelona amb la utilització de maquinació fraudulenta.

**Tercer.** Aquest Tribunal va dictar una provisió de 21 de novembre de 2002 en la qual es va designar com a ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol, a qui foren passades les actuacions per tal de dictar resolució en relació amb l'admissió de la demanda de revisió presentada.

Actua com a ponent el magistrat de la Sala l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** La demanda de revisió origen d'aquest procediment sol·licita la rescissió de la sentència ferma dictada en el judici verbal (desnonament).

**Segon.** Aquesta Sala ja va declarar en la seva Sentència de 16 de setembre de 1997, per les raons que a bastament s'hi exposen i d'acord amb la doctrina de les sentències del Tribunal Suprem —les de 15 de desembre de 1994 i 17 d'abril de 1996 entre d'altres—, que la competència d'aquest Tribunal Superior per a conèixer dels recursos extraordinaris de revisió està circumscrita als supòsits en què la matèria objecte del litigi que origina el recurs de revi-

sió és pròpia del dret civil de la Comunitat Autònoma; i això ho ha reiterat aquesta Sala en les seves interlocutòries de 6, 9, 13, 20, 23 i 30 d'octubre de 1997; 9 de febrer de 1998; 26 de juliol de 1999, i 22 de juny de 2000, entre d'altres.

**Tercer.** Per tal com no està inclòs en els esmentats supòsits el cas de la sentència de què aquí es demana revisió (segons es desprèn de la demanda revisòria i dels documents que s'hi han adjuntat), escau declarar la nostra incompetència i remetre els interessats a la competència del Tribunal Suprem, a la Sala 1a del qual hauran, si escau, d'adreçar-se.

Pel que s'ha dit anteriorment, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Declarar-se incompetent per a conèixer del recurs extraordinari de revisió de què fa esment detallat als antecedents de fet d'aquesta resolució, i declarar consegüentment la inadmissió a tràmit de la demanda de revisió presentada.

Es retornarà als interessats el dipòsit que varen presentar.

Així ho acorda la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i ho signen els magistrats esmentats al marge que la componen.



**694**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE GENER DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados/das:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Dada cuenta del anterior escrito presentado por el procurador D. Román Villalba Rodríguez, únase y dése a las copias su destino legal.

**HECHOS**

**Único.** El procurador D. Román Villalba Rodríguez, en nombre y representación de D. Jaume L. R. interpuso recurso de casación ante la Sala 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, contra la Sentencia dictada en fecha 18 de julio de 2002 por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo núm. 1076/00 derivado del juicio de menor cuantía núm. 31/99 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Rubí. Mediante providencia de esta Sala de fecha 28 de noviembre de 2002 y de conformidad con el artículo núm. 483 de la LEC, se pasaron las actuaciones al magistrado ponente para que resuelva acerca de la admisión o no de este recurso. Mediante providencia de fecha 9 de diciembre de 2002, de conformidad con el art. 483.3 de la LEC, se concedió 10 días a las partes para formular las alegaciones que considerasen oportunas, lo que realizaron oportunamente.

Ha sido designado magistrado ponente el Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Interpuesto recurso de casación por la representación procesal de D. Jaume L. R. contra la Sentencia pronunciada en fecha 18 de julio de 2002 por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona, se dictó por esta Sala, en fecha 9 de diciembre del mismo año, proveído conforme a lo que dispone el art. 483.3 de la Ley de enjuiciamiento civil, poniendo de manifiesto a las partes personadas la existencia de un posible óbice de admisibilidad del recurso. Tanto la parte recurrente como la recurrida presentaron en término sus alegaciones, haciendo constar lo que en derecho entendieron procedente.

Hoy la Sala no puede, vistas aquellas alegaciones, sino reiterar y mantener el anterior criterio.

En efecto, la parte recurrente en su recurso revisa toda la cuestión fáctica debatida y valorada en el proceso y pretende que el interés casacional que, en su caso, debería sostener el recurso se centra en que el Tribunal de Instancia ha interpretado incorrectamente el texto del art. 14 de la Llei 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de Catalunya, sobre lo cual no existe doctrina de esta Sala, tratándose de una disposición normativa que no lleva cinco años de vigencia (art. 477.2.3º de la LEC).

Lo cierto, sin embargo, es que una simple lectura del fundamento jurídico cuarto de la sentencia convence de la sinrazón de la parte recurrente. La Audiencia sí ha valorado cuantas circunstancias le obliga a valorar el art. 14 de la ley indicada y no se ha fijado *sólo*, como pretende el recurrente, en la existencia de hijos comunes. El razonamiento del Tribunal es claro y explícito y únicamente una lectura sesgada del mismo en aras a conseguir una última revisión del pronunciamiento puede orientar a lo contrario.

Consecuentemente, procede, como se había adelantado, la inadmisión del recurso de casación interpuesto.

**Segundo.** Se imponen a la parte recurrente las costas de la presente incidencia.

Así pues,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Debemos inadmitir como inadmitimos el recurso de casación planteado por el procurador de los tribunales D. Román Villalba Rodríguez, en nombre y representación procesal de D. Jaume L. R., contra la Sentencia de fecha 18 de julio de 2002 dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona en rollo de apelación nº 1076/2000, procedente de juicio de menor cuantía 31/1999 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Rubí, con imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y con su testimonio devuélvase las actuaciones a la Sección indicada.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

695  
**INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE GENER DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** Amb data 28 de juny de 2002 es va dictar Sentència a la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona que en la seva part dispositiva deia: "Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON JOAN H. B. y ESTIMANDO EN PARTE el formulado por la representación de DOÑA TANIA LOUISE C., contra la sentencia dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia nº Dos de Vilafranca del Penedés, en fecha siete de diciembre de dos mil uno, y con revocación parcial de la mentada resolución y con estimación en parte de la demanda promovida por la Sra. C. contra el Sr. H. y con desestimación de la demanda presentada por éste contra aquélla, debemos ACORDAR Y ACORDAMOS la modificación parcial de la sentencia de separación conyugal de los consortes hoy en litigio de 7 de marzo de 2001, singularmente en el particular relativo al régimen de visitas establecido en la misma que se deja sin efecto y que se sustituye, tras mantener la guarda y custodia del hijo Patrick a favor de su madre, por el siguiente, una vez la madre se haya ya trasladado a residir a su país de origen, Irlanda: a) un fin de semana al mes, si el padre lo desea y puede, debiendo ser él quien se desplace al lugar de residencia del menor a Irlanda, corriendo los gastos del viaje a cargo de dicho progenitor, y estableciéndose ya desde ahora y para el caso de desacuerdo entre los progenitores que este fin de semana siempre será el último del mes, debiendo comunicar en cada ocasión el padre a la madre, con un mínimo de 7 días de antelación, si podrá o no acudir a visitar al hijo; b) las vacaciones escolares del menor en el período de Semana Santa, todos los años para el padre; c) las vacaciones escolares del menor en el período de Navidad, un año alternativamente y de forma entera con cada progenitor, correspondiendo permanecer con el padre en los años pares y con la madre en los impares, salvo que de mutuo acuerdo convengan lo contrario; d) la mitad de las vacaciones escolares de verano del menor que se realicen en Irlanda, empezando el disfrute de las mismas y en cuanto al primer período al padre en los años pares y a la madre en los años impares, y viceversa. Cuando el menor ya tenga edad para poder viajar solo en avión, los gastos de desplazamiento del menor serán compartidos entre ambos padres y así los de acudir el niño a España serán sufragados por el padre y los de retorno a Irlanda por la madre, a no ser que

los progenitores voluntariamente pacten otra forma distinta de abono. Asimismo se establece que el padre podrá contactar telefónicamente con el hijo cuando lo desee, para lo cual la madre le facilitará su dirección y número de teléfono, así como le tendrá al corriente de cuantas incidencias de salud o educativas acontezcan. También el padre, e incluso los abuelos paternos, si le/s conviniere y/o fuere posible, podrá/n desplazarse al lugar de residencia de Patrick en cualquier momento, disfrutando de su compañía y pernoctando el niño con él/ellos, durante los días que se halle/n en Irlanda, siempre que no interfiera/n en el normal desarrollo del colegio del menor, en donde, no obstante, podrá/n ir a recogerlo y a devolverlo, debiendo avisar el padre a la madre con una antelación mínima de 7 días, para que ésta pueda organizarse y comunicar tal situación al centro educativo donde acuda el niño.

Asimismo se modifica la sentencia de separación conyugal en el extremo relativo a la pensión alimenticia del hijo y a cargo del padre, la cual quedará sin efecto durante los períodos de vacaciones que el mismo tenga a Patrick en su compañía.

“Se deja también sin efecto la medida cautelar acordada por virtud de auto del propio Juzgado de 1 de agosto de 2001, el cual queda vacío de contenido y sin eficacia alguna desde la fecha de la presente resolución, debiendo el Juzgado de procedencia remitir los oportunos oficios a la Dirección General de la Policía para que cancelen la orden de prohibición de salida de España del menor Patrick H. C.

“SE CONFIRMA la sentencia de instancia en cuanto desestima la demanda acumulada interpuesta por D. Joan H. B. y en el particular relativo a la no imposición de las costas de la primera instancia a ninguno de los litigantes.

“Por lo que respecta a las costas procesales de la alzada, éstas deberán ser impuestas al Sr. H., aunque sólo las dimanantes de su recurso, y sin que proceda hacer un especial pronunciamiento acerca de las irrogadas por la apelación formulada por la Sra. C.

“Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento”.

Contra la susdita resolución la procuradora dels tribunals Joana Menen Aventin, en nom i representació del senyor Joan H. B., interposà recurs de cassació.

Aquesta Sala, amb data 12 de desembre de 2002, va dictar provisió que en el seu darrer paràgraf deia: “Per això a l’empara de l’article 483.3 de la Llei d’enjudiciament civil escau concedir a les parts personades un termini de DEU DIES per tal que formulin les al·legacions pertinents en relació amb les causes d’inadmissió ressenyades.”

Ha estat designada ponent la magistrada Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Com a resposta a les possibles causes d’inadmissió ressenyades per aquesta Sala en compliment del tràmit de l’article 483.3 de la Llei d’enjudiciament civil, la part recurrent addueix:

Que la línia que separa els pronunciaments d’índole fàctica dels de caràcter netament jurídic, és molt tènue.

Que la decisió sobre si ha de prevaler el dret de la mare a la lliure elecció de lloc de residència sobre l’interès del fill és un tema de caràcter jurídic, per la qual cosa s’hi hauria de pronunciar aquesta Sala.

Que aquesta Sala no ha tingut oportunitat de pronunciar-se sobre el tema debatut, per la qual cosa hi concorre interès cassacional, segons es desprèn de l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil.

**Segon.** Contràriament a la tesi sostinguda per la recurrent, només cal una lectura de l'escrit de preparació del recurs de cassació i també del mateix recurs per a detectar que el centre neuràlgic de la contesa queda ben allunyat del que suposa un pronunciament jurídic i, en canvi, està configurat per unes circumstàncies clarament fàctiques.

La recurrent, per uns motius legítims que posa en relleu, intenta fer ressaltar que la controvèrsia que gira al voltant de l'interès d'un progenitor a fixar el lloc de residència i els interessos superiors del fill que perd la possibilitat de contactes freqüents amb l'altre progenitor i també amb part de la família, és de tipus jurídic i, per tant, la Sala hauria de resoldre el tema en via de cassació i inclinar-se en favor del valor superior dels interessos del fill.

Malgrat aquests interessos de la part recurrent, d'acord amb el que s'ha dit queda palesa la impossibilitat de la Sala de fixar uns paràmetres o unes normes generals que permetin resoldre els debats que es plantegin sobre el tema en anàlisi, ja que pel fet de ser exclusivament fàctic no és possible emetre cap declaració general.

Per totes les anteriors consideracions escau la inadmissió del recurs de cassació.

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit inadmetre el present recurs de cassació interposat per la procuradora dels tribunals Sra. Joana Menen Aventin en nom i representació del Sr. Joan H. B., contra la Sentència de data 28 de juny de 2002 dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el seu rotlle d'apel·lació 308/02.

Escau imposar a la part recurrent les costes causades.

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

696  
**INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE GENER DE 2003**

**Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació: inadmissió quan es fonamenta en la infracció de preceptes que possibiliten la interposició del recurs extraordinari per infracció processal**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal del Sr. Luis Javier P. L. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència de data 19 de novembre de 2001 dictada per la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 1183/00, que a la seva part dispositiva deia: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON LUIS P. L. contra la Sentencia dictada en fecha 6 de octubre del 2000 por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Barcelona, en los autos de que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, con imposición a la recurrente de las costas de esta alzada".

Per provisió de data 2 de desembre de 2002 i de conformitat amb el que disposa l'art. 483.4 de la LEC es va traslladar a les parts per termini de deu dies a fi que efectuassin les al·legacions oportunes sobre les causes d'inadmissió, que va efectuar dins el termini i en la forma escaient la part recurrent.

Ha estat designat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 19 de novembre de 2001 que, desestimant el recurs d'apel·lació interposat per la part demandada, confirma la sentència de primera instància, preparà aquesta darrera recurs de cassació, que, per haver estat admès per la referida Audiència, provoca que aquesta Sala, fetes pels litigants les al·legacions a què es refereix el núm. 3 de l'art. 483 LEC, s'hagi de pronunciar definitivament sobre la seva admissibilitat.

Per això, convé fer una breu ressenya del següent:

El recurs deriva d'una demanda que interposà la Sra. Josefa L. M. contra el Sr. Luis P. L., exercitant acció negatòria de servitud respecte a la qual al·legava ser propietària d'una determi-

nada finca i que el demandat, malgrat no ser titular de cap servitud de llum o vistes, havia realitzat determinades obres en els límits entre ambdues propietats, obrint forats propis de les esmentades servituds. La part demandada s'hi oposà negant l'execució de tals obres, que atribuïa a l'anterior propietari, i afirmant una vulneració de drets fonamentals per tal com les fotografies de la seva casa foren obtingudes penetrant il·legalment en el seu pati. Formulà també reconvençió a fi que es declarés la legalitat de la substitució de material —no pas obra— feta i la nul·litat de les proves presentades per la part demandant. Com s'ha assenyalat, la sentència de primera instància donà lloc a la demanda i desestimà la reconvençió; la demandada va interposar un recurs d'apel·lació en el qual postulava la seva absolució per la mateixa causa d'estar ja fetes les obres qüestionades quan la part demandada adquirí la casa i, subsidiàriament, un pronunciament revocatori de la condemna al pagament de les costes de primera instància.

**Segon.** L'escrit de preparació addueix literalment que el present recurs es formula “de conformidad con lo previsto en los arts. 477.1º, 477.2º, párrafos segundo y tercero, y 477.3, párrafos primero y segundo, todos ellos de la vigente LEC, por considerar que no existe doctrina jurisprudencial en ese alto tribunal sobre el art. 2, párrafo 5º de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge, habiendo, por tanto, interés casacional, haberse infringido las normas reguladoras del objeto del proceso por no haber resuelto la totalidad de cuestiones planteadas por las partes e inadmitido la práctica de pruebas, interesadas por esta parte y no resolviendo sobre la infracción de los derechos fundamentales invocados por esta parte y por infringirse el art. 394 y concordantes en cuanto a imposición de costas”.

**Tercer.** Amb referència a una pretesa inexistència de doctrina d'aquest Tribunal sobre el paràgraf cinquè de l'art. 2 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge, no es comprèn la invocació, com a infringida, de tal norma quan en cap moment ha estat aplicada —ni podia ser-ho— en la sentència combatuda. Que no ho ha estat, resulta de la seva simple lectura; que no ho podia haver estat, resulta del fet que el recurrent tampoc plantejà en el recurs d'apel·lació cap qüestió relativa a la prescripció de l'acció negatòria, per la qual cosa difícilment podria haver-s'hi referit la sentència impugnada.

No s'esbrina, doncs, la connexió entre la sentència de l'Audiència Provincial i la seva *ratio decidendi* i la qüestió jurídica que es proposa. En efecte, mentre que la Resolució combatuda desestima el recurs d'apel·lació, no —com ja s'ha dit— amb fonament en cap qüestió de prescripció, sinó únicament i exclusiva per la raó que “resulta acreditado en autos que fueron las ejecutadas por el demandado en 1997 las obras que entrañaban la apertura en una nueva pared de los huecos origen de la demanda...” (i això malgrat la irrellevància jurídica de tal aspecte en exercitar-se una acció real), el recurs de cassació, amb una total desconexió respecte al nucli de l'objecte del litigi, demana un pronunciament sobre la prescripció de l'acció negatòria.

Això comporta, doncs, l'absència d'interès cassacional perquè:

1r) No és funció pròpia ni d'aquest Tribunal ni de cap altre procedir al que, en expressió jurisprudencial, s'ha anomenat *evacuar consultes*, que és el mateix que demanar pronunciaments sobre temes aliens a l'objecte del litigi, ja que la funció nomofilàctica d'aquesta Sala no es pot fer interpretant preceptes en abstracte, sinó mitjançant una hermenèutica de normes concretes útils per a resoldre un litigi també concret.

2n) *Ad abundantia maior*, pot afegir-se que, contràriament al que s'afirma sobre inexistència de doctrina legal, sí ha format aquesta Sala jurisprudència (sentències de 16 de setembre i 14 d'octubre de 2002) sobre això i en el sentit que “en el cas d'exercici de l'acció negatòria amb referència al dret real de servitud, si ens atenem a la interpretació històrica, sistemàtica i lògica de la llei, que ha de prevaler sobre la interpretació literal d'un dels seus preceptes, hem d'entendre que en relació amb el dret real de servitud, l'acció negatòria prescriu als trenta anys”.

**Quart.** Els altres dos motius de cassació han de declinar igualment perquè, abstracció feta que en l'escrit de preparació no es cita quin o quins preceptes constitucionals s'han pretesament infringit amb la consegüent vulneració de drets fonamentals, en el supòsit que — com s'explicita en l'escrit d'interposició de recurs — tals vulneracions fessin referència a la denegació de prova testifical, la canalització de la censura jurídica s'hauria d'haver fet pel recurs extraordinari d'infracció processal i no pel de cassació, com s'intenta, i això resulta també aplicable a la darrera crítica jurídica relativa a una altra pretesa infracció de les normes reguladores de la imposició de costes.

**Cinquè.** La total inadmissió del recurs comporta la condemna en costes del recurrent (art. 398 i 394 LEC).

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix inadmetre el recurs de cassació promogut per la representació del Sr. Luis P. L. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 17a) de data 19 de novembre de 2001, dictada en el rotlló d'apel·lació núm. 1183/2000, derivat del judici de menor quantia núm. 18/2000 del Jutjat de Primera Instància núm. 26 de Barcelona, amb imposició de costes a la part recurrent.

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



697  
**INTERLOCUTÒRIA DE 20 DE GENER DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès casacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.** La procuradora de los tribunales Sra. María José Blanchar García presentó en la oficina de reparto de la Audiencia Provincial de Barcelona, en nombre y representación del Sr. Federico M. F., un recurso de queja contra el auto de 30 de abril de 2002, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, en su rollo núm. 130/2001, el cual deniega la preparación del recurso de casación contra la Sentencia de 22 de marzo de 2002 y que dimana del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Arenys de Mar, en el juicio de menor cuantía núm. 294/1999. Se formó el rollo correspondiente.

En fecha 9 de diciembre de 2002 se dictó una providencia en la cual se designaba el Tribunal y, de conformidad con el art. 495.4 de la Ley de enjuiciamiento civil, se pasaron las actuaciones al magistrado ponente con la finalidad de proponer a la Sala la resolución correspondiente.

Actúa como ponente el magistrado de la Sala Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Contra el auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto, a su vez, contra el auto en que se deniega la preparación del recurso entablado por la representación procesal de D. Federico M. F., se presenta ahora ante esta Sala recurso de queja, una vez resuelto por el Tribunal Supremo (auto de 19 de noviembre de 2002) que la competencia funcional para el conocimiento de dicho recurso corresponde a la Sala.

El auto denegatorio de la preparación del recurso de casación —confirmado por el que resuelve la reposición— sostiene que el recurrente no cuida de razonar la relación de la doctrina jurisprudencial que cita con la mantenida por la resolución recurrida. El recurrente mantiene lo contrario, razón por la cual la Sala ha demandado la remisión de testimonio del escrito de preparación del recurso, que ahora obra en las actuaciones.

Pues bien, a la vista del mismo, la Sala no puede sino confirmar y ratificar el criterio seguido por el tribunal de instancia.

Esta Sala ha declarado con reiteración y sin fisuras que es necesario consignar en la preparación del recuso de casación que presente interés casacional por oponerse la doctrina sentada por la Audiencia a la jurisprudencial sostenida por el Tribunal Supremo o por este Tribunal Superior de Justicia (art. 473.2.3º y 473.3, último párrafo, de la Ley de enjuiciamiento civil) el *núcleo de la contradicción*, sin que sea dable que el recurso se limite a una pura cita de las sentencias que, según el recurrente, formen el cuerpo jurisprudencial contrario.

El recurrente, en el presente caso, limita su cita a una lista de sentencias que, a su parecer, contradicen lo sostenido por la Audiencia, pero no especifica ese núcleo de contradicción. Y no lo especifica porque no existe contradicción. No existe contradicción en la *regla de derecho* aplicada, sin perjuicio de que los casos concretos hayan sido resueltos de manera distinta *en atención a las circunstancias concurrentes*.

Así sucede de manera llana y palmaria en los apartados *a)* y *b)* del escrito —prueba sobre la capacidad de testar— como también en el apartado *c)*, donde la Audiencia sigue un criterio ampliamente sentado por este Tribunal Superior, constituyendo, finalmente el apartado *d)* un caso claro de recurso extraordinario por infracción procesal y no de recurso de casación.

Si a todo lo anterior se añade que el recurrente tampoco cuida de reseñar los concretos preceptos legales que estima infringidos, conforme le obliga el art. 477.1 de la LEC, se convalidará en la necesaria confirmación del auto que deniega la preparación del recurso.

**Segundo.** Se imponen al recurrente las costas causadas en esta incidencia.

Por lo expuesto,

## PARTE DISPOSITIVA

Debemos desestimar como desestimamos el recurso de queja presentado por la procuradora de los tribunales, D<sup>a</sup>. María José Blanchar García, en nombre y representación procesal de D. Federico M. F., contra el auto de fecha 12 de junio de 2002 resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra el auto de 30 de abril del mismo año, ambos dictados por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo 130/2001 procedente del juicio de menor cuantía nº 294/99 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Arenys de Mar; en consecuencia, confirmamos la denegación de la preparación del recurso de casación contra la Sentencia de fecha 22 de marzo de 2002, con imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese la presente a las partes personadas y remítase testimonio de la misma a la indicada sección de la Audiencia.

Así por ésta lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**698**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 23 DE GENER DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs extraordinari per infracció processal: improcedència de la queixa**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La procuradora dels tribunals Sra. Anna Maria Ros Navarro, en nom i representació del Sr. Xavier F. Z. i altres, va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de queixa contra la interlocutòria de data 28 d'octubre de 2002, dictada per la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació 93/02, que va denegar el recurs de reposició interposat contra la interlocutòria de 2 d'octubre de 2002 que denegava la preparació d'un recurs extraordinari per infracció processal contra la interlocutòria de 16 de juliol de 2002.

Ha estat designat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** La Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar el dia 16 de juliol de 2002 una interlocutòria que desestimava el recurs d'apel·lació i declarava la incompetència de la jurisdicció civil per a conèixer del litigi sobre expulsió de dos socis de la Federació Catalana de C. M., que en tot cas s'havia de plantejar davant la jurisdicció contenciosa administrativa.

Els agents van interposar recurs extraordinari per infracció processal contra aquesta resolució, que la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona va declarar que no es podia tenir per preparat mitjançant una interlocutòria de data 2 d'octubre de 2002, ja que en aplicació de la disposició final setzena, apartat 1, regla 3<sup>a</sup> de la Llei d'enjudiciament civil va entendre que la resolució recorreguda no podia ésser objecte d'aquest recurs extraordinari per no tractar-se d'una sentència dictada en segona instància per a la tutela dels drets fonamentals, excepte els de l'article 24 de la Constitució i, també, per no excedir la quantia del litigi la quantitat de 25.000.000 de pessetes. La mateixa Secció 15a va dictar una altra interlocutòria, el dia 28 d'octubre de 2002, que desestimava el recurs de reposició que s'havia interposat contra la resolució anterior.

**Segon.** Els raonaments de la Sala favorables a no tenir per preparat el recurs extraordinari per infracció processal, hem d'entendre que s'ajusten a la legalitat i que, per tant, no escau l'estimació del recurs de queixa. En aquest tràmit sols escau afegir que la part recurrent es limita en el seu extens escrit d'interposició del recurs de queixa a establir uns arguments favorables a la competència de la jurisdicció civil, però sense fer cap referència als arguments que, segons la Sala d'instància, no permeten tenir per preparat el recurs extraordinari per infracció processal, amb oblit de l'àmbit del recurs de queixa.

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit que havia de desestimar el recurs de queixa interposat per la procuradora dels tribunals Sra. Ana Maria Ros Navarro, en nom i representació del Sr. Xavier F. Z., del Sr. Joan V. E., del Club C. B. M. i del Club S. C. de M., contra la interlocutòria de data 28 d'octubre de 2002 dictada per la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el seu rotlle d'apel·lació 93/02.

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

**699**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 30 DE GENER DE 2003**

**Recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs**

Presidente:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrados/as:

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Ilmo. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**HECHOS**

**Único.** Se ha substanciado el presente rollo por razón de la remisión a este Tribunal de los autos originales correspondientes a la primera y a la segunda instancia del procedimiento para remoción de tutor tramitado con el núm. 1970/99-5 en el Juzgado de 1ª Instancia nº 40 de Barcelona y con el número de rollo 296/2001 de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, y ello en virtud del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por doña Gloria y Don Guillem de P. F.-C. contra el auto de 20 de junio de 2002 dictado por la citada Sección de la Audiencia.

El recurso extraordinario indicado fue tenido por preparado por la Audiencia, la cual, mediante oficio de 14 de noviembre pasado, elevó los autos junto con el recurso extraordinario interpuesto a este Tribunal, quien por providencia de 16 de diciembre último acordó poner de manifiesto las actuaciones a las partes y al Ministerio Fiscal para que formularan las alegaciones que estimaren convenirles sobre la posible incompetencia de este Tribunal para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal planteado; han presentado sendos escritos la recurrente y el Ministerio Fiscal con el contenido que en ellos consta.

Es ponente el magistrado Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.** Con arreglo a la regla 1ª del apartado 1 de la disposición adicional 16ª de la Ley de enjuiciamiento civil, corresponde a la Sala 1ª del Tribunal Supremo la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal planteado; sin que pueda esta Sala atraer la competencia al no haberse formulado conjuntamente recurso de casación del que debiera conocer.

Procederá en consecuencia devolver los autos originales de 1ª y 2ª instancia a la Sala que los remitió, junto con testimonio de la presente resolución, para que proceda conforme a derecho.

Por lo anterior, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido:

**PARTE DISPOSITIVA**

Declararse incompetente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por doña Gloria y Don Guillem del P. F.-C. contra el auto de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictado en su rollo núm. 296/2001.

Devuélvase a dicho Tribunal las actuaciones con testimonio de la presente resolución, para que proceda conforme a derecho en relación con el indicado recurso extraordinario.

Lo acordó la Sala y firman los magistrados que la forman; doy fe.

**700**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 3 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència de la queixa. Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència quan es fonamenta en la infracció de preceptes que possibiliten la interposició del recurs extraordinari per infracció processal**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte.

Uniu al rotlle el testimoniatge de la sentència del Jutjat de 1<sup>a</sup> Instància núm. 4 de Gavà; i,

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** El Sr. Josep I. C. va interposar davant d'aquesta Sala un recurs de queixa contra la interlocutòria de la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona de 9 de setembre de 2002, denegatòria del recurs extraordinari de cassació per interès cassacional que pretén formular contra la Sentència de 15 de juliol de 2002 dictada per aquella Sala en el rotlle núm. 172/002, derivat de les actuacions núm. 474/000 del Jutjat de 1<sup>a</sup> Instància núm. 4 de Gavà en judici sobre separació matrimonial. La interlocutòria esmentada de 9 de setembre de 2002 va ser confirmada per una altra de la mateixa Sala de 8 d'octubre passat desestimatòria del recurs de reposició que el Sr. I. havia interposat contra l'anterior.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** A la vista de l'escrit de preparació del recurs de cassació de l'art. 477. 2.3r. de la Llei d'enjudiciament civil, preparació que ha esta denegada per les interlocutòries que són objecte d'aquest recurs de queixa, i a la vista també d'aquestes interlocutòries, escau manifestar que:

El punt 1 de l'apartat primer de l'escrit de preparació denuncia la infracció dels art. 84 i 86.1.d del Codi de família de Catalunya i els art. 97 i 146 del Codi civil, per tal com el

recurrent entén que la quantitat a què l'Audiència l'ha condemnat pagar a la seva esposa mensualment com a pensió compensatòria “excede objetiva y claramente del nivel de vida que mantenía la esposa durante el matrimonio, perjudicando gravemente a mi mandante, el cual queda en una situación de empobrecimiento con respecto a la situación del matrimonio ...”.

Aquest plantejament no presenta l'interès cassacional del núm. 3r. de l'art. 477.2 de la Llei processal perquè no està comprès en cap dels supòsits taxats de l'apartat 3 del mateix precepte ni se n'al·lega ni justifica cap; i no és suficient adduir la infracció dels preceptes legals que s'esmenten si no es justifica el supòsit concret de l'interès cassacional que hauria de possibilitar el recurs per aquesta via.

En el mateix punt 1 també de l'apartat primer de l'escrit de preparació s'al·lega com a fet rellevant “que no se haga mención en la Sentencia de la pretensión alternativa de esta parte en primera y segunda instancia de que en caso de atribuirse pensión a la esposa ésta tuviera un carácter temporal, de lo que se deduce que dicha pretensión se ha desestimado (desestimación tácita) pese a que en el caso que nos ocupa, por sus circunstancias específicas, se dan los requisitos que hubieran hecho de dicha fijación temporal sin duda una solución adecuada...”. Aquest plantejament incorre en la mateixa causa d'inviabilitat de la cassació per manca de tot interès cassacional transcendent a banda de l'interès particular del recurrent, la qual cosa no fa possible el recurs per la via emprada.

En el següent punt 2 del mateix apartat primer de l'escrit preparatori s'al·lega “infracción de las reglas de la carga de la prueba en cuanto a la determinación de los ingresos de mi representado, con infracción del art. 217 de la LEC que hace referencia a la carga de la prueba ...”. Aquest motiu tampoc permet habilitar un recurs de cassació per interès cassacional, perquè a banda que no es veu quin podria ser l'interès cassacional d'aquesta qüestió, el cert és, a més, que, contràriament al que manifesta el recurrent, la infracció de l'art. 217 de la Llei processal fa part dels requisits interns de la Sentència (Secció 2<sup>a</sup> del capítol VIII de la mateixa Llei) i, per tant, l'al·legació d'infracció de tal precepte s'hauria de canalitzar per la via del recurs extraordinari per infracció processal del núm. 469.1.2n, ja que, com assenyalava l'exposició de motius de la Llei nova en el 8è. paràgraf de l'apartat XIV, s'ha optat per la decisió, en absolut gratuïta, de deixar fora de la cassació les infraccions de lleis processals; coses totes que fan també inviable la denúncia per a tenir per preparat el recurs de cassació intentat.

L'apartat segon de l'escrit preparatori, en el seu punt 1, considera excessives les quantitats que l'Audiència ha fixat a càrrec seu per a l'esposa en concepte de pensió compensatòria segons el tenor dels seus ingressos i de les restants circumstàncies concurrents; quantitats que entén el recurrent “que han sido fijadas a raíz de una incorrecta valoración indiciaria de los ingresos de mi representado al momento de la separación...”. Aquest plantejament incorre en iguals motius d'inviabilitat cassacional assenyalats anteriorment; tenint en compte endemés que el recurrent tampoc expressa de quina manera contravé la Sentència que impugna la doctrina de les audiències provincials que esmenta, ni justifica la identitat de supòsits entre els punts decidits per aquestes amb els d'actes ni on rau la contradicció.

Per totes les quals coses tampoc és escaient donar pas a aquest motiu.

I per últim,

L'apartat 2 del mateix escrit addueix que era procedent en aquest procediment concret establir una pensió compensatòria de caràcter temporal, i entén que en no fer-ho la Sentència *a quo* ha entrat en contradicció amb les sentències de les audiències que indica; però no



exposa on rau el nucli de la suposada contradicció de la Sentència d'actes amb la doctrina d'aquelles, i difícilment ho podia explicar perquè, com va declarar aquesta Sala en la Sentència de 4 de març de 2002, sobre aquesta qüestió no hi ha regles generals sinó que depèn de les circumstàncies de casa cas; coses totes que també fan inviable la queixa formulada per la inadmissió de la preparació de la cassació.

Per tot l'anterior, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Desestimar aquest recurs de queixa perquè es considera ben denegada la preparació del recurs de cassació.

Posar-ho en coneixement de la Secció 12a de l'Audiència a fi que consti en les seves actuacions.

Es dirà a la part recurrent que contra aquesta interlocutòria no hi ha recurs (art. 495.5 de la Llei d'enjudiciament civil).

Ho acorda i mana la Sala i ho signen els seus components. En dono fe.

**701**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 3 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de queixa: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte; i

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** El procurador dels tribunals Sr. Àngel Joaniquet Ibarz ha presentat en aquesta Sala, en nom i representació del Sr. Francesc Xavier D. G., un escrit en què formula un recurs de queixa contra una interlocutòria de la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona de 30 d'octubre darrer, confirmada per una altra de 3 de desembre passat, en les quals es va denegar al recurrent tenir per preparat un recurs extraordinari per infracció processal contra la interlocutòria d'aquella Sala de 30 de setembre anterior en què, en resoldre el recurs d'apel·lació núm. 539/2002, va declarar que no era procedent la compensació sol·licitada pel recurrent en la fase d'execució de sentència de les actuacions de separació matrimonial núm. 443/92 del Jutjat de 1a Instància núm. 15 dels d'aquesta ciutat.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** Segons allò que disposa la regla 1a de la disposició addicional 16.1 de la Llei d'enjudiciament civil, correspon a la Sala 1a del Tribunal Suprem la competència per conèixer del recurs extraordinari per infracció processal; sense que pugui aquesta Sala atraure la competència per tal com no hi ha preparat conjuntament un recurs de cassació per al coneixement del qual ella pugui ser competent.

Per l'anterior, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

### **PART DISPOSITIVA**

Declarar-se incompetent per conèixer del recurs de queixa de què s'ha fet esment en l'antecedent de fet únic d'aquesta resolució.

Es notificarà a la part i, ferma que sigui aquesta resolució, es procedirà a l'arxiu de les actuacions.

Ho acorda la Sala i ho signen els seus components al marge esmentats. En dono fe.

702  
**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de revisió: competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer d'aquest recurs extraordinari**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte; i,

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** Ha estat presentat en aquesta Sala un escrit signat pel procurador dels Tribunals Sr. Jordi Pich Martínez, actuant en representació de la Sra. Núria B. C., en què interposa demanda de revisió de la Sentència dictada per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 466/2001-A en el qual, segons exposa el recurrent, es declara "la nulidad de contrato de compraventa celebrado entre los demandados, Distribución y Servicios F., SA, y doña Núria B. C. en fecha 7 de mayo de 1999, respecto de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Segur de Calafell, al tomo XXX, libro XXX, finca registral XXX, con imposición de las costas de la instancia a la parte demandada y sin expreso pronunciamiento sobre las de esta alzada para ninguno de los recursos interpuestos".

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** L'art. 509 de la Llei d'enjudiciament civil determina que la revisió de sentències fermes es sol·licitarà "a la Sala Civil del Tribunal Suprem o a les Sales del Civil i Penal dels Tribunals Superiors de Justícia, conforme a allò disposat a la Llei orgànica del poder judicial".

**Segon.** L'art. 73.1.b de la Llei orgànica del poder judicial atribueix a aquesta Sala la competència per a conèixer del recurs extraordinari de revisió contra les sentències dictades pels òrgans jurisdiccionals civils d'aquesta Comunitat "en matèria de dret civil, foral o especial propi de la Comunitat Autònoma...".

**Tercer.** Vist que de l'escrit de demanda de revisió no se'n desprèn cap element del qual es pugui entreveure que la Sentència que es pretén revisar s'hagi fonamentat en dret civil propi d'aquesta Comunitat, escau declarar la incompetència d'aquest Tribunal per conèixer de la demanda de revisió esmentada; raó per la qual,

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Declarar-se incompetent per conèixer de la demanda de revisió de què s'ha fet esment en l'antecedent de fet únic d'aquesta resolució.

Notifiqueu-ho a la part. I un cop ferma aquesta resolució, arxiveu el procediment.

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

703  
**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de cassació basat en la quantia: requisits. Recurs de cassació fonamentat en la manca de jurisprudència: improcedència**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte; i,

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona va remetre a aquesta Sala les actuacions del seu rotllo d'apel·lació núm. 592/2001 derivat del judici declaratiu de menor quantia núm. 272/99 del Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Cerdanyola del Vallès, en haver preparat la part recurrent (el Sr. Joan D. V.) recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació contra la Sentència dictada per aquella Sala el 13 de març passat.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Per prescripció de l'art. 484.1 de la Llei d'enjudiciament civil, aquesta Sala ha d'examinar en primer terme la seva competència per a conèixer del recurs de cassació (i subsegüentment del d'infracció processal conforme a la disposició addicional 16.1.1a d'aquella Llei). La seva competència és clara en aquest cas, segons el tenor del paràgraf segon de l'art. 478.1 de la Llei, atès que s'al·lega com a fonament del recurs la infracció de l'art. 342 de la Compilació del dret civil de Catalunya.

**Segon.** L'apartat 1 de la regla 5a de la disposició addicional 16a de la Llei d'enjudiciament civil, determina que si es tramiten conjuntament —com és el cas— un recurs per infracció processal i un recurs de cassació, la Sala haurà d'examinar en primer lloc si la resolució que es recorre és susceptible de recurs de cassació; i si no ho és, acordarà la inadmissió del recurs per infracció processal.

**Tercer.** Per determinació de l'apartat 3 del núm. 2 de l'art. 483 de la mateixa llei processal, la Sala, abans de resoldre la inadmissió del recurs de cassació, haurà de posar de manifest a les parts personades, mitjançant una provisió, la possible causa d'inadmissió del recurs per tal que en el termini de 10 dies formulin les al·legacions que tinguin per convenients.

Atès que en aquest cas no hi ha parts personades en aquest rotlló ja que no hi han comparegut, no s'ha pogut complir el tràmit esmentat.

**Quart.** El núm. 1r de l'art. 483.2 de la Llei d'enjudiciament civil disposa que escaurà inadmetre el recurs de cassació quan, a pesar que s'hagi tingut per preparat, sigui improcedent per no ser recurrible la sentència o per qualsevol defecte de forma no esmenable en què s'hagués incorregut en la preparació.

**Cinquè.** En aquest cas l'escrit de preparació de la cassació es fonamentava en dos motius:

El primer, sota l'apartat A, s'emparava en l'art. 477.2.2n de la Llei d'enjudiciament civil. Aquest motiu és inviable perquè el mateix escrit preparatori reconeix "la imposibilidad del acceso casacional por la cuantía del asunto, que no supera la cifra actual de 25 millones de pesetas"; raó per la qual la Sentència de l'Audiència no és recurrible en cassació per aquesta via, i escau declarar-ho així en aquesta interlocutòria.

I el motiu segon, sota l'apartat B, es fonamentava en els art. 479.4 i 477.2.3r de la Llei processal i al·legava la infracció de l'art. 342 de la Compilació del dret civil de Catalunya i dels principis que informen el dret civil català. Aquest motiu es basa:

en el fet que l'Audiència ha resolt el cas fent aplicació d'una doctrina contrària a la d'aquest Tribunal Superior en decidir qüestions similars "y que se concreta en la aplicación del principio de derecho supletorio del Código civil de forma automática en cuanto a la configuración de la posesión hábil para que se produzca la usucapión prevista en la Compilación, sin la adecuada flexibilidad que comporta el casarlo con los principios que informan el Dret Civil Català".

I al marge de l'anterior,

També s'al·lega que "no existe doctrina específica sobre la configuración de los elementos objetivos de la norma (art. 342 de la Compilación) dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya".

Pel que fa a l'al·legació que hem transcrit a l'apartat *a*), escau dir que el recurrent no ha complert l'obligació de l'apartat 4 de l'art. 479, ja que no va expressar les sentències que possessin de manifest la jurisprudència contradictòria amb la doctrina de la sentència *a quo*.

I l'adduïda inexistència de doctrina específica d'aquesta Sala sobre la configuració dels elements objectius de l'art. 342 de la Compilació, tampoc pot ser base per a fonamentar la cassació ja que són moltes les sentències d'aquesta Sala que han incidit sobre la qüestió (de les quals es poden esmentar a simple títol d'exemple les de 9 de novembre de 1992; 6 de juliol de 1993; 14 de febrer, 17 d'octubre i 1 de desembre de 1994; 27 de març, 17 de juliol i 2 d'octubre de 1995; 26 de febrer, 23 de maig i 10 d'octubre de 1996; 23 de setembre de 1997; 4 de maig de 1998; 29 de juliol de 2002; etc.). En totes elles aquest Tribunal s'ha pro-

nunciat sobre les diferents vessants de l'art. 342 de la Compilació, per la qual cosa tampoc escau l'admissió de la cassació per aquest motiu.

**Sisè.** La inadmissió del recurs de cassació determina la inadmissió simultània del d'infracció processal, segons allò que assenyala la regla 5a de la disposició addicional 16.1 de la Llei processal.

Per tot l'anterior, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Inadmetre els recursos extraordinaris de cassació i d'infracció processal a què s'ha fet referència en l'antecedent de fet únic d'aquesta resolució, i declarar la fermesa de la Sentència que n'era objecte.

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



704  
**INTERLOCUTÒRIA DE 3 DE FEBRER DE 2003**

**Qüestió de competència territorial negativa derivada d'un procediment monitori: competència de l'organisme jurisdiccional del lloc on s'ha pogut practicar el requeriment de pagament**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte; i

**FETS**

**Únic.** El Jutjat de 1<sup>a</sup>. Instància núm. 3 de Tarragona remet a aquest Tribunal el seu procés monitori núm. 9/03 per tal que resolgui el conflicte negatiu de competència suscitat entre ell i el del núm. 2 de Lleida, on es tramitava aquest procés amb el núm. 151/02.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**RAONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Són fets acreditats a les actuacions que:

El 5 de març de 2002 la mercantil R. I, SAU, va formular davant el Jutjat de Lleida la petició d'un procés monitori per reclamar el pagament de 674.94 ? a la societat M. I .M., SCCL, domiciliada al c/ XXX, núm. 1, d'aquella ciutat pels serveis de telefonia, internet i tractament informatitzat de dades que li havia prestat i que no havien estat pagats.

El procediment va correspondre al Jutjat núm. 2 de Lleida, el qual, per una provisió del dia 6 de març de 2002, es va declarar territorialment competent en atenció que es manifestava que la deutora tenia el seu domicili a Lleida (art. 813 de la Llei d'enjudiciament civil) i va disposar requerir-la per tal que en el termini de 20 dies pagués a l'actora la quantitat objecte de reclamació en els termes de l'art. 815.1 de la Llei d'enjudiciament civil.

En anar a practicar el requeriment, el funcionari judicial va fer constar no poder accedir al domicili assenyalat i que el veí va informar que l'empresa M. I M. feia un any que no hi era.

La part instant va sol·licitar l'auxili judicial per a l'esbrinament del domicili d'acord amb allò que determina l'art. 156 de la Llei processal civil, auxili que el Jutjat va prestar

amb el resultat de confirmar-se que la demandada constava de baixa des de feia més d'un any al domicili que s'havia assenyalat, sense que se'n conegués cap altre, però sí el del seu administrador el Sr. Antonio L. C. L., que estava domiciliat al c/ XXX, núm. XX, del municipi de Sarral (prov. de Tarragona).

A la vista de l'anterior, i atès que l'art. 813 estableix que la competència per al procés monitori és exclusivament la del jutge del domicili o de la residència de l'actor o, si no són coneguts, el lloc en què el deutor pugui ser trobat per a fer-li el requeriment de pagament, el Jutjat núm. 2 de Lleida va demanar al Ministeri Fiscal l'informe a què fa referència l'art. 58 de la Llei. El fiscal va manifestar que el jutge territorialment competent era el de Tarragona, a la vista de la qual cosa el Jutjat de Lleida, per interlocutòria de 9 de desembre darrer, va declarar-se incompetent per continuar coneixent del judici monitori per constar com a domicili del demandat el de Sarral (Tarragona), i va acordar remetre les actuacions als jutjats de Tarragona.

El Jutjat núm. 3 de Tarragona, per una interlocutòria de 10 de gener d'enguany, va rebutjar la inhibició del Jutjat núm. 2 de Lleida, va declarar la incompetència territorial del Jutjat de Tarragona per entendre del procés monitori esmentat, i va remetre les actuacions a aquesta Sala per a dirimir la discòrdia.

**Segon.** L'art. 813 de la Llei d'enjudiciament civil estableix com a regla imperativa la competència territorial per a conèixer el procés monitori: és territorialment competent el del domicili del deutor, i si no és conegut, el del lloc en què es pot trobar el deutor per a practicar-li el requeriment de pagament.

En aquest cas, en la sol·licitud de judici monitori es deia que el domicili de la deutora era a Lleida i Lleida hauria estat òbviament el lloc territorialment competent per conèixer del monitori. Però va resultar que la deutora havia desaparegut de Lleida feia més d'un any i s'ha esbrinat que l'administrador de la societat deutora té el seu domicili a Sarral (prov. de Tarragona), on s'ha de poder practicar el requeriment de pagament, cosa que determina la competència del Jutjat núm. 3 de Tarragona.

No pot acceptar-se l'argumentació d'aquest darrer Jutjat referent a l'aplicació de l'art. 411 de la Llei de procediment civil, per tal com l'alteració de domicili de la deutora no s'ha produït després de presentada la demanda sinó que s'havia produït més d'un any abans, cosa que fa inaplicable tant l'art. 411 esmentant com la *perpetuatio jurisdictionis* que el Jutjat remitent invoca.

Per l'anterior, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

## PART DISPOSITIVA

Declarar que la competència territorial per a conèixer del judici monitori de què s'ha fet esment en el fet primer d'aquesta resolució correspon al Jutjat de 1ª Instància núm. 3 de Tarragona, a qui es remetràn les actuacions amb testimoni d'aquesta resolució; i es posarà en coneixement del Jutjat núm. 2 de Lleida trametent-li també un testimoni de la present.

Ho acorda i mana la Sala, i ho signen els seus components al marge esmentats. En dono fe.

**705**  
**SENTÈNCIA DE 10 DE FEBRER DE 2003**  
*Montserrat L.F. / Josep P.S.*

**Compensació econòmica per raó de treball: finalitats. Compensació econòmica per raó de treball: el requisit de l'enriquiment injust. Pensió compensatòria en les situacions de crisi matrimonial: determinació del seu import. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: facultats de l'Audiència Provincial respecte a l'admissió del recurs. Tutela judicial efectiva. Principi dispositiu. *Iura novit curia***

Presidente:

Exmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilmo. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 64/2002 contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18ª. de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 305/2001, como consecuencia de las actuaciones de separación matrimonial núm. 230/2000 seguidas ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 51 de Barcelona. La Sra. Montserrat L. F. ha interpuesto este recurso representada por el procurador Sr. Antonio De Anzizu Furest y defendida por el letrado Sr. Agustí Peyra Molins. Es parte contra la cual se recurre el Sr. José P. S., representado por el procurador Sr. Ángel Montero Brusell y defendido por el letrado Sr. M.A. Rosselló Esteban.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El procurador de los tribunales Sr. Antonio Mª de Anzizu Furest, en nombre y representación de la Sra. Montserrat L. F., formuló demanda de separación conyugal núm. 230/2000 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó Sentencia con fecha 4 de diciembre de 2000, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente: "1º Decreto la separación conyugal de los ahora litigantes Dª Montserrat L. F. Y D. Josep P. S., que contrajeron matrimonio en Vilabeltran (Girona) el 3 de octubre de 1986. Firme esta resolución dése traslado de la misma con expresión de su firmeza al Sr. Juez Encargado del Registro Civil de Villabeltran a fin de que proceda a las inscripciones marginales oportunas debiendo remitir certificación de los nuevos asientos para constancia en la ejecutoria.

"2º Se atribuye la guarda y custodia sobre el hijo matrimonial José P. L. a la madre Dª Montserrat L. F. A favor del padre. Sr. P. se dispone el siguiente régimen de relación y visitas:

fin de semana alternos de cada mes desde la salida del colegio el viernes hasta la vuelta al mismo el lunes. Todos los miércoles desde la salida del colegio de José hasta la vuelta al mismo el jueves siguiente. Mitad de vacaciones escolares de verano, navidad y semana santa correspondiente el primer periodo al padre los años pares y a la madre los impares y viceversa. Todo ello sin perjuicio que ambos progenitores lleguen a otro acuerdo más beneficioso para el menor cuya opinión consultarán en las facetas que le incumban. Por primer periodo veraniego se entiende el mes de julio y por segundo el mes de agosto. Por primer periodo navideño se entiende desde que José comience el colegio hasta el 31 de diciembre a las 17 horas. El segundo abarca desde ese momento hasta la reanudación de la actividad escolar. En Semana Santa el primer periodo abarca desde que comienzan las vacaciones hasta el jueves antes a las 19 horas. El segundo periodo, desde ese momento hasta que reanude la actividad escolar.

“B/ Se atribuye el uso de la vivienda, enseres y ajuar, en ella existentes a la madre Sra. L., que residirá en compañía del hijo José cuya guarda y custodia se le atribuye. Tal vivienda familiar es la sita en esta ciudad calle XXX, XX. El piso de la segunda residencia sita en el Vall d’Aran, localidad de Casaril, camino XXX, nº X, su ajuar y plaza de parking corresponderá al progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia sobre el menor por tenerlo en su compañía ya por atribución ya en régimen de relación y visitas.

“C/ En concepto de alimentos en sentido amplio para el hijo común José el Sr. P. ingresará mensualmente la suma de 300 mil pesetas. Además abonará los gastos de matriculación y colegio incluida media pensión del pequeño José. Los padres contribuirán por mitades a los gastos extraordinarios que pudieran originarse y caso de disidencia se estará a la resolución judicial.

“E/ En concepto de contribución a las cargas familiares el Sr. P. abonará a la Sra. L. dentro de los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta corriente que la misma designe la suma de 300 mil pesetas que serán revisables igualmente anualmente.

“F/ Se dispone a favor de la Sra. L. una compensación económica por importe de 10 millones de pesetas que podrá satisfacer el Sr. P. S. de una sola vez o aplazándolo en tres anualidades en cuyo caso engendrarán el interés legal del dinero.

“G/ Como pensión compensatoria el Sr. P. abonará a la Sra. L. una cantidad equivalente a cinco veces el salario mínimo interprofesional fijado en cada momento por el Gobierno.

“4º Se entienden desestimadas cuantas pretensiones hayan formulado los contendientes por vía de acción principal, oposición o reconvencción implícita en cuanto no aparezcan recogidas o se contradigan con lo anteriormente resuelto.

“5º Declaro que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.”

**Segundo.** Contra esta Sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó sentencia en fecha 20 de mayo de 2002, con la siguiente parte dispositiva: “Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por la representación de Don Jpsé P. S., contra la sentencia y auto aclaratorio de la misma dictados por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº Cincuenta y Uno de Barcelona, en fecha cuatro y veintinueve de diciembre de dos mil, debemos revocar y revocamos la mentada resolución en las medidas referentes a la pensión alimenticia del hijo, a la contribución a las cargas del matrimonio, a la compensación económica, a la pensión compensatoria y a la atribución del uso de la segunda residencia, y así:

1) En concepto de pensión alimenticia para el hijo común de los litigantes, José, a cargo de su padre, se fija la cantidad de mil doscientos cinco euros (1.205 euros), más los gastos de matriculación y colegio, incluida media pensión del hijo, que serán abonados directamente por dicho progenitor.

2) Se deja sin efecto la suma señalada por el concepto de contribución a las cargas familiares, y en su lugar, se establece que cada cónyuge deberá sufragar por mitad el importe del IBI y los gastos relativos a la comunidad de propietarios de la vivienda conyugal, al ser ésta propiedad en común y proindiviso de ambos consortes.

3) Se deja sin efecto y se suprime la cantidad fijada a favor de la esposa y a cargo del marido por el concepto de compensación económica del artículo 41 del Codi de família.

4) Como pensión compensatoria a favor de la Sra. L. y a cargo del Sr. P. se fija la suma de mil seiscientos cincuenta y cinco euros (1.655 euros), con la temporalidad de cuatro años a computar desde la fecha de la resolución apelada.

5) Se deja sin efecto la atribución del uso de la segunda residencia sita en el Valle d'Arán.

Confirmándose la sentencia de instancia en todos sus restantes pronunciamientos y efectos.

Todo ello, sin hacer imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes litigantes.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.”

**Tercero.** Contra esta Sentencia, el procurador Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest, en nombre y representación de la Sra. Montserrat L. F., interpuso este recurso de casación ante la Sala 18<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, que se fundamentó en los siguientes motivos:

“1. Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso: Art. 41 de la Ley catalana 9/1998, de 15 de julio, Código de familia.

“2. Infracción de las normas procesales para resolver las cuestiones objeto del proceso: Art. 84 de la Ley catalana 9/1998, de 15 de julio, Código de familia.”

**Cuarto.** Por auto de esta Sala de fecha 23 de septiembre de 2002 se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto y se dio traslado a la parte recurrida y personada para que formalizase su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

Por providencia de fecha 24 de octubre de 2002 se tuvo por formulada la oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de enjuiciamiento civil se señaló la celebración de la vista. La mencionada vista tuvo lugar el día 16 de enero de 2002, a las 10:30 horas de la mañana.

Se ha designado ponente al Excm. Sr. Guillem Vidal i Andreu.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Se interpone ante esta Sala recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 20 de mayo de 2002 por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona, en rollo de apelación 305/2001 procedente de juicio de separación matrimonial nº 230/2000 tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona.

El recurso fue preparado ante la Sección indicada de la Audiencia y sustentado en el art. 477.2.2º (superar la cuantía de 25.000.000 pesetas, hoy 150.253 euros) y en el 477.2.3 en relación con el 477.3 (existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales), todos de la Ley de enjuiciamiento civil. La Audiencia tuvo por preparado el recurso (auto de 18 de junio de 2002) pero no por las causas aducidas por el recurrente, que rechazó en los razonamientos jurídicos primero y segundo, primer párrafo (al no haberse seguido el pleito por razón de la cuantía y al no haber criterios contradictorios en la Audiencia Provincial de Barcelona, y sí sólo el de fijación de las pensiones en razón a las concretas circunstancias concurrentes), sino en la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en materia de Ley —Código de familia de Catalunya— que no lleva más de cinco años en vigor, es decir, en el apartado último del art. 477.3 de la LEC.

El recurso de casación fue interpuesto en fecha 23 de julio de 2002 y admitido por esta Sala, previa la remisión de las actuaciones, por auto de 23 de septiembre del mismo año.

Funda el recurrente su recurso en la infracción de los arts. 41 y 84 del citado Código de familia de Catalunya y alega, cual la Audiencia sostuvo, que no existe jurisprudencia de esta Sala sobre tales preceptos. La parte recurrida invoca determinadas causas que, a su entender, deberían haber conducido a la inadmisión del recurso y que, en esta fase procesal, habrían de concluir en su desestimación, quejándose de que la Audiencia haya acogido una causa de admisión no alegada por el recurrente. Denuncia la parte recurrida que la contraparte en la preparación del recurso sólo citó tres sentencias de la Audiencia Provincial, que las mismas, además, no son contradictorias y, ya sobre el motivo actual, que existe abundante doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales respecto a la materia debatida en el pleito y sobre precepto similar en la anterior legislación (art. 23 de la Compilación de derecho civil de Catalunya).

Ninguna consideración ha de hacer esta Sala sobre los defectos que presentaba la preparación del recurso ante la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona y que fueron rechazados por ésta. El recurso actual se reconduce por la vía del último párrafo del art. 477.3 de la LEC, esto es, inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior sobre normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre determinados aspectos de la pensión compensatoria y así lo ha hecho en una primera sentencia de 31 de octubre de 1998 —sobre el similar precepto del art. 23 de la Compilación—, en otra de 27 de abril de 2000 y en las más recientes de 4 de marzo y 21 de octubre de 2002. Ahora bien, lo anterior no quiere decir que haya *consolidado* una doctrina sobre los concretos aspectos que en este pleito se han debatido, porque en ocasiones no eran los mismos puntos los discutidos y en otras las declaraciones jurisdiccionales más bien constituyen *obiter dicta*. A lo largo del estudio del recurso irán surgiendo estas particularidades.

Más grave resulta —y en esto hay que dar la razón a la parte recurrida— que la Audiencia haya desvelado *de oficio* un motivo de admisibilidad del recurso no denunciado por la recurrente. Corresponde obviamente a la parte que recurre invocar los motivos que, a su entender, viabilizan el recurso y a la Audiencia corresponde *tan sólo* resolver si los *motivos alegados* permiten o no tener por preparado el recurso, de conformidad con las normas procesales que regulan la materia, pues ni siquiera es la Audiencia el órgano de admisión. Otra cosa sería desconocer el principio dispositivo que rige en el derecho procesal civil y extender desmesuradamente el *iura novit curia*.

Dicho lo anterior —que se supone la Audiencia tendrá en cuenta en lo sucesivo—, el recurso presente ha de seguir su andadura procesal en obediencia de los principios de tutela judicial efectiva y de acceso a los recursos jurisdiccionales, sobre todo teniendo en cuenta que, en este caso, no se ha producido indefensión al contar la contraparte con todos sus derechos de alegación y contradicción.

**Segundo.** El primer motivo de recurso invoca infracción del art. 41 del Código de familia de Catalunya, Ley 9/1998, de 15 de julio.

Se alega en el recurso que la Audiencia sostiene erróneamente que sólo procede la compensación económica respecto al cónyuge que se ha dedicado *exclusivamente* a la casa o ha trabajado desinteresadamente para el otro, sin retribución o con retribución insuficiente, generándose una situación de desigualdad económica y un enriquecimiento injusto a favor del otro cónyuge. Se queja también la parte recurrente de que la sentencia combatida afirme que “ha trabajado durante varios años del matrimonio por cuenta ajena fuera del hogar conyugal”, cuando lo cierto es, según la parte, que “la esposa trabajó poco más de un año de los trece que duró el matrimonio”.

La primera parte del motivo exige unas precisiones antecedentes. La Audiencia no hace sino transcribir *casi* literalmente el texto del art. 41 que se dice conculcado y que reza así: “En els casos de separació judicial, divorci o nul·litat, el cònjuge que, sense retribució o amb una retribució insuficient, ha treballat per a la casa o per a l'altre cònjuge té dret...”. La tesis, a mayor abundamiento, ha sido confirmada en nuestras sentencias de 27 de abril de 2000 y de 21 de octubre de 2002 y se adecua a la finalidad de la norma. Ya en la sentencia de 31 de octubre de 1998 se decía que : “el legislador catalán en sintonía con la Resolución del Consejo de Ministros de Europa de 27 de septiembre de 1978 afirma que no es insensible a la necesidad de introducir correctivos en el régimen legal para evitar posibles situaciones de desigualdad a la hora de la extinción del matrimonio”, y en la de 27 de abril de 2000 se expresaba que la indemnización compensatoria supone un elemento corrector del régimen de separación de bienes, vigente como supletorio en Cataluña, que trata de recompensar el trabajo desinteresado de uno de los cónyuges para el hogar o para el otro cónyuge, evitando situaciones de desigualdad patrimonial que deriven en un enriquecimiento injusto al concluirse la sociedad matrimonial. Acoger la tesis generalista contraria, que parece patrocinar la parte recurrente, tratando de compensar situaciones de desigualdad cuando ambos cónyuges han compatibilizado su actividad profesional fuera del hogar, sería no sólo ir contra la letra y espíritu de la norma, sino, además, destruir el régimen de separación de bienes, cuya esencia está en la división de patrimonios dentro del matrimonio.

Ahora bien, es de todo punto cierto que la Audiencia agrega en su texto un importante elemento corrector de la norma que no se encuentra en ella al aludir a que la dedicación a la casa debe serlo en régimen de *exclusividad*. Esto, efectivamente, ni lo expresa el art. 41 del Código ni se ajusta a su finalidad. La norma trata, como se ha dicho, de compensar el trabajo desinteresado del cónyuge que opta por dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos, porque esta opción es precisamente la que permite al otro cónyuge mantener y, en su caso, aumentar el patrimonio conyugal, y sería de todo punto injusto que esta opción —que debe beneficiar a ambos consortes— derivara en enriquecimiento de uno y empobrecimiento de otro. De ahí que la ley no ponga adjetivo alguno a la dedicación a la casa (piénsese en el cónyuge que *reduce* su jornada laboral para cuidar del hogar y de los hijos) y deja al arbitrio del juzgador la determinación y fijación de la pensión equilibradora.

Y aquí entra el segundo punto de disidencia del recurrente con la sentencia. La Audiencia declara que la esposa ha trabajado durante *varios años* fuera del hogar, pero declara asimismo que no se da el enriquecimiento injusto por parte del marido —elemento éste esencial, como se ha visto, de la procedencia de la indemnización compensatoria— “toda vez —dice la sentencia— que el patrimonio de éste, procedente prácticamente en su totalidad de la herencia paterna, no se ha acrecentado constante matrimonio, cosa que sí ha acontecido en cambio con el de la esposa, constando además el piso conyugal inscrito a nombre de ambos consortes, pese a ser el mismo abonado exclusivamente por el esposo...”. En definitiva la Audiencia viene a sentar que no ha existido enriquecimiento por parte del marido y que, en todo caso, de haber existido, no sería injusto, esto es, sin causa o cuya causa hubiera sido la dedicación de la esposa al cuidado del hogar, del esposo y del hijo habido en el matrimonio.

Lo cierto es que la hoy recurrente, según se halla probado, contrajo matrimonio en octubre del año 1986 y trabajó fuera del matrimonio hasta marzo del año 1989 (las demás actividades comerciales en una empresa de decoración se han revelado insustanciales). La separación matrimonial, decretada en la sentencia de primera instancia, se produce en el año 2000. Hay, pues, acreditados, trece años de convivencia conyugal y algo más de dos años de trabajo de la esposa fuera del hogar familiar. Lógico es desprender de lo anterior que la recurrente dedicó su actividad plena a la casa durante unos once años y una actividad reducida durante algo más de dos.

A lo anterior debe añadirse, también según lo acreditado, que el esposo posee hoy un notable patrimonio y que la esposa queda con la mitad del piso conyugal y poco más, siempre según lo averdado. Si esto se enlaza con lo expuesto precedentemente habrá de concluirse que el mantenimiento y aumento, en su caso, del patrimonio del esposo —aunque procediera de sus bienes privativos— no hubiera sido posible sin la opción de la esposa, sin la dedicación de ésta a la casa, que propició la dedicación —ésta sí *exclusive*— del marido a la consolidación del patrimonio.

Con tales premisas resulta inasumible la postura de la Audiencia, que parece situar el enriquecimiento injusto como resultado de una actividad constante matrimonio cuando la Ley lo sitúa como consecuencia de la desigualdad patrimonial, esto es, una vez comparados los patrimonios resultantes de ambos cónyuges.

El recurso, en consecuencia, debe ser estimado y declararse la firmeza en este punto de la sentencia de primera instancia, al no tener esta Sala otros elementos o criterios de valoración que los que tuvo el juez, cuyas conclusiones no se antojan arbitrarias, ilógicas ni irracionales.

**Tercero.** Como segundo motivo invoca la parte recurrente vulneración del art. 84 del mismo Código de familia de Catalunya, aunque, por error puramente material como se comprueba en su texto), lo titule como de infracción de normas procesales.

Este motivo no puede ser acogido.

Critica el recurrente la limitación temporal de la pensión compensatoria, que califica de *excepcional* con base en algunas declaraciones contenidas en sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, y termina con una valoración de los datos probatorios para concluir solicitando una pensión compensatoria equivalente a cinco veces el salario mínimo interprofesional.

Cierto que el Tribunal de instancia no ha sido en este punto relativo a la temporaliza-



ción de la pensión lo suficientemente explícito, pero esta Sala ya ha mostrado claramente su criterio. La ya antes citada Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2002, después de estudiar minuciosamente el precepto —y concordantes— del Código concluía que: “Deviene, pues, claro que el Código de familia (art. 86) permite la fijación del término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial”. La doctrina se reprodujo en la Sentencia —también citada— de 21 de octubre del mismo año. La fijación de un plazo en la pensión compensatoria no es, pues, un criterio *ilegal*; es, por el contrario, una *opción* legal.

Pero, en cualquier caso, lo que sí resulta inadmisibles es la pretensión de una nueva valoración de la prueba —como también se decía en la última de las sentencias— tanto porque no puede sustituirse el criterio objetivo e imparcial del Tribunal por el interesado de una parte, cuanto porque no se combate en este caso el resultado del análisis probatorio por los cauces de casación legalmente previstos.

Si los criterios establecidos para la fijación de la pensión han de ser el *status* o posición social y económica del matrimonio, duración del período convivencial, dedicación primordial o exclusiva de uno de los cónyuges al sostenimiento del consorcio y de los hijos comunes, situación de los consortes después de la crisis matrimonial, preparación personal y profesional ante el mercado laboral, etc. (Sentencia de 4 de marzo de 2002 ), vemos cómo la sentencia que se combate analiza, en sus distintos fundamentos, todas estas características del caso concreto para concluir que “en función de las circunstancias concurrentes en el presente caso y en especial la edad de la esposa —44 años en el momento de interponer la demanda judicial—, el tiempo de duración del matrimonio —casi 13 años— y que ésta tiene cierta cualificación profesional y experiencia en el mundo laboral, lo que le puede facilitar, obviamente, su acceso al mercado de trabajo...” (el subrayado es propio y demuestra la circunstancialidad del pronunciamiento).

Las conclusiones a que llega la Audiencia, tras el ponderado análisis de los hechos, tampoco aparecen aquí como irracionales, arbitrarias o ilógicas, y así pues han de ser mantenidas.

El segundo motivo de recurso ha de ser, en consecuencia, desestimado.

**Cuarto.** De conformidad con el art. 398.2 de la LEC no se hará expresa imposición de las costas causadas.

Por todo lo expuesto,

## PARTE DISPOSITIVA

Debemos estimar parcialmente el recurso de casación formulado por el procurador de los tribunales D. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest, en nombre y representación procesal de D<sup>a</sup>. Monserrat L. F., contra la Sentencia dictada en fecha 20 de mayo de 2002 por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona, en rollo de apelación 305/2001 procedente de juicio de separación matrimonial 230/2000 tramitado en el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 51 de Barcelona; en consecuencia, revocamos la misma en el solo sentido de conceder a D<sup>a</sup>. Montserrat L. una compensación económica por importe de 60.101 euros que deberá satisfacer D. José P. S. de una sola vez o aplazándolo en tres anualidades, en cuyo último caso engendrará el interés legal; se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia y no se hace expresa imposición de las costas causadas en este recurso.

Notifíquese la presente a las partes personadas y con su testimonio remítase el rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así por ésta, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**706**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de revisió: competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia per a conèixer d'aquest recurs extraordinari**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats/ades:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En aquest Tribunal s'ha registrat d'entrada la demanda interposada pel procurador dels tribunals Sr. Carlos Salvans Fernández, en nom i representació de la Sra. M<sup>a</sup> Pilar B. T., en petició de revisió de sentència ferma, petició que es dirigeix contra el Sr. José M. P. i la Sra. María de los Ángeles M. P..

**Segon.** Aquest Tribunal ha dictat provisió de 9 de desembre de 2002 en la qual fou designat com a ponent l'Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu, a qui foren passades les actuacions per tal de dictar resolució en relació amb l'admissió de la demanda de revisió presentada.

Actua com a ponent el magistrat de la Sala l'Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** La demanda de revisió origen d'aquest procediment sol·licita la rescissió de la Sentència ferma dictada en el judici verbal de desnonament núm. 187/00, rotlle d'apel·lació núm. 362/01, per la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Barcelona.

**Segon.** Aquesta Sala va declarar en la seva Sentència de 16 de setembre de 1997, per les raons que a bastament s'hi exposen i d'acord amb la doctrina de sentències del Tribunal Suprem com les de 15 de desembre de 1994 i 17 d'abril de 1996, entre d'altres, que la competència d'aquest Tribunal Superior per a conèixer dels recursos extraordinaris de revisió està circumscrita als supòsits en què la matèria objecte del litigi que origina el recurs de revisió és pròpia del dret civil de la Comunitat Autònoma, d'acord amb allò que disposa l'art. 73.1.b de la Llei orgànica del poder judicial en relació amb l'art. 20.1.a de l'Estatut d'autonomia; i això ho ha reiterat aquesta Sala en les seves interlocutòries de 6, 9, 13, 20, 23 i 30 d'octubre de 1997; 9 de febrer de 1998; 26 de juliol de 1999, i 22 de juny de 2000, entre d'altres.

**Tercer.** Atès que no està inclòs en els esmentats supòsits el cas de la Sentència de què aquí es demana revisió (segons es desprèn de la demanda revisòria i dels documents que s'hi han adjuntat), escau declarar la nostra incompetència i remetre als interessats a la competència del Tribunal Suprem, a la Sala 1<sup>a</sup> del qual hauran, si escau, d'adreçar-se.

Pel que s'ha dit anteriorment, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Declarar-se incompetent per a conèixer del recurs extraordinari de revisió de què fa esment detallat als antecedents de fet d'aquesta resolució, i declarar consegüentment la inadmissió a tràmit de la demanda de revisió presentada.

Es retornarà als interessats el dipòsit que varen presentar.

Així ho acorda la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i ho signen els magistrats esmentats al marge que la componen.

707  
**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

President:

Exm. Sr. Guillem Vidal i Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** Mitjançant Sentència de 18 de juliol de 2002, la Secció 18<sup>a</sup> de l'Audiència Provincial de Barcelona va estimar en part el recurs d'apel·lació interposat pels Srs. Eladia H. A. i José María L. B. havien interposat contra la Sentència de 21 de novembre de 2001 dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 17 de Barcelona en el judici ordinari 240/2001, interposat pels Srs. Eladia H. A. y José María L. B.

**Segon.** En escrit de 2 d'octubre de 2002 la representació dels Srs. David L. H. i Núria M. C., va presentar un escrit de preparació de recurs de cassació contra l'esmentada Sentència, el qual va ser formalitzat mitjançant un escrit de 20 de novembre de 2002.

**Tercer.** Trameses les actuacions a aquesta Sala, per provisió de data 19 de desembre de 2002 es designà magistrat ponent, al qual, d'acord amb l'art. 483 de la Llei d'enjudiciament civil, es passaren les actuacions.

Ha estat designat ponent l' Il·lm. Sr. Ponç Feliu Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Amb caràcter previ, i d'acord amb l'article 484.1 de la Llei d'enjudiciament civil, s'ha de declarar la competència d'aquesta Sala per a conèixer del recurs de cassació, segons estableix l'article 478.1.11 de la mateixa Llei, ja que la resolució contra la qual es recorre ha estat dictada per la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona i en l'únic motiu de recurs s'al·lega, segons l'escrit de preparació, la infracció de l'art. 135. 3 del Codi de família de Catalunya.

**Segon.** Pel definitiu pronunciament sobre l'admissió de tal recurs, cal tenir en compte el següent:

Deriva el litigi d'una demanda interposada pel Sr. Josep Maria L. B. i la Sra. Eladia H. A., en la seva condició d'avis paterns del menor Daniel L. M., contra el Sr. David L. Herranz i la Sra. Núria M. i C.; demanda en la qual s'interessava que es declarés el dret d'aquests avis a comunicar-se amb el seu nét i que es fixés el corresponent règim de visites. Aquestes pretensions foren desestimades en primera instància, però no així en apel·lació, on la referida Audiència Provincial reconegué el dret dels avis a visitar el seu nét, raó per la qual la primera Resolució “se revoca en el sentido de atribuir a los actores un derecho mínimo de visitas consistente en que puedan tener en su compañía al nieto, en defecto de otro acuerdo mejor, un sábado cada quince días, de 16 a 20 horas, recogiendo al menor y reintegrándolo al domicilio paterno”.

Aquest pronunciament ha motivat que els pares del menor formulessin —després de demanar un aclariment de la sentència que fou refusat— el present recurs de cassació, fonamentat en el núm. 3 de l'apartat 2n de l'art. 477 de la LEC, adduint la presència d'interès cassacional “por darse el supuesto de que no existe doctrina jurisprudencial del citado Tribunal Superior sobre la anteriormente referida norma”.

**Tercer.** El recurs s'ha d'inadmetre pel següent:

A) La darrera jurisprudència del T.S. ha anat assenyalant, pel que fa al recurs per interès cassacional, la necessitat d'expressar la matèria en la qual existeix contradicció o sobre la qual falti doctrina legal.

Així, la Interlocutòria del T.S. de 2 de juliol de 2002 aclareix que “...No basta que el recurrente invoque la infracción de algún precepto que lleve menos de cinco años en vigor: el *interés casacional*, también en esta fase de preparación del recurso, debe ser objetivable”, és a dir, que presenti “ya en esta fase del recurso” “...un conflicto jurídico real”, cosa que serveix, sempre en aquesta “fase de preparación del recurso”, per a impedir “...crear de manera artificiosa el interés del recurso mediante la cita de un precepto legal o norma jurídica claramente inaplicables al objeto litigioso”. S'exigeix, en definitiva, que les normes invocades “por ser naturalmente reclamadas por el sustrato fáctico de la pretensión ejercitada, fuesen aplicables de oficio por el Tribunal sentenciador, sin alteración de la *causa petendi*” del litigi.

B) Una mínima identitat fàctica s'esdevé, doncs, essencial perquè quan, com passa en el cas, l'interès cassacional es fonamenta en la inexistència de jurisprudència, la identitat substancial s'haurà de produir entre el fet judicat en la sentència que es recorre i el fenomen previst, amb caràcter general, en el corresponent precepte. Això és així perquè si falta una mínima connexió entre realitat fàctica i realitat fenomènica descrita en la norma, sobra qualsevol judici de valor.

C) Aquesta mínima concreció fàctica i consegüent identificació del nucli litigiós no s'ha realitzat en l'escrit de preparació del recurs, que es limita a assenyalar que ha estat infringit l'art. 135.3 del Codi de família de Catalunya i que sobre aquest precepte no existeix doctrina jurisprudencial d'aquest Tribunal. Aquesta absoluta falta d'explicitació sobre quina podria ser la doctrina legal inexistente que podria resultar d'utilitat per a resoldre el plet portaria, sense necessitat de cap més consideració, al rebuig del recurs per la seva defectuosa preparació; sobretot, atesa la generalitat del precepte que es diu infringit.

**Quart.** Però és més: fins i tot en el supòsit que el recurs hagués superat el tràmit de preparació —cosa que es diu només a efectes dialectics—, tampoc s'esbrina on podria residir el seu interès cassacional.

En efecte, el precepte que es diu infringit i respecte al qual considera necessària la part recurrent que es comenci a configurar una doctrina legal per part d'aquest Tribunal (doctrina certament inexistent) regula el sempre prevalent interès del menor, que conforma el paràmetre que precisament ha tingut en compte la sentència combatuda, que contínuament recorda que “el derecho que se esgrime de los ascendientes sólo puede desconocerse cuando exista una situación de posible perjuicio al menor o mediando una justa causa”; que “es un derecho en función del menor”; que “el derecho de los ascendientes existe y es tutelable en tanto favorezca el derecho del menor”, que “no puede decirse que exista objetivada una razonable probabilidad de perjuicio cierto o estimable para el menor”, etc.

Les afirmacions de la recurrent conforme el cas presenta qüestions jurídiques consistents a interpretar què s'ha d'entendre per *justa causa* o si el dret dels avis a relacionar-se amb el nét és incondicional i preferent al del menor, constitueixen els purs artificis als quals es refereix el Tribunal Suprem per intentar la part accedir il·lícitament a un recurs extraordinari que li està vedat.

D'una banda, el concepte de *justa causa* és intel·ligible fora del conjunt circumstancial. Serà una concreta casuística —i res més— el que farà que en unes ocasions els tribunals apreciïn i en altres no l'existència de justa causa per a suspendre, modificar o denegar el dret dels familiar a relacionar-se amb els seus parents menors, apreciacions fàctiques desproveïdes del menor interès cassacional.

D'una altra banda, la qüestió sobre si és preferent el dret dels ascendents al dret del menor sí que és eminentment jurídica, però resulta que tant la sentència combatuda com el recurrent coincideixen en la mateixa tesi: que en qualsevol cas és prioritari l'interès del menor, de manera que no existeix cap discrepància, llevat de la fàctica, en considerar tal recurrent, contra el criteri de la sentència combatuda, que, en el present cas, seria més convenient per al menor no veure els seus avis, aspecte casuístic que no ofereix tampoc el més mínim interès cassacional.

Tot el que mena, doncs, a un pronunciament d'inadmissió del recurs

**Cinquè.** La total inadmissió del recurs comporta la condemna en costes del recurrent (arts. 398 i 394 LEC).

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix inadmetre el recurs de cassació promogut per la representació del Sr. David L. H. i Núria M. C. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 18) de data 18 de juliol de 2002, dictada en el rotlló d'apel·lació núm. 137/2002, derivat del procediment núm. 240/2001 del Jutjat de Primera Instància núm. 17 de Barcelona, amb imposició de costes a la part recurrent.

Contra la present interlocutòria no hi ha recurs de cap mena.

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

708  
**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Es té per presentat l'escrit anterior de la procuradora Sra. Montserrat Socias Baeza i per efectuades les al·legacions que s'hi contenen, i

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** Amb data 24 d'octubre de 2002 la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida va dictar sentència que en la seva part dispositiva deia: "DESESTIMEM els recursos d'apel·lació interposats per Francisco Javier R. V. i per Ramona Mercedes R. R., ambdós contra la Sentència de 15 de juliol de 2002 del Jutjat de 1<sup>a</sup>. Instància i Instrucció número 1 de Lleida, que CONFIRMEM íntegrament, sense que escaigui especial imposició de les costes d'aquesta segona instància".

Contra l'anterior resolució, la procuradora dels tribunals senyora Susana Rodrigo Fontana, en nom i representació de la senyora Ramona R. R. va interposar recurs de cassació.

Amb data 13 de gener de 2003 aquesta Sala va dictar provisió que en l'aspecte dispositiu deia: "El recurs de cassació que interposa la senyora Ramona Mercedes R. R. es fonamenta en el fet que la Sentència que es recorre presenta interès cassacional que concreta en tractar-se el recurs d'una norma que no porta més de cinc anys en vigor i en el fet que hi ha doctrina contradictòria de les audiències provincials.

"Una lectura de la sentència dictada per l'Audiència que és objecte de recurs i del recurs interposat permet deduir que l'objecte d'aquest queda molt lluny de la funció nomofilàctica que inspira la cassació, i en conseqüència el que es pretén és una nova valoració de la qüestió fàctica de què tracta el litigi.

"D'acord amb el que preveu l'article 483.3 de la Llei d'enjudiciament civil, escau posar de manifest a les parts personades les possibles causes d'inadmissió esmentades per tal que s'hi pronunciïn en el termini de DEU DIES."

Ha estat ponent la magistrada d'aquesta Sala Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.



## FONAMENTS DE DRET

**Únic.** La recurrent, segons es desprèn dels escrits per mitjà dels quals es preparà i s'interposà el recurs de cassació de què ara es tracta, empara l'esmentat recurs en la concurrència d'interès cassacional, que concreta en l'existència de doctrina contradictòria de les audiències provincials i en l'aplicació de normes de no més de cinc anys de vigència.

Només escau una lectura de l'escrit d'interposició del recurs per deduir que el nucli fonamental en el qual la recurrent identifica l'interès cassacional, està emmarcat en els articles 84 i 86.d del Codi de família, i en concret a determinar si la pensió compensatòria a què fan referència els avantdits articles ha de ser temporal de forma imperativa o, contràriament a aquesta consideració, pot ésser fixat un termini de manera potestativa.

En relació amb l'anterior disjuntiva aquest Tribunal tingué oportunitat de pronunciar-se en una única sentència: la de 4 de març de 2002; o sigui que, en aquest moment, no hi ha jurisprudència d'aquest Tribunal.

També és cert que sobre el tema de què ara es tracta hi ha doctrina jurisprudencial contradictòria emesa per les audiències provincials.

Malgrat totes les anteriors consideracions no escau l'admissió del recurs plantejat perquè una lectura d'aquest deixa clar sense cap mena de dubtes que, a redós d'un suposat interès cassacional que s'al·lega a l'empara de l'article 477.2.3 de la LEC, la recurrent l'únic que pretén és la revisió de les circumstàncies fàctiques que concorren en el cas concret per tal que li sigui atorgada una pensió compensatòria sense limitació temporal.

En virtut de l'exposat, i com que la valoració del cas concret queda vedada en via cassacional, aquesta Sala ha de rebutjar el recurs plantejat.

Per consegüent,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix la inadmissió del recurs de cassació interposat per la procuradora senyora Montserrat Socias Baeza, en nom i representació de la senyora Ramona Mercedes R. R., contra la Sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida en data 24 d'octubre de 2002 en el rotlle d'apel·lació núm. 89/2002.

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

709  
**SENTÈNCIA DE 13 DE FEBRER DE 2003**  
*Pilar C.V. / Joan V.P.*

**Principis que informen la legislació catalana sobre filiació. Retroactivitat de les normes del Codi de família sobre filiació: determinació del seu abast. Acció d'impugnació de la paternitat matrimonial: caducitat de l'acció i qüestions de dret transitori. Indefensió**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el recurs extraordinari de cassació interposat per la representació de la Sra. Pilar C. V., representada davant d'aquest Tribunal pel procurador Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest i dirigida per l'advocat Sr. Agustí M. Bassols i Parés, contra la Sentència dictada per la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 24 de maig de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència del Jutjat de primera instància núm. 18 de Barcelona de 4 d'octubre de 2001 en les actuacions de judici de menor quantia 441/99. El Sr. Juan V. P., aquí part recorreguda, no ha comparegut en aquesta instància. Amb la deguda intervenció del Ministeri Fiscal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de la Sra. Pilar C. V. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència dictada en data 25 de maig de 2002 per la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el seu rotlle d'apel·lació núm. 145/02, que en la seva part dispositiva deia: "Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Pilar C. V., contra la sentencia de fecha 4 de octubre de 2001, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 18 de Barcelona en autos de menor cuantía n<sup>o</sup> 441/99, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas de esta alzada a la recurrente".

**Segon.** Per interlocutòria d'aquesta Sala de data 14 de novembre de 2002, la Sala va decidir admetre el recurs de cassació interposat, sense que s'hagi efectuat escrit d'oposició. Posteriorment es va assenyalar dia per a la celebració de la vista, que es va efectuar el 27 de gener passat.

Ha estat ponent la magistrada Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** A criteri de la Sala resulten antecedents històrics d'interès per tal d'afavorir una correcta comprensió de la qüestió debatuda els següents:

a) Aquest litigi s'inicià per virtut de demanda presentada per la senyora Pilar C. V. contra el senyor Juan V. P., i en la esmentada demanda s'exercia una acció d'impugnació de la paternitat matrimonial.

b) La senyora Pilar C. V. i el senyor Juan V. P. havien contret matrimoni el 24 de febrer de 1973, i com a filles de l'esmentat matrimoni foren inscrites en el Registre Civil competent les nenes Ariana, nascuda el 3 de juny de 1977, i Montserrat-Deyanira, nascuda el 6 d'octubre de 1984.

c) En la demanda es feia expressa al·lusió al fet que el matrimoni havia trencat la convivència durant un període de temps en el curs del qual la demandant havia mantingut relacions sexuals amb un tercer, fruit de les quals nasqué Montserrat-Deyanira.

d) El 3 d'octubre de 1991 fou dictada Sentència en el Jutjat de Primera Instància número 18 de Barcelona que acordà la separació matrimonial dels litigants, i amb data 23 de març de 1993, el mateix Jutjat va decidir el divorci del matrimoni contret en la data més amunt esmentada.

e) El demandat s'oposà a la demanda esgrimida per la senyora C., però en cap cas afirmà la filiació biològica de Montserrat-Deyanira ja que acceptava que ell mateix havia decidit la pràctica d'una prova hematològica que havia resultat contrària a la seva paternitat. Malgrat l'anterior, en la contesta a la demanda s'invocà la caducitat de l'acció amb expressa menció de l'article 107 del Codi de família, i es va fer esment de raons afectives per tal de mantenir la paternitat matrimonial que s'impugnava en la demanda.

f) Tant la sentència de primera instància com la que és objecte d'aquest recurs de cassació s'inclinaren per decretar caducada l'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial, i consegüentment rebutjaren la demanda.

**Segon.** En l'únic motiu de cassació interposat contra la sentència dictada per l'Audiència que va declarar caducada l'acció per tal d'impugnar la paternitat matrimonial qüestionada en la contesa, addueix la recurrent vulneració de l'article 107 del Codi de família (CF), de la disposició transitòria tercera, apartats 1 i 2, del susdit Codi i altres normes que concreta en el desenvolupament del motiu de recurs.

En els antecedents exposats de forma prèvia la recurrent fa expressa menció d'una sèrie de circumstàncies que no és sobrer exposar: *a)* que la prova biològica practicada en primera instància exclougué la paternitat del demandat; *b)* que la recurrent no qüestiona l'aplicació de l'article 107 del Codi de família de manera retroactiva però, no gensmenys, també ressalta que el *thema decidendi* es conforma en la determinació del *dies a quo* per tal de començar el còmput del termini de dos anys acollit pel citat article 107 del CF, en el cas de descobriment de proves en les quals es fonamenta la impugnació de la paternitat; *c)* que és pel febrer de 1996 quan la demandant tingué coneixement suficient de les proves que exclouen la paternitat del qui fou el seu marit en relació amb Montserrat-Deyanira, i *d)* que el Codi de família de 1998 havia entrat en vigor el 23 d'octubre del mateix any.

**Tercer.** En el cos del motiu del recurs es fa expressa insistència en el fet que, segons el criteri de l'Audiència que confirmà el sostingut en primera instància, resultaria que la caduci-

tat declarada en la sentència que es recorre s'hauria produït el febrer de 1998, o sigui nou mesos abans que el "Codi de família hagués establert la possibilitat d'interposició de l'acció impugnatòria a partir del descobriment de referència".

Emparada en l'anterior consideració la recurrent invoca una situació d'indefensió per haver estat privada (segons el seu criteri) de la facultat d'impugnar la paternitat matrimonial del senyor V., de la qual gaudia, segons raona, d'acord amb la legislació derogada.

En el recurs es parteix de la consideració que l'article 12 de la Llei de filiacions de 27 d'abril de 1991, que resultà substituït pel Codi de família, pel que fa a l'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial per part de la mare, en nom propi o en nom del fill menor o incapacitat, no establia termini de caducitat, però si una exigència de caràcter objectiu constituïda per la suspensió de la vida en comú, la nul·litat, la separació o el divorci.

**Quart.** Abans d'abordar l'estudi del tema sotmès al criteri d'aquesta Sala no resulta ociós recordar una sèrie d'antecedents d'indole històrica que han de servir de pauta a aquest estudi.

Com és sabut una pot ésser la relació biològica de filiació d'una persona, i una altra diferent la relació jurídica de filiació. El dret català, pel que concerneix a la determinació judicial de la filiació, s'ha regit des de l'edat mitjana i fins a la Compilació de 1960 pel dret romà-canònic i, tal com ha tingut oportunitat de repetir aquesta Sala, s'ha caracteritzat per la cerca, sense traves, de la veritat biològica, per la vigència del principi de la lliure investigació de la paternitat amb l'admissió de tota classe de proves. Però escau dir que, si bé la regulació que passà a formar part de la Compilació fou massa restrictiva, tant la legislació anterior a la Compilació com els preceptes compilats significaven molt més que la llibertat de prova en matèria de filiació, i representaven la seva preocupació per la verdadera relació biològica, la cerca de la veritat real i, per tant, de la real paternitat en tots els casos i terrenys. Tota aquesta concepció s'ha emmarcat dintre de l'anomenat *principi de veracitat*.

En relació amb la determinació de la filiació, segons ha posat en relleu autoritzada doctrina, és possible fer distinció de dues concepcions o postures oposades: a) la una realista, presidida per l'esmentat principi de veracitat que suava tractàvem, b) l'altra formalista, des preocupada de la veritat biològica, que sobrevalora altres elements i valors, la pau familiar, la seguretat jurídica. Així doncs, s'ha de ressaltar que la Constitució espanyola recull expressament el principi de veracitat en l'article 39.2, en dir: "la Llei farà possible la investigació de la paternitat".

L'anterior circumstància no pot ésser obviada en el moment d'interpretar i aplicar els preceptes que regulen les relacions de filiació; per tant, no seria una interpretació respectuosa amb el text constitucional aquella que posés impediments o traves no volgudes per la Llei, i que impedís la declaració de la paternitat real.

El Codi de família s'inclina totalment —no podia ser d'altra manera— per l'observança del principi de veracitat, tal com demostra l'article 98 de l'esmentat Codi legal. També reflecteix el seguiment del principi de veracitat una lectura de la disposició transitòria tercera de l'esmentat CF, de la qual és d'interès transcriure l'apartat segon: "Les accions de filiació nascudes a l'empara de la legislació anterior, s'han d'ajustar als terminis que l'esmentada legislació assenyali, llevat que el termini corresponent fixat pel títol IV sigui més llarg. Pel que fa al règim jurídic i a la transmissibilitat, s'han de regir per la legislació que resulti més favorable al fill o filla o a les persones legitimades per exercir l'acció".

El fet d'inclinar-se aquest règim transitori pels terminis més favorables a la possibilitat d'exercici de l'acció, i pel règim jurídic més favorable al fill o persona legitimada per l'acció de filiació, suposa la prevalença del principi de veracitat; en canvi, el fet d'establir un termini de caducitat suposa una concessió al principi formalista, fonamentat, com s'ha dit, en raons de pau familiar i seguretat jurídica.

La doctrina s'inclina per considerar que els terminis per a l'exercici de les accions de filiació són (a excepció del cas de l'article 109 CF) més llargs en el CF que en la normativa derogada, pel fet que encara que la llei derogada (article 12 de la Llei de filiacions) guardi silenci quant al termini de caducitat per a l'exercici de l'acció d'impugnació de paternitat per part de la mare, l'esmentada doctrina considera d'aplicació el termini d'un any que regia per al pare i per al fill, una vegada assolida la majoritat.

Quant al règim jurídic de l'exercici de l'acció, a què fa esment la disposició transcrita, abasta el conjunt de normes que regulen l'exercici de l'acció, els pressupòsits de fet bàsics, els elements objectius de l'esmentada acció...

En la Llei de filiacions de 27 d'abril de 1991, constituïria règim jurídic de l'acció la necessitat de suspensió de la vida en comú, nul·litat del matrimoni, separació o divorci.

En l'article 107 del CF, dintre del règim jurídic de l'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial per part de la mare, en nom propi o en interès i representació del fill o filla, menor o incapacitat, s'estableix la possibilitat innovadora (ja que era desconeguda en la legislació derogada) d'exercici de l'acció durant dos anys "comptadors des de la data del naixement d'aquells o del descobriment de les proves en les quals es fonamenta la impugnació".

És evident que el règim jurídic acollit en el CF és més favorable a la mare, que és qui impugna la paternitat matrimonial del qui fou el seu espòs, ja que li permet l'exercici de l'acció en el termini de dos anys comptadors a partir del descobriment de proves, sense cap més exigència referida a la vigència del vincle matrimonial o de la convivència.

Així doncs, queda aclarit el tema de la norma aplicable a favor del Codi de família i escau seguidament abordar l'esmentada qüestió del *dies a quo* del termini fixat en l'article 107 d'aquest cos legal, que la recurrent sotmet a la consideració d'aquesta Sala.

Segons criteri de l'avantdit recurrent, si la nova acció que possibilita la impugnació de la paternitat matrimonial en el termini de dos anys comptadors a partir del descobriment de proves, neix amb l'entrada en vigor del CF per tal com no existia en la Llei de 1991, se li causaria indefensió en el cas que es declarés caducada aquesta acció abans d'aquesta entrada en vigor.

Com s'ha dit, resulta incontrovertit que el febrer de 1998 havien passat dos anys des del descobriment de les proves que posaven seriosament en dubte la paternitat en litigi, i el Codi de família entra en vigor el 23 d'octubre de 1998, i, certament, tal com raona la recurrent, resulta contrari a tota lògica declarar caducada una acció quan encara no havia nascut, atès que la llei que l'havia de prendre en consideració no estava en vigor.

La retroactivitat acollida per la sentència de l'Audiència suposaria uns efectes retroactius en grau màxim, que s'han considerat de molt dubtosa constitucionalitat; en canvi la tesi de la part recurrent, abraça una retroactivitat en grau mínim ja que fa recaure els efectes de la nova normativa en les circumstàncies produïdes després de la seva entrada en vigor.

L'article 2.3 del Codi civil, en dir, en el seu apartat tercer: "Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario", veda la interpretació extensiva de la retroactivitat, en la qual incideix sense dubtes la sentència impugnada. D'altra banda, la interlocutòria de 9 de març de 1999 dictada pel Tribunal Constitucional s'inclina de forma ostensible per

la tesi que resulta de les anteriors argumentacions. Es tractava d'una qüestió d'inconstitucionalitat plantejada per un Jutjat de Primera Instància de Barcelona contra l'article 12.1 de la Llei de filiacions 7/1991, de 27 d'abril, que fixava com a *dies a quo* per al còmput del termini de caducitat la data de naixement del fill o filla. El litigi que provocà la qüestió d'inconstitucionalitat versava sobre la impugnació de la paternitat matrimonial esgrimida pel pare, que descobrí la seva infertilitat congènita quan havien transcorregut sobradament els dos anys del naixement dels dos fills. En el moment d'entrada en vigor del CF, també havien passat els dos anys de caducitat fixats en l'esmentat Codi. Tot i així, el Tribunal Constitucional considerarà que pel fet d'haver derogat el CF la Llei de filiacions de 1991 no tenia raó de ser el recurs d'inconstitucionalitat i declararà extingit l'objecte del procés.

La doctrina acollida en la citada sentència del Tribunal Constitucional i les argumentacions més amunt expressades, comporten l'estimació del motiu del recurs i fan, per tant, que aquesta Sala hagi d'abordar la pretensió exercida en la demanda en el sentit de pronunciar-se respecte de la paternitat del demandat senyor Juan V. P. sobre Montserrat-Deyanira, que consta en el Registre Civil com a filla seva.

És procedent recordar que l'article 98 del Codi de família admet tota classe de proves en la cerca de la veritat biològica, i que l'article 111 del mateix cos legal exigeix una prova concloent per tal de declarar que "el presumpte pare no és progenitor de la persona la filiació de la qual s'impugna".

Ateses les anteriors consideracions i el que disposa l'article 217 de la Llei d'enjudiciament civil, aquesta Sala ha d'arribar a la conclusió del fet que Montserrat-Deyanira no és filla biològica del demandat, ja que en primera instància es practicà una prova concloent que exclou la paternitat en litigi, a saber:

- En la demanda ja s'annexà un informe genètic que afirmava l'exclusió de la paternitat qüestionada.

- El demandat en cap moment s'oposà a la veracitat del susdit informe, sinó que, contràriament a aquesta consideració, s'oposà a la demanda per altres motius que consten en l'escrit de contestació.

- El resultat de la prova biològica de paternitat realitzada en primera instància per part de l'Institut Nacional de Toxicologia és definitiu quan declara que: "los resultados obtenidos excluyen la paternidad de D. Juan V. P. respecto a la menor Montserrat-Deyanira V. C."

- Finalment, la resposta de la part demandada davant el resultat de la prova hematològica no és intranscendent; en relació amb això és d'interès ressaltar que l'esmentada resposta inclou la següent declaració: "Por lo tanto, la prueba practicada acredita que el señor V. no es el padre biológico de Montserrat-Deyanira, pero además la propia niña le ha manifestado que para ella su padre era el señor C. Ante esto nada puede hacer esta parte."

És sabut, per haver estat reiteradament declarat en sentències que tracten de qüestions similars a la que ara es debat, que l'actual nivell científic permet determinar la paternitat amb un grau de probabilitat tan elevat que equival pràcticament a la certesa, i que el percentatge d'encert és del 100% quan es tracta de descartar la paternitat. Davant d'aquesta evidència i de les anteriors argumentacions, escau doncs estimar la demanda i declarar que la menor Montserrat-Deyanira no és la filla biològica del demandat.

**Cinquè.** D'acord amb el previst en l'article 394 de la Llei d'enjudiciament civil, s'han d'imposar al demandat les costes de primera instància. Altrament, en virtut del que disposa l'ar-

article 398 de la Llei d'enjudiciament civil no escau fer expressa imposició de les costes d'apel·lació ni tampoc de les meridades en cassació; per consegüent, vistos els preceptes legals esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix estimar el recurs de cassació interposat pel procurador senyor Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest en nom i representació de la senyora Pilar C. V. contra la Sentència dictada per la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació 145/02 i, consegüentment, estimar la demanda interposada pel procurador senyor Antoni M. de Anzizu Furest, en nom i representació de la senyora Pilar C. V., contra el senyor Juan V. P., i declarar que el demandat no és el pare biològic de Montserrat-Deyanira V. C. Es declara també la nul·litat d'aquesta filiació en l'acta de naixement i s'ordena la rectificació del Registre Civil corresponent, amb la consegüent supressió del cognom patern, ja que la Montserrat-Deyanira portarà els dos cognoms de la seva mare.

Les costes de primera instància s'han d'imposar al demandat, i no escau fer expressa imposició pel que fa a les causades en el recurs d'apel·lació i en aquest grau cassacional.

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

710  
**SENTÈNCIA DE 13 DE FEBRER DE 2003**  
*Ramon T.R. / Josep M.B.*

**Concepte de família segons la Constitució. Compres amb pacte de supervivència: naturalesa jurídica i finalitats. Compres amb pacte de supervivència: poden convenir-les persones que formen una unió estable de parella. Diferències entre les compres amb pacte de supervivència i les donacions per causa de mort. Nul·litat dels pactes sobre successió no oberta: determinació del seu abast. Irretroactivitat de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella. Interpretació de la llei. Recurs de cassació: no escau contra els *obiter dicta* de la sentència recorreguda**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el recurs extraordinari de cassació interposat per la representació de la Sra. Maria P. G., representada davant d'aquest Tribunal pel procurador Sr. Francesc Ruiz Castel i dirigida per l'advocat Sr. Luis Jesús Sánchez Garrido, contra la Sentència dictada per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona el 20 de setembre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència del Jutjat de primera instància núm. 3 de Girona de 19 de març de 2002 en les actuacions de judici de menor quantia 53/01. El Sr. Josep M. B., aquí part recorreguda, ha estat representat per la procuradora Sra. Maria José Bellsolà Casellas i defensat per l'advocat Sr. Pere Plantalech Dalmau.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de la Sra. Maria P. G. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència de data 20 de setembre de 2002 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona en el seu rotlle d'apel·lació núm. 349/02, que a la seva part dispositiva deia: "Desestimem el recurs d'apel·lació formulat per la procuradora Esther Sirvent Carbonell, en representació de Maria P. G., confirmem íntegrament la decisió de la resolució de data 19 de març de 2002, que va dictar el Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Girona en les actuacions de judici de menor quantia núm. 53/2001, de què dimana aquest rotlle, sense mencionar costes del recurs".



**Segon.** Per Interlocutòria d'aquesta Sala de data 12 de desembre de 2002 es va admetre a tràmit el present recurs i es va traslladar a la part recorreguda perquè s'hi oposés, la qual cosa va efectuar dins el termini i en la forma oportuna. Posteriorment es va assenyalar dia per a la votació i decisió del procediment, que van tenir lloc el passat 3 de febrer.

Ha estat ponent el magistrat d'aquesta Sala Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Per tal de centrar les qüestions que planteja el recurs de cassació, és oportú fer una referència breu als fets següents, que s'han acreditat en el decurs de les actuacions:

A) El senyor Ramon T. i R. i la senyora Núria P. i G. van contraure matrimoni el dia 18 de desembre de 1951. En data posterior no determinada es va produir una separació de fet entre el cònjuges i l'esposa va conviure amb el senyor Josep M. i B.

B) El dia 21 de març de 1985 el senyor Josep M. i B. i la senyora Núria P. i G. van atorgar una escriptura pública de compravenda, en la qual manifestaven que s'havien casat en règim de separació de béns i que compraven per meitats indivises i amb pacte de supervivència una finca que es troba a Girona, segons resulta de la certificació registral aportada a les actuacions, ja que cap dels litigants ha aportat l'escriptura pública de compravenda amb pacte de supervivència.

C) La senyora Núria P. i G. va morir el dia 16 de desembre de 1985, i per interlocutòria de data 9 de març de 2000 dictada pel Jutjat de Primera Instància número 8 de Girona va ser declarada hereva intestada la seva germana senyora Maria P. i G.

D) Amb data 25 d'abril de 1997 el senyor Ramon T. i R., que per acta de notorietat havia estat declarat hereu intestat de la seva esposa senyora Núria P. i G., de la qual es trobava separat de fet a la mort de l'esposa, va interposar una demanda contra el senyor Josep M. i B., en la qual interessava es declarés la nul·litat del contracte de compravenda amb pacte de supervivència que s'havia convingut a l'escriptura pública abans esmentada de 21 de març de 1985, pel fet que els compradors no tenien la condició de consorts. Aquesta pretensió va ésser desestimada per la manca de legitimació activa del marit i, també, perquè la sentència considera que la normativa catalana sobre compres amb pacte de supervivència es pot aplicar per analogia a les situacions d'unions estables de parella. La Secció Segona de l'Audiència Provincial de Girona va dictar sentència en grau d'apel·lació el dia 6 de novembre de 1999, que confirmava la recorreguda per manca de legitimació activa del marit.

E) El mes de gener de 2001 la senyora Maria P. i G., en la seva condició d'hereva intestada de la senyora Núria P. i G., va interposar una demanda contra el senyor Josep M. i B., en la qual interessava igualment la nul·litat del contracte de compravenda amb pacte de supervivència que s'havia convingut a l'escriptura pública abans esmentada de 21 de març de 1985. El Jutjat de Primera Instància número 3 de Girona va dictar Sentència el dia 19 de març de 2002, que desestimava la demanda per considerar que la normativa catalana sobre compres amb pacte de supervivència s'aplica per analogia a les unions estables de parella.

F) La senyora Maria P. i G. va interposar recurs d'apel·lació contra aquesta sentència, que va desestimar la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona per Sentència de 20 de setembre de 2002, decisió que fonamenta en l'article 1255 del Codi civil, ja que el principi de llibertat contractual que estableix el precepte permet als cònjuges catalans i no catalans i a les parelles de fet sotmeses o no a la normativa catalana establir un pacte de

supervivència plenament eficaç entre les parts contractants i, en qualsevol altre cas, vàlid com a donació *mortis causa* a la mort d'un dels adquirents, segons l'article 620 del Codi civil.

G) La senyora Maria P. i G. ha interposat recurs de cassació contra aquesta sentència basat en l'interès cassacional per manca de jurisprudència establerta per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, que articula en dos motius, dels quals el primer al·lega infracció de l'article 61 de la Compilació del dret civil de Catalunya, text refós de l'any 1984, i el segon al·lega infracció de l'article 97 de la mateixa Compilació.

**Segon.** El motiu primer del recurs de cassació al·lega infracció de l'article 61 de la Compilació del dret civil de Catalunya, segons el qual “els cònjuges que en règim econòmic de separació de béns comprin béns conjuntament i per quotes iguals, podran pactar entre ells, en el mateix títol l'adquisició, que, a la mort d'un d'ells dos, el supervivent se'n faci seva la totalitat”. Segons la part recurrent, la sentència d'apel·lació fa una interpretació *contra legem* del precepte transcrit, ja que considera vàlid el pacte de supervivència convingut per persones que no estaven unides en matrimoni i, per tant, no estaven subjectes al règim econòmic matrimonial de separació de béns, amb la conseqüència que escau declarar la nul·litat de ple dret del contracte de 21 de març de 1985.

D'aquest plantejament en resulta que el problema fonamental que planteja el recurs de cassació, no és altre que determinar si la típica institució catalana de les compres amb pacte de supervivència sols poden convenir-la les persones que tinguin la condició de cònjuges i que a més a més compleixin els altres requisits que estableix l'article 61 del text de la Compilació, o si també poden convenir-la les persones que han format una situació de parella estable que, per tant, no tenen la condició de cònjuges ni estan subjectes a cap règim econòmic matrimonial.

Les compres amb pacte de supervivència es regulen inicialment en el Llibre I de la Compilació del dret civil de Catalunya, que s'intitula “de la família”, i el mateix criteri segueix el legislador català actual, que les regula en el Codi de família, i més concretament en els seus articles 44 al 47. Amb aquesta precisió es vol assenyalar que es tracta d'una institució de naturalesa familiar, directament relacionada amb el règim de separació de béns segons l'article 61.2 de la Compilació, que opera com un correctiu d'aquest règim econòmic matrimonial establert pels cònjuges a l'empara del principi d'autonomia privada, en contraposició, doncs, amb altres correctius del règim de separació de béns establerts per la llei. Des d'aquesta perspectiva, les compres amb pacte de supervivència es poden qualificar de benefici derivat del règim econòmic matrimonial de separació de béns.

Una segona consideració que cal fer, una vegada precisada la naturalesa familiar de les compres amb pacte de supervivència, és que en el context de la Compilació de l'any 1960 tenen la finalitat concreta de protegir uns interessos familiars derivats del matrimoni, atès que en aquells moments de forma gairebé natural s'identificaven els conceptes de família i de família matrimonial, fet que fonamentaria el criteri dels compiladors de limitar als cònjuges la possibilitat de pactar unes compres amb pacte de supervivència. Però no hem d'oblidar ara que el contracte que ha originat el litigi es va convenir l'any 1985, és a dir, després de la vigència de la Constitució, que en el seu article 39.1 estableix que “els poders públics asseguruen la protecció social, econòmica i jurídica de la família” i que segons la Sentència del Tribunal Constitucional 222/1992, d'11 de desembre, “nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matri-

monio, conclusión que se impone no sólo en la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con que la Norma fundamental considera siempre a la familia” (en el mateix sentit s’han pronunciat el Tribunal Constitucional en les seves sentències posteriors 6/1993, de 18 de gener, i 47/1993, de 8 de febrer, i la Sala Civil del Tribunal Suprem en les seves sentències de 22 de juliol de 1993 i 18 de novembre de 1994).

Si ens atenem, doncs, a la situació actual, ens trobem davant de relacions que es constitueixen per decisió lliure i espontània dels interessats que responen a uns interessos típicament familiars, encara que es constitueixen al marge dels requisits que estableix la llei, com succeeix en relació amb les unions de fet o unions estables de parella, que s’originen amb la finalitat de desenvolupar un projecte de vida en comú semblant, encara que no idèntic, al matrimoni. Amb la conseqüència que si les unions no matrimonials encaixen en el concepte de família que es deriva de la Constitució, institucions pensades i regulades per a protegir determinats interessos patrimonials de la família matrimonial, es poden fer extensives a la família que es deriva d’una unió estable de parella, ja que segons l’article 5.1 de la Llei orgànica del poder judicial els organismes jurisdiccionals han d’interpretar i aplicar les lleis segons els preceptes i els principis constitucionals, d’acord amb la interpretació que resulta de les decisions del Tribunal Constitucional.

Aquests raonaments ens porten a establir que si per la via d’unes compres amb pacte de supervivència es poden corregir, sobre la base del principi d’autonomia privada, determinats inconvenients que pot presentar el règim econòmic matrimonial de separació de béns, en el context jurídic social i familiar que s’ha imposat després de la vigència de la Constitució, el mateix principi d’autonomia privada pot encarrilar determinats interessos patrimonials d’una unió estable de parella que s’ha perllongat durant uns vint anys per la via d’establir entre els convivents un pacte de supervivència en un contracte de compravenda, si així es creu adient per tal de protegir uns interessos familiars. Amb la conseqüència que s’ha de desestimar el motiu primer del recurs de cassació, fonamentat en la pretesa nul·litat del pacte de supervivència pel fet d’haver-lo convingut persones unides per una unió estable de parella i no uns cònjuges en règim de separació de béns.

**Tercer.** Encara que, segons s’ha argumentat en el fonament de dret anterior, s’ha de desestimar el motiu primer del recurs de cassació, amb la finalitat de donar una resposta a totes les qüestions que planteja la part recurrent en unes qüestions innovadores, almenys a nivell jurisprudencial, sembla oportú fer unes precisions sobre el mateix motiu del recurs.

El fonament de dret tercer de la sentència d’apel·lació, després de fonamentar la seva decisió favorable a la validesa de la compra amb pacte de supervivència en el cas del litigi, afegeix com a argument de reforç que el contracte també s’hauria de declarar vàlid com a donació *mortis causa* segons l’article 620 del Codi civil, argumentació que contradiu de forma extensa la part recurrent en el motiu primer del seu recurs de cassació.

Aquí i ara sols hem d’afegir que la posició de l’Audiència Provincial de Girona sobre conversió del pacte de supervivència convingut pels membres d’una unió estable de parella en una donació per causa de mort a favor del supervivent de la parella, no sembla admissible. En primer lloc perquè es vol fonamentar en l’article 620 del Codi civil, precepte que no regeix en el dret civil de Catalunya, que regulava en aquells moments les donacions *mortis causa* en els seus articles 245 al 247 de la Compilació del dret civil de Catalunya, i segons l’article 1.2 i la disposició final quarta de la mateixa Compilació, la normativa catalana sobre donacions per

causa de mort no permet que es pugui considerar vigent en el dret civil de Catalunya l'article 620 del Codi civil. I en segon lloc perquè segons l'article 247 de la Compilació el donant pot en qualsevol moment revocar en escriptura pública la donació per causa de mort, possibilitat aliena a les compres amb pacte de supervivència, ja que, segons l'article 62.3 de la mateixa Compilació, mentre viuen ambdós cònjuges s'ha de mantenir necessàriament la indivisió de la cosa adquirida. Però encara que no s'admet la tesi de la conversió de les compres amb pacte de supervivència en una donació *mortis causa*, en el cas del recurs, pels motius explicitats, s'ha de mantenir el criteri de la sentència recorreguda favorable a la validesa del pacte convingut pels convivents sobre la base dels arguments exposats en el fonament de dret anterior; i, també, perquè segons un criteri jurisprudencial reiterat el recurs de cassació escau contra la part dispositiva i no contra els arguments o raonaments de la sentència recorreguda irrellevants per a la decisió (sentències del Tribunal Suprem de 26 d'octubre de 1990 i 18 de febrer de 1992), amb la conseqüència d'excloure's de l'àmbit del recurs els arguments *obiter dictum* (sentències del Tribunal Suprem de 16 de febrer i 24 de desembre de 1994).

**Quart.** El motiu segons del recurs de cassació al·lega infracció de l'article 97 de la Compilació del dret civil de Catalunya i més concretament del seu apartat segon, en el qual es preveu que "són nuls els pactes o els contractes sobre successió no oberta, llevat els que siguin admesos expressament per aquesta Compilació". Segons la part recurrent la sentència d'apel·lació vulnera aquest precepte, ja que atribueix validesa al pacte de supervivència, que configura com un pacte successori, a un supòsit no previst per la llei, ja que l'article 61 sols permet que puguin convenir-lo els cònjuges que viuen en règim de separació de béns.

El motiu segon del recurs és igualment desestimable. I ho és perquè la pretensió de la part recurrent de configurar-lo jurídicament com un pacte successori, no es considera correcta. Com s'ha argumentat en el fonament de dret segon d'aquesta resolució, les compres amb pacte de supervivència són una institució de naturalesa familiar, que opera com a correctiu del règim econòmic matrimonial de separació de béns voluntàriament establert pels interessats i, per tant, el seu règim jurídic és familiar i no successori, amb la conseqüència que la institució no s'ha de veure afectada per la posició del legislador català sobre l'àmbit de la validesa dels pactes successoris. Com resulta de l'article 61.2 de la Compilació, segons el qual l'adquisició pel supèrstit de la meitat del premort actua, de forma simultània, com a compliment de la condició resolutòria de la titularitat del premort sobre la seva quota i com a compliment de la condició suspensiva que li permet adquirir *ipso iure* o de forma automàtica la quota del premort, que es refereix a un bé concret i determinat, aliena per tant a qualsevol pacte sobre una herència futura.

**Cinquè.** El tercer, i darrer, motiu del recurs de cassació al·lega que la sentència recorreguda fonamenta, també, la seva decisió en els articles 44 al 47 del Codi de família, que estableixen la regulació actual de les compres amb pacte de supervivència, que, com recorda la part recurrent, segueixen el criteri que va instaurar la Compilació de limitar als cònjuges que viuen en règim de separació de béns la possibilitat de convenir una compravenda amb pacte de supervivència; i afegeix que la Llei catalana 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella no permet que les persones que viuen en aquesta situació puguin convenir una compravenda amb pacte de supervivència.

En relació amb el darrer motiu del recurs sols cal dir que la referència que fa la sentència d'apel·lació als articles esmentats del Codi de família en el seu fonament de dret tercer

constitueix un *obiter dictum* de la resolució que, segons s'ha argumentat en el fonament de dret tercer d'aquesta mateixa resolució, no pot determinar la cassació de la sentència recorreguda. I d'altra banda, ni el Codi de família ni la Llei d'unions estables de parella de l'any 1998 poden regular una compravenda amb pacte de supervivència convinguda l'any 1985, que en el mateix any va produir els seus efectes a favor del supervivent per haver premort l'altre adquirent l'any 1985, com a conseqüència del principi d'irretroactivitat de les lleis, segons resulta de l'article 9.3 de la Constitució i de l'article 2.3 del Codi civil.

**Sisè.** Els raonaments anteriors determinen la desestimació total del recurs de cassació, amb la subsegüent imposició de costes a la part recurrent, segons preveu l'article 398.1 de la Llei d'enjudiciament civil.

Per tot el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

### **PART DISPOSITIVA**

Desestimar el recurs de cassació que ha interposat la procuradora dels tribunals senyora Esther Sirvent i Carbonell, que actua en nom i representació de la senyora Maria P. i G., contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona el dia 20 de setembre de 2002, en el rotlle d'apel·lació número 249/2002, que es confirma en tots els seus punts; amb imposició de costes a la part recurrent.

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

711  
**INTERLOCUTÒRIA DE 20 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de cassació interposat sobre la base de la quantia: inadmissió**

President:

Exm. Sr. Guillem Vidal i Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** Mitjançant Sentència de 2 de setembre de 2002, la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Tarragona va estimar en part el recurs d'apel·lació interposat per la Sra. Margarita Bonet Andrés contra la Sentència de 31 de maig de 2001 dictada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 6 de Reus en el judici de menor quantia núm. 245/2000, interposat per la Sra. Margarita B. A.

**Segon.** En un escrit de 7 d'octubre de 2002 la representació de la Sra. Margarita B. A., va presentar un escrit de preparació de recurs de cassació contra l'esmentada sentència, el qual va ser formalitzat mitjançant un escrit de 20 de novembre de 2002.

**Tercer.** Transmeses les actuacions a aquesta Sala, per provisió de data 16 de desembre de 2002 es designà magistrat ponent, al qual, d'acord amb l'art. 483 de la Llei d'enjudiciament civil, es passaren les actuacions.

**Quart.** Per provisió de data 30 de gener de 2003 i de conformitat amb allò disposat a l'apartat tercer del punt 2 de l'article 483 de la LEC, s'atorgà a les parts el termini de deu dies a fi de que formulessin les al·legacions escaients respecte a la possible causa d'inadmissió del recurs, consistent en la indeterminació o insuficiència de la quantia del litigi.

Ha estat designat ponent l' Il·lm. Sr. Ponç Feliu Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Amb caràcter previ, i d'acord amb l'art. 484.1 i la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil, s'ha de declarar la competència d'aquesta Sala per a conèixer del recurs de cassació interposat, ja que la resolució contra la qual es recorre ha estat dictada per la Secció 1ª de l'Audiència Provincial de Tarragona, havent-se al·legat infracció de normes del dret civil de Catalunya.

**Segon.** Tanmateix, disposa l'article 483 de la LEC que escau la inadmissió del recurs de casació si, malgrat haver-se considerat preparat, resulta improcedent per no arribar a la quantia requerida.

En aquest cas el recurrent ha manifestat, tant en l'escrit de preparació com en el d'interposició i en el tràmit d'al·legacions de l'art. 483.3 de la Llei processal civil, que la sentència "... es recurrible en casación por ser de las comprendidas en el caso 2º del apartado 2º del art. 477 de la LEC" (escrit de preparació); que és procedent el recurs "cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas, siendo de este carácter la expresada" (escrit d'interposició) i, en fi, que, malgrat no haver-se fixat la quantia, "debería procederse a su fijación de acuerdo con la realidad del valor de los bienes que en el suplico de la demanda se describen...", els quals es diu que "según informe pericial que consta unido a los autos ascienden a una suma superior a los treinta millones de pesetas" (escrit d'al·legacions).

Per la seva banda, la part recorreguda s'oposa a l'admissió del recurs adduint que s'està davant un plet de quantia indeterminada "puesto que al formalizar su demanda, la parte demandante ahora recurrente, nada fijó sobre la cuantía del pleito, por lo que ésta debe tenerse por indeterminada; igualmente, esta parte recurrida y actora en reconvección, tampoco estableció nada respecto a la cuantía, entendiendo que la misma debía tenerse por indeterminada, sin que de contrario se instara incidente de impugnación de cuantía; en consecuencia, las partes enfrentadas en el pleito consintieron la cuantía del mismo como indeterminada...".

**Tercer.** És cert que el present plet s'ha tramitat com de quantia indeterminada, cosa que comporta, com ha assenyalat amb reiteració la jurisprudència, la impossibilitat del seu accés al recurs. Només en casos molts excepcionals s'ha obert la via cassacional en supòsits en què (*ad exemplum*) la part demandant oferia dades econòmiques que permetien valorar el seu interès litigiós com notòriament superior al dels 25.000.000 de pessetes (interlocutòria de 31 de juliol de 2001) o en casos en què en l'escrit de resum de proves es fixaven expressament sumes en quantia superior als 25.000.000 referits, havent-se condemnat tant en sentència de primera instància com d'apel·lació a quantitats superiors a la indicada (interlocutòria de 23 d'abril de 2002), sempre, però, en l'entesa que "esta solución es ciertamente excepcional, pues la regla es que los pleitos en que la cuantía no está determinada no tienen acceso a la casación precisamente por no rebasar el mínimo que se establece en el art. 477.2.2º LECivil del 2000" (per totes, interlocutòria de 16 de juliol de 2002).

**Quart.** Però és que, fins i tot atenent a l'informe pericial a què es refereix la part recurrent —qüestió que, per cert, també ha estat resolta negativament pel T.S. en alguna ocasió—, dictamen segons el qual els béns valorats excedeixen els 30.000.000 de pessetes, tampoc seria possible l'accés cassacional que es demana, per tal com la part confon el valor d'uns determinats béns amb l'interès econòmic que postula per a ella i que configura el seu autèntic i únic interès litigiós.

En el recurs, en efecte, es demana que es revoqui la sentència perquè se'n dicti una altra per la qual "se acuerde estimar la demanda en su integridad".

Tal demanda postulava, a més a més d'una indemnització també indeterminada i no concedida en cap de les dues instàncies, que, acordada la divisió dels béns comuns, es for-

messin determinats lots, amb la petició que “el primero deberá adjudicarse al demandado Sr. C. T. y el lote segundo deberá adjudicarse a la Sra. Margarita B. A. El tercero deberá sacarse a pública subasta, destinando parte del dinero que corresponda al Sr. C. T. al pago de las deudas que gravan la finca nº 4”.

Doncs bé, fins i tot en la hipòtesi que es comptabilitzés el total d'aquest darrer lot en favor de la demandant —el que es diu a efectes hipotètics perquè només en demana l'aplicació d'una part per eixugar determinats deutes— i fins i tot admetent els valor expressats en l'informe pericial esmentat, tampoc s'arribaria als vint-i-cinc milions habilitadors de la cassació.

**Cinquè.** En definitiva, evoca el cas el resolt en la recent interlocutòria del T.S. de 21 de gener de 2002, referida també a una *actio communi dividundo* en la qual, després de recordar-se que es “reiterado el criterio de este Tribunal acerca del carácter de orden público que tiene el acceso a los recursos extraordinarios, sustraído del poder de disposición de las partes y aun del propio órgano jurisdiccional, de modo que habrá de estarse al verdadero interés económico del pleito, resultante de la correcta aplicación de las reglas del art. 489 LECiv/1881, para decidir si se excede el límite del art. 477.2, 2º de la LECiv/2000, aplicable tras la Sentencia de segunda instancia, dictada ya después de entrar en vigor la nueva LECiv/2000, y la respuesta debe ser negativa, pues es unívoca la doctrina de este Tribunal acerca de la *actio communi dividundo*, a la que no es aplicable la regla 1ª del art. 489, sino la 13ª de ese precepto, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala. En consecuencia, aplicando la cuota que ostenta la actora sobre la finca valorada en 242.498.046 pesetas, la cuantía efectiva es de 21.343.465 pesetas, alejada de los veinticinco millones que se establecen en el art. 477.2, 2º LECiv/2000”.

**Sisè.** Finalment, i pel que fa referència a la demanda reconvenional, també s'ha d'invocar una altra interlocutòria del T.S., aquesta vegada la de 5 de febrer de 2000, en la qual es diu, com s'esdevé aquí, que “la sentencia cuya casación se intenta preparar fue dictada... con posterioridad a la entrada en vigor de la LECiv/2000, por lo que es incuestionable la sujeción al régimen que ésta establece, de conformidad con lo establecido en sus disposiciones transitorias tercera y cuarta, puestas en relación con el art. 2º”; que “... ni en la fundamentación jurídica ni en ningún otro lugar del escrito de contestación y reconvenición se ha procedido a fijar la cuantía de ésta, y sin que conste haberse suscitado cuestión alguna respecto de la cuantía de las demandas principal o reconvenional en la comparecencia, debiendo tenerse en cuenta... que la cuantía de la demanda reconvenional no puede sumarse a la de la principal...”.

**Setè.** Tot el que mena, doncs, a la definitiva inadmissió del present recurs, cosa que comporta la condemna en costes del recurrent (arts. 398 i 394 LEC).

Atesos els articles citats i altres d'aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha dit que s'ha d'inadmetre el present recurs de cassació interposat per la representació de la Sra. Margarita B.



A. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona (Secció 1<sup>a</sup>) de dos de setembre del dos mil dos, dictada en el rotlló d'apel·lació núm. 513/ 2001, derivat del judici de menor quantia núm. 245/2000 del Jutjat d'Instrucció núm. 6 de Reus, amb imposició de costes a la part recurrent.

Contra la present interlocutòria no hi cap recurs de cap mena.

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

712  
**INTERLOCUTÒRIA DE 24 DE FEBRER DE 2004**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau amb independència que el liti-  
gi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal de la Sra. Andrea S. M. va interposar recurs de queixa con-  
tra la Interlocutòria de data 23 de gener de 2003 que va denegar el recurs de reposició inter-  
posat contra la Interlocutòria d'11 de desembre de 2002 sobre inadmissió de la preparació  
de recurs de cassació contra la Sentència de data 6 de novembre de 2002 dictada per la  
Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació 506/01.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Contra la Interlocutòria de l'A.P. de Barcelona (Secció Onzena) de 23 de gener pas-  
sat, confirmatòria de la de l'onze de desembre de dos mil dos per la qual es denegava a la  
representació d'Andrea S. M. tenir per preparat recurs de cassació contra la Sentència de  
l'esmentat Tribunal de 6 de novembre de 2002, es formula el present recurs de queixa, res-  
pecte al qual convé ponderar que:

a) La causa per la qual es refusa tenir per preparat el recurs de cassació esmentat radica  
en el fet que l'Audiència Provincial, invocant determinada doctrina del Tribunal Suprem  
sobre el caràcter excloent dels supòsits habilitadors de la cassació recollits en l'art. 477.2 de  
la nova LEC i sobre el fet que el núm. 2.2 de tal numeral només va referit als assumptes tra-  
mitats per raó de la quantia —a diferència de l'apartat 3, que és el destinat als substanciats  
per raó de la matèria—, conclou que la sentència que es pretén combatre es dictà “en un ju-  
icio seguido por procedimiento del declarativo de menor cuantía ejercitándose la acción de  
división de la cosa común del art. 400 del Código civil, sin que ni en el escrito de demanda,  
ni en la contestación, ni en la comparecencia del art. 691 de la LEC de 1881 se determinara  
la cuantía del pleito, tramitándose conforme a las normas del declarativo de menor cuantía y  
no por imponerlo la naturaleza del asunto, lo que hace que el cauce escogido en el escrito pre-

paratorio del recurso de casación, el del ‘interés casacional’, que prevé el art. 477, 2º, 3º LEC 2000 es inapropiado y no puede utilizarse para eludir las consecuencias de no alcanzar el valor económico del litigio el límite mínimo de 25.000.000 de pesetas””.

b) Com s’ha indicat, el recurs es preparà a l’empara de l’apartat 3r del núm. 2, de l’art. 477 de la nova LEC, atès que la part considera que l’assumpte presenta interès cassacional “por tratarse de la aplicación de una norma, cual es la Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, de la que se infringe el art. 36, por aplicabilidad indebida de dicho precepto, en su relación con el art. 400 y 401 del Código civil, sin que exista doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya sobre la cuestión planteada”.

**Segon.** La queixa que es formula ha de ser acollida, atès que aquest Tribunal ha dit (per totes, Interlocutòria de 18 d’abril del 2002) que “és un principi de dret ininterrompudament aplicat per la jurisprudència que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (sentència del Tribunal Suprem de 12 de gener de 1884, seguida per les d’11 de març de 1885, 27 de febrer de 1909, 31 de maig de 1949, 13 de maig de 1950, 11 de maig de 1964, 12 d’abril de 1988, 2 d’abril de 1990, 22 de febrer de 1993, 31 de desembre de 1994, etc.); i... l’Audiència, en interpretar el núm. 3r esmentat, fa unes distincions entre els processos substanciats per raó de la matèria o els especials, i els tramitats per raó de la quantia, que aquell precepte no fa; i en no existir justificació legal per recolzar-ho, caldrà entendre que l’Audiència ha distorsionat aquell precepte i la voluntat del legislador pel que fa a la interpretació de les sentències que són susceptibles de ser impugnades en cassació... En efecte, el núm. 2n de l’art. 477.2 diu que són susceptibles de ser recorregudes en cassació per la seva via les sentències dictades en segona instància per les audiències ‘quan la quantia de l’afer excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes’, sense fer cap mena de distinció de procediments (ni dels substanciats per raó de la matèria, els especials, o els tramitats per raó de la quantia); cosa per la qual escau concloure, sense més additaments, que qualsevulla que hagi estat el procediment que s’hagi seguit i la classe de procés que s’hagi emprat, si la quantia de l’afer ultrapassa els 25.000.000 de ptes. el recurs de cassació per aquesta via del núm. 2n s’haurà d’admetre; i s’haurà d’admetre per la via del núm. 3r ‘quan la resolució del recurs presenti interès cassacional’, i en presentarà si concorre algun dels 4 supòsits de l’apartat 3 de l’art. 477, qualsevulla que sigui la quantia de l’afer i la classe de procediment emprat, ja que segons el núm. 3r de l’art. 477.2, l’únic que cal és que la resolució del recurs presenti interès cassacional; interès que, com diu l’apartat 3, presentarà si la sentència s’oposa a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia, o resol punts i qüestions sobre els quals existeixi jurisprudència contradictòria de les audiències provincials o si aplica normes que no fa més de cinc anys que estan en vigor, sempre que en aquest darrer supòsit, no hi hagi doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia relativa a normes anteriors de contingut igual o similar”.

En aquesta mateixa Interlocutòria afegia la Sala que “el criteri interpretatiu i decisorí que aquest Tribunal adopta en aquesta resolució difereix del que havia aplicat en la seva interlocutòria de 31 de gener passat en el recurs de cassació núm. 68/2001, en la qual aquesta Sala havia assumit la doctrina en què ara es fonamenten les interlocutòries de l’Audiència que són objecte d’aquesta queixa; però, a parer d’aquest Tribunal, no escau continuar mantenint aquella doctrina perquè es basa essencialment (per fer aquella diferenciació entre els

procediments substanciat per raó de la matèria i els substanciat per raó de la quantia als efectes d'admetre o no els recursos de cassació) en haver enllaçat el núm. 2n de l'art. 477.2 de la Llei d'enjudiciament civil amb els art. 249.2 i 250.2 de la mateixa llei; i es basa també en haver posat en concordança el núm. 3r de l'art. 477.2 amb el 249.1 (excepte amb el seu núm. 2n) i el 250.1 de la mateixa llei; enllaçaments i concordances que fa la doctrina que l'Audiència aplica però que la llei no fa, i que aquest Tribunal entén que no escau fer ja que tals enllaços i concordances són aliens a la llei i a la seva interpretació correcta; perquè si la llei hagués volgut posar en relació i concordança tots aquells preceptes, ho hauria fet, però no ho va fer, i aquesta Sala considera que no hi ha base legal per poder-ho efectuar per la via interpretativa sense distorsionar la voluntat del legislador. Hom no veu, en efecte, per quina raó s'han d'enllaçar els art. 249.2 i 250.2 amb el núm. 2n del 477.2; ni tampoc per què s'han de fer concordar els 249.1 i el 250.1 amb el 477.2.3r. El 249.2 disposa que s'han de decidir en el judici ordinari les demandes la quantia de les quals excedeixi les 500.000 ptes. i aquelles en les quals sigui impossible calcular la quantia pel seu interès econòmic ni tan sols de manera relativa; i el 250.2 determina que s'han de decidir en el judici verbal les demandes la quantia de les quals no excedeixi les 500.000 ptes i no es refereixin a cap de les matèries que preveu l'art. 249 en el seu apartat 1. Aquests preceptes (el 249.2 i el 250.2) fan referència a l'àmbit del judici ordinari (el 249.2) i a l'àmbit del judici verbal (el 250.2). L'àmbit d'aquests judicis ordinari o verbal segons la quantia de l'afer, no té a veure amb el núm. 2n de l'art. 477.2, referit a la possibilitat de recórrer en cassació quan la quantia de l'assumpte excedeix els 25.000.000 de ptes; i en no tenir a veure aquells primers preceptes amb el darrer, ja que contempen coses diferents (aquells l'àmbit respectiu dels judicis ordinari o verbal per raó de sengles quanties, i el 277.2.2n la possibilitat de recórrer en cassació quan la quantia ultrapassa els 25.000.000 de ptes.) no es poden enllaçar entre ells com ho fa, creiem que erròniament, la doctrina esmentada que aquesta Sala considera que no és escaient mantenir. Existeix legalment idèntica manca de concordança entre els art. 249.1 i 250.1, i el núm. 3r del 477.2: els dos primers fan referència als procediments que es tramiten en judici ordinari per raó de la matèria (el 249.1) o en judici verbal també per raó de la matèria (el 250.1). No tenen cap relació amb el núm. 3r del 477.2, que estableix la possibilitat de recórrer en cassació quan la resolució de l'assumpte presenta interès cassacional. I no imposa cap més condició. Són coses diferents les que regulen els art. 249.2 i 250.2 i el 477.2.2n; i són també coses diferents les que regulen els art. 249.1 i 250.1 i les que contempla el 477.2.3r. I com que són coses diferents, la seva concordança no és possible i, per tant, aquesta Sala així ho ha d'entendre i d'aplicar en exercir la seva competència jurisdiccional per admetre (i aquí ara per tenir per preparat) els recursos de cassació que estableix la llei d'acord amb la previsió de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i en execució del mateix, d'acord amb allò que disposa l'art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial".

**Tercer.** La transcrita doctrina esdevé aplicable al cas i mena, com s'ha assenyalat, a l'èxit del present recurs de queixa, raó per la qual caldrà disposar que l'Audiència tingui per preparat el recurs de cassació preparat per la representació del Sr. Andrea S. M. per la via de l'interès cassacional contra la Sentència de la Secció Onzena de l'Audiència Provincial de Barcelona d'onze de desembre de dos mil dos, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 506/2001.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

## **PART DISPOSITIVA**

Acollir el recurs de queixa interposat per la representació del Sr. Andrea S. M. contra la Interlocutòria de la Secció Onzena de l'Audiència Provincial de Barcelona de 23 de gener de 2003 i, en conseqüència, disposar que es tingui per preparat el recurs extraordinari de cassació per interès cassacional formulat per la representació del Sr. Andrea S. M. contra la Sentència de l'esmentat òrgan judicial de setze de novembre del dos mil dos dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 506/2001.

Així ho acorda la Sala i ho signen els magistrats que la componen esmentats més amunt.

713  
**SENTÈNCIA DE 24 DE FEBRER DE 2004**  
*Josep M. C.L. / Pilar C.G.*

**Protecció de l'habitatge familiar: qüestions de dret transitori. Atribució de l'ús de l'habitatge familiar per resolució judicial: procedència de l'acció de divisió de cosa comuna quan l'habitatge pertany a ambdós cònjuges per meitats indivises. Interpretació de la llei. Fraus de llei. Abús de dret. Competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs de cassació. Congruència: manca de congruència per haver-se resolt *ultra petitum*. Costes: escau una condemna en costes, encara que no es demani, sense incórrer en incongruència**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist el present recurs de cassació interposat pel procurador Sr. Àngel Joaniquet Ibarz, en nom i representació de la Sra. Pilar C. G., contra la Sentència dictada per la Secció 4a de l'Audiència de Barcelona en resoldre el recurs d'apel·lació núm. 904/98, que procedeix del judici ordinari de menor quantia núm. 119/97 del Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Cerdanyola del Vallès, formulat per la Sra. Pilar C. G. contra la Sentència de 14 d'abril de 1998.

La part recurrent ha estat representada pel procurador Sr. Àngel Joaniquet Ibarz i defensada per la lletrada Sra. Sofia Soto Ruiz.

#### ANTECEDENTS DE FET

**Primer.** Davant el Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Cerdanyola del Vallès, es van seguir les actuacions de judici declaratiu de menor quantia núm. 119/97 a instància del Sr. Josep M. C. L. contra la Sra. Pilar C. G., en les quals es va dictar Sentència en data 14 d'abril de 1998, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que debo estimar y estimo la demanda formulada por el procurador Don Enric Basté Solé, en nombre y representación de Don Josep M. C. L., contra Doña Pilar C. G., y en consecuencia se reconoce el derecho del actor Don Josep M. C. L. a poner fin a la copropiedad de los bienes reseñados en el fundamento de derecho primero de esta resolución, y en el caso de que ninguno de los copropietarios quiera ejercer su derecho de preferente adquisición, sean vendidos en pública subasta y repartido el precio obtenido a partes iguales. Todo ello sin perjuicio del derecho de uso y

ocupación atribuido a la demandada Doña Pilar C. G. y sus hijos sobre la vivienda sita en la calle XXX, núm. X de Bellaterra (Cerdanyola) en el procedimiento de medidas provisionales (autos 2/97) o de la atribución que definitivamente se establezca respecto de dicha vivienda en la sentencia que recaiga en el procedimiento de separación (autos 189/97), procede imponer a la demandada las costas procesales causadas.

“Contra esta sentencia, cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado y para ante la Audiencia Provincial de Barcelona, en el plazo de cinco días”.

**Segon.** Contra l'anterior sentència de primera instància, la Sra. Pilar C. G. va interposar recurs d'apel·lació, que es va substanciar davant la Secció 4<sup>a</sup> de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència en data 20 d'octubre de 1999, amb la següent part dispositiva: “Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Ángel Joaniquet, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Pilar C. G., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Cerdanyola, en fecha catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho, en los autos de juicio declarativo de menor cuantía número 119/97, debemos de confirmar y confirmamos la misma en todos sus pronunciamientos, con expresa condena en costas a la parte recurrente”.

**Tercer.** Contra la sentència dictada en grau d'apel·lació, el procurador Sr. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, en nom i representació de la Sra. Pilar C. G., va interposar recurs de cassació davant la Sala Primera del Tribunal Suprem, que va fonamentar en el motius següents:

“Primero.- Infracción del principio de congruencia de las resoluciones judiciales y del artículo 359 de la Ley de enjuiciamiento civil”.

“Segundo.- Infracción del artículo 2, apartado 3, del propio Código civil en relación con el artículo 9 de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la ley catalana en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges.”

“Tercero.- Infracción del artículo 6, ordinal 4, del Código civil en relación con el artículo 7, ordinal 2, del propio Código”.

Per mitjà d'interlocutòria de data 31 de juliol de 2002, es va declarar la competència per conèixer del recurs de cassació interposat pel procurador Sr. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, en nom i representació de la Sra. Pilar C. G., contra la Sentència dictada, en data 20 d'octubre de 1999, per l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 4<sup>a</sup>) en el rotlle núm. 904/98., i a aquesta Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya es van trametre les actuacions.

**Quart.** Per provisió d'aquesta Sala de data 10 d'octubre de 2002, i de conformitat amb l'art. 1709 de la Lei d'enjudiciament civil de 1881, es van passar les actuacions al Ministeri Fiscal.

**Cinquè.** Un cop admès el recurs per provisió de data 16 de desembre de 2002, es va evacuar el tràmit d'impugnació en el termini de vint dies. Per provisió de data 20 de gener de 2003 es va assenyalar el dia 6 de febrer de 2003 per a la votació i decisió d'aquest procediment, que van tenir lloc.

Ha actuat com a ponent la magistrada d'aquesta Sala Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Abans d'abordar la decisió del recurs de cassació, aquesta Sala ha de pronunciar-se en relació amb la seva admissibilitat, pel fet que la part contra la qual es recorre denuncia, en el seu escrit d'oposició al recurs, que quan aquest va romandre subjecte a la competència d'aquest Tribunal Superior de Justícia s'havia escolat el tràmit d'interposició.

Una anàlisi de les actuacions permet a la Sala constatar que la part recurrent, quan va preparar el recurs de cassació davant de l'Audiència, va designar el Tribunal Suprem com a òrgan competent per a la seva decisió. Amb la susdita designa la recurrent obvià el que disposava la Llei d'enjudiciament civil de 1881 en l'article 1730 i també el que preveu l'article 73 de la Llei orgànica del poder judicial, ja que aquests preceptes determinen la competència d'aquest Tribunal Superior de Justícia quan el recurs es fonamenti en la infracció de norma o normes de dret propi d'aquesta Comunitat Autònoma, malgrat que es denunciïn també infraccions de dret civil general.

L'anterior circumstància provocà que el Tribunal Suprem dictés interlocutòria, amb data 31 de juliol de 2002, que en la seva part dispositiva decidia: "Declarar que la competencia para conocer del recurso de casación interpuesto por el procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, en nombre y representación de Doña Pilar C. G., contra la Sentencia dictada, con fecha 20 de octubre de 1999, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Cuarta) en el rollo nº 904/98, dimanante de los autos nº 119/97 del Juzgado de Primera Instancia nº cuatro de Cedanyola del Vallès, corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a la que en el plazo de cinco días se remitirán los autos y el rollo de apelación, junto con testimonio del rollo de casación tramitado por esta Sala y del presente auto, previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la misma en el plazo de diez días".

La part contra la qual es recorre, emparada en les anteriors circumstàncies, adueix que el recurs de cassació no es podia tenir per preparat i substanciat fins que les actuacions es van remetre a aquest Tribunal Superior, donada l'obligatorietat de compareixença davant del tribunal competent.

Les anteriors consideracions es deriven d'una lectura literal dels preceptes esmentats per la part que impugna el recurs de cassació, però no poden ésser ateses pels següents motius:

a) La línia que delimita els marges de competència i separa la d'aquest Tribunal Superior de Justícia de la del Tribunal Suprem, no és, certament, ben clara i definida, sinó que en molts casos és difícil precisar-ne el traçat. No cal oblidar que, segons exprés mandat de l'article cinquè de la Llei orgànica del poder judicial, una simple invocació d'infracció de precepte constitucional fa decantar la competència en favor del TS. Contràriament a aquesta circumstància, el mateix Tribunal Suprem declina en els anteriors casos la competència en favor d'aquesta Sala quan observa que la invocació d'infracció constitucional és de reforç.

b) És relativament freqüent, encara que sigui refutable per les dilacions que suposa, que el Tribunal Suprem declini la seva competència en favor d'aquesta Sala i acordi remetre-hi les actuacions per tal que sigui aquest òrgan jurisdiccional el que decideixi el recurs.

c) En el cas debatut la part recurrent fa esment, en el seu recurs, del fet que la sentència que es recorre s'oposa al dret fonamental i constitucional a l'habitatge digne, cosa que possiblement produí dubtes en relació amb la competència cassacional.



Ateses les esmentades argumentacions no escau atendre les invocacions de la part contra la qual es recorre, encaminades a inadmetre el recurs per caducitat del tràmit d'interposició, i és procedent, doncs, abordar-ne l'anàlisi.

**Segon.** Són antecedents històrics d'interès per assolir una correcta comprensió del tema debatut, els següents:

a) La demanda que provocà el litigi que aquesta Sala ha de decidir en grau cassacional fou presentada pel senyor Josep Maria C. L. contra la seva esposa, de la qual es trobava separat judicialment, la senyora Pilar C. G.

b) En l'esmentada demanda s'exercia una acció de divisió de la cosa comuna en relació amb l'habitatge del carrer XXX, número X, de Bellaterra - Cerdanyola que havien adquirit els cònjuges en virtut d'una escriptura de data 7 de febrer de 1990, i també en relació amb el local de negoci del carrer XXX, XX, de Barberà del Vallès, que també havien adquirit els litigants en virtut d'escriptura pública, aquesta de 16 de setembre de 1986 .

c) En interlocutòria de 24 d'abril de 1997 dictada en decisió de mesures provisionalíssimes, es va decidir atribuir l'ús de l'habitatge conjugal a la senyora Pilar C. G. i als fills nascuts del matrimoni litigant.

d) Tant la sentència dictada en primera instància com la de l'Audiència, que és objecte d'aquest recurs de cassació, varen reconèixer al demandant el dret a posar fi al règim de copropietat sobre els immobles més amunt descrits, amb l'expressa declaració de la possibilitat que es venguessin en pública subhasta, però sempre sense perjudici del dret d'ús i ocupació atribuït a la demandada i als seus fills en relació amb l'habitatge del carrer XXX, número X, de Bellaterra -Cerdanyola.

Com a primer motiu de recurs s'addueix incongruència de la sentència, amb expressa invocació de l'article 359 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881, que és la que ha de regular aquesta cassació des de la vessant processal per raons de dret intertemporal.

És rellevant fer referència al fet que el motiu de recurs s'encarrila erròniament per la via de l'apartat quart de l'article 1692 de la LEC de 1881, mentre que, segons ha dit reiterada doctrina d'aquesta Sala, seria pertinent emmarcar-lo en el paràgraf tercer de l'esmentat article. Malgrat l'anterior, atès que l'errònia invocació ostenta poc relleu i no ha causat indefensió, escau abordar el motiu de recurs.

La recurrent al·lega que la sentència de primera instància condemnà la part demandada al pagament de les costes processals, quan, segons diu, en la demanda principal no s'hi incloïa aquesta petició. A l'entendre de la part recurrent ,aquesta circumstància suposa una incongruència per *ultra petita*, per tal com s'ha atorgat més del demanat en el petitum de la demanda.

El cert és que hi ha seriosos dubtes, tal com posa en relleu la part que impugna el recurs, que aquesta denúncia de què ara es tracta fos efectuada en el grau d'apel·lació, la qual cosa ja suposa una trava per analitzar-la en aquest grau cassacional perquè podria tractar-se d'una qüestió nova. Però a aquesta circumstància s'hi ha d'afegir que les pretensions de la part recurrent han de decaure per les següents consideracions:

a) La declaració sobre les costes processals ha de constar en la part dispositiva de la sentència per tal que aquesta sigui íntegra, de manera que encara que no hi hagi petició expressa, l'òrgan judicial ha d'efectuar la pertinent pronúncia en estricta observança del que disposa la llei.

b) En relació amb la declaració sobre les costes, l'òrgan *a quo* està facultat d'una discrecionalitat raonada i regulada que no és susceptible, en principi, de revisió cassacional.

c) El criteri seguit pel que fa a la condemna en costes tant per la sentència de primera instància com la d'apel·lació, es deriva d'una estricta observança del que disposen els articles 523 i 710 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881.

Totes les anteriors circumstàncies comporten el rebuig del primer motiu de recurs.

**Tercer.** Com a segon motiu de recurs, la part recurrent denuncia infracció de l'article 2.3 del Codi civil en relació amb l'article 9 de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació catalana en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges. També denuncia la recurrent, en el cos del motiu de recurs, la infracció de la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional en la Sentència de 31 d'octubre de 1986.

A l'empara de l'anterior denúncia, la recurrent combat el fet que la sentència de la qual dissenya no apliqui l'esmentada Llei 8/1993, de 30 de setembre, que donà nova redacció a l'article 9 de la Compilació del dret civil de Catalunya, la qual, al seu entendre, és plenament aplicable al *thema decidendi*.

Tot seguit, s'entra en l'anàlisi de l'avantditada norma per a concloure que l'esmentat article 9 de la Compilació, segons redacció donada per la citada llei, impedia la venda forçosa de la finca situada al carrer XXX, número X, de Cerdanyola del Vallès, per tal com es tractava de l'habitatge habitual necessari per a la vida familiar.

Aquest motiu del recurs que discuteix la llei aplicable al debat, parteix d'una premissa errònia, ja que la recurrent considera que l'Audiència no li ha donat la raó pel fet que aplica al *thema decidendi* el Codi de família de 15 de juliol 1998, mentre que només cal una lectura de la sentència que es recorre per poder afirmar que l'Audiència aplica al debat l'article 9 de la CDCC, i no el Codi de família, en relació amb el qual diu que no és d'aplicació "en virtud del principio *tempus regit actum* o de irretroactividad que previene el párrafo segundo del artículo 2 del Código civil".

Deixant de banda aquesta errada en què incideix el motiu de recurs de què ara es tracta, escau dir que el tema debatut, a saber, la possibilitat d'exercici d'una acció de divisió d'un habitatge que pertany als cònjuges per meitats indivises, quan un d'ells en té atribuït l'ús, revesteix una certa complexitat jurídica pel fet que al seu voltant hi incideixen normes que han regit en temps diversos o que estan vigents i que obeeixen a la tutela de drets de diferent naturalesa.

Els articles 96 i 1320 del Codi civil espanyol són d'interès en el tema de què es tracta ja que s'havia suscitat una controvèrsia en relació amb la seva aplicació a Catalunya.

Pel que fa a l'article 96 del CC, és d'interès recordar que tracta de l'atribució de l'habitatge familiar en casos de nul·litat, separació i divorci; i en concret ara n'interessa el darrer paràgraf, que diu: "para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes, o, en su caso, autorización judicial".

Per la seva banda l'article 1320 del CC disposa que "para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

"La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

Amb la incorporació a l'ordenament jurídic català de la norma acollida en l'article 9 de la CDCC (fruit de l'esmentada llei de relacions patrimonials entre cònjuges), es dissiparen els dubtes sobre l'aplicació a Catalunya de l'article 1320 del Codi civil, ja que ara ja es gaudia en aquesta Comunitat Autònoma d'una norma pròpia.

Escau ara, doncs, transcriure el contingut del susdit article 9 de la CDCC de Catalunya per tal de fer observar que aquesta norma, com succeeix amb els articles 96 i 1320 del CC, preveu solament la possibilitat que l'habitatge familiar pertanyi de forma exclusiva al cònjuge no titular; en canvi, com s'ha de veure, l'article 9 del Codi de família ja regula també els supòsits de titularitats compartides.

Diu l'article 9 de la CDCC : “Sigui quin sigui el règim matrimonial aplicable, per a disposar dels drets sobre l'habitatge habitual necessari per a la vida familiar i dels seus mobles d'ús ordinari, si pertanyen a un sol cònjuge, aquest haurà d'obtenir el consentiment de l'altre o, si hi manca, l'autorització judicial “.

Sota la vigència de l'article 1320 del CC i 9 de la CDCC de Catalunya, algunes resolucions de la DGRN consideraven que aquests preceptes no eren aplicables als supòsits d'indivisió en la mesura que una quota no donava dret a ocupar l'habitatge amb exclusivitat. I també sota l'argumentació que els supòsits de titularitat indivisa no estaven previstos per la llei.

Certament aquestes consideracions poden ésser discutides, com també és discutible la doctrina sostinguda pel Tribunal Suprem al voltant de l'article 1320 del Codi civil, en casos d'exercici per part del cònjuge cotitular de l'habitatge familiar atribuït en ús al qui fou el seu consort (del qual es troba separat o divorciat) d'una *actio communi dividundo*. El Tribunal Suprem es va inclinar en una primera etapa per considerar que, en els casos d'habitatge que pertany de forma indivisa als dos cònjuges que estan separats o divorciats, havia de prevaler el dret a no romandre en la indivisió, sobre el dret d'ús atribuït pel jutge coneixedor de litigi matrimonial, atès que el Codi civil, art. 96, només exigeix l'anuència de l'altre cònjuge o l'autorització judicial en cas de domini privatiu.

Una ulterior doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem ja es mostra molt més sensible davant del dret d'ús de l'habitatge atribuït al cònjuge (i en el seu cas als fills) que només gaudeix d'una part indivisa del domini, ja que en tot cas vetlla per preservar el susdit dret, que ha estat considerat per autoritzada doctrina com de naturalesa real i oposable *erga omnes*.

Tocant a l'anterior afirmació és procedent incidir en la Sentència del Tribunal Suprem de 26 d'abril de 2002, que en un supòsit de demanda dirigida a la divisió de l'habitatge que fou conjugal i atribuït pel que fa al dret d'ús al cònjuge no titular, raona amb expressa remissió a la Sentència del mateix TS de 27 de desembre de 1999 : “Aun cuando es cierto que la Sentencia de 22 de septiembre de 1988 recoge el criterio aludido en la instancia , esta doctrina ha sido rectificadada por las sentencias de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, con arreglo a las que, si bien el titular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza), que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge en virtud de sentencia de divorcio. Por tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que sólo puede ser modificado por la voluntad de los interesados o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó”.

També és d'interès posar en relleu el que raona la Sentència del mateix Tribunal Suprem de 22 de setembre de 1988, a saber: "Nuestro derecho ve con disfavor la obligación de permanecer en la indivisión (art. 400 y 1051 del CC) y, en el pleito, no se discute que la disolución del matrimonio genera la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1392). En consecuencia, no debe favorecerse que la comunidad consorcial se perpetúe después en una comunidad romana por cuotas. La sentencia de instancia basa la desestimación en que el juez de familia usó de las facultades que el art. 96 le proporcionaba para proteger el interés más necesitado y atribuyó el uso de la vivienda a la mujer y por tanto es precisa su autorización para enajenarla. Tal tesis no puede consolidarse por cuanto siendo cierta la preocupación del legislador por proteger la vivienda familiar y los intereses más necesitados, tal preocupación se traduce en que, constante matrimonio, si el piso es común sólo con el concurso de ambas voluntades se puede transmitir (art. 1377) y si el piso es privativo puede acudir, a falta de acuerdo, a la autorización judicial (art. 1320); en situación de crisis matrimonial (nulidad separación y divorcio), llegada la sentencia firme, el artículo 96 establece como criterios: el acuerdo aprobado por el juez. En defecto de acuerdo, la atribución al cónyuge con quien permanezcan los hijos, pero cuando no existe ni acuerdo ni hijos que vivan en compañía de uno de los padres, hay que volver a distinguir entre piso común y piso privativo de uno de los esposos. Respecto del piso común no establece el legislador ninguna restricción del poder de disposición y con relación al privativo, no habiéndose fijado plazo prudente de duración del uso y no permitiendo nuestro derecho la perpetuación de la indivisión, procede dar lugar al recurso al infringir la sentencia recurrida los artículos 400, 1051, 1392 y 96 del Código civil".

Com més amunt s'ha avançat, no és una qüestió fàcil intentar compatibilitzar el dret a l'*actio communi dividundo* amb el dret d'ús atribuït sobre l'habitatge pel jutge que conegué del litigi familiar, pel fet que el criteri inspirador de l'article 400 del Codi civil és el de fer cessar la indivisió pels seriosos inconvenients que comporta, i per altra banda l'article 9 de la CDCC té per fita protegir els interessos de la família sense distingir la situació en què aquesta es troba.

Si es podia suscitar a Catalunya algun dubte pel que fa a l'aplicació de la doctrina del Tribunal Suprem que s'ha analitzat, que a l'hora de fer compatibles els dos drets de què ara tractem permetia la divisió de la cosa comuna, i nogensmenys la possibilitat de la seva venda àdhuc en pública subhasta, però amb l'exigència en tots els casos de respecte al dret d'ús atribuït amb la vigència del Codi de família, aquests dubtes s'han esvaït.

S'ha dit ja que el Codi de família no és aplicable per raons intertemporals, però res impedeix acudir als seus preceptes a l'hora d'interpretar l'article 9 de la CDCC; és procedent fins i tot raonar que l'article 3 del Codi civil, que ens remet a la realitat social per tal de facilitar la interpretació de les normes, aconsella estudiar el criteri del Codi de família, que no és sinó expressió d'aquesta realitat social.

I des de l'anterior perspectiva és procedent transcriure en la part que ara interessa l'article 9 del Codi de família: "Amb independència de quin sigui el règim econòmic matrimonial aplicable, el cònjuge titular, sense el consentiment de l'altre, no pot dur a terme cap acte d'alienació, gravamen o, en general, de disposició del seu dret a l'habitatge familiar o en els seus mobles d'ús ordinari que en comprometí l'ús, encara que es refereixi a quotes indivises".

Aquesta transcripció posa en relleu que el Codi de família aborda sense recels el problema de què suara tractàvem, i regula tant els supòsits de titularitat exclusiva de l'habitat-

ge familiar com els casos de titularitat compartida, per a concloure amb la prohibició dels actes de disposició sobre l'habitatge només en els casos que comprometin el seu ús. És escaient ara fer una breu referència al fet que amb la tutela d'aquest ús queda suficientment protegit el dret constitucional a l'habitatge a què al·ludeix el recurs.

Per tant, queda palès que el Codi de família recull de forma sistematitzada la doctrina del Tribunal Suprem que abans s'analitzava i suposa una valuosa eina que no es pot menysprear a l'hora d'interpretar l'article 9 de la CDCC, per la qual cosa escau ratificar en la seva integritat la doctrina acollida en la sentència que es recorre, que s'inclina sense dubtes per la tesi expressada. El motiu, doncs, ha de claudicar en virtut de les anteriors argumentacions.

**Quart.** Finalment, en el darrer motiu de recurs invoca la recurrent la infracció de l'article 6.4 del Codi civil, que regula el frau a la llei, i també de l'article 7.2 del mateix cos legal, que rebutja l'abús de dret.

És procedent ara una expressa remissió a la sentència de l'Audiència que rebutja que els interessos del demandant s'emparin en una norma jurídica per assolir un resultat prohibit per l'ordenament jurídic, pel fet que s'ha raonat suficientment que amb la limitació imposada per l'Audiència (que garanteix el dret d'ús sobre l'habitatge) no es produeix cap vulneració de norma jurídica. I, pel que fa a l'abús de dret, n'escau també el rebuig per les mateixes raons, ja que es planteja aquest pretès abús per la mateixa circumstància, per tal com es diu que la demanda només perseguia el perjudici de la demandada quan, segons es deia, el demandant gaudeix d'altres possibilitats per assolir els seus interessos.

L'Audiència exclou qualsevol indicatiu d'abús de dret en l'acció de divisió de la cosa comuna quan declara com a no provats qualsevol interessos espuris en la demanda; i aquesta afirmació no es revela com a il·lògica o arbitrària, sinó, contràriament a aquesta consideració, com a totalment correcta i intel·ligible, per la qual cosa ha de decaure el darrer motiu de recurs.

**Cinquè.** Per mor del que disposa l'article 1715 de la Llei d'enjudiciament civil, és procedent imposar a la part recurrent les costes causades en aquest grau cassacional.

Per consegüent, vistos els preceptes esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de cassació interposat pel procurador Sr. Àngel Joaniquet Ibarz, en nom i representació processal de la Sra. Pilar C. G., contra la Sentència dictada el 20 d'octubre de 1999 per la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d'apel·lació núm. 904/98, que dimana del judici de menor quantia núm. 119/97, del Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Cerdanyola del Vallès, imposant les costes a la part recurrent i la pèrdua del dipòsit constituït.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts comparegudes i, un cop esdevingui ferma, remetteu-ne testimoni a la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Barcelona, juntament amb el rotlle d'apel·lació i les actuacions originals del Jutjat.

Així per aquesta la nostra sentència, ho pronunciem, manem i signem.

714  
**INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de revisió: desistiment**

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Felú i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte; uniu l'anterior compareixença; i,

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En data 17 de gener de 2003, la procuradora dels tribunals Sra. Magdalena Julibert Amargós, en nom i representació de la Sra. Concepció de V. i de R., va interposar recurs de revisió contra la Sentència de data 27 d'abril de 1990 dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Badalona en el procediment de judici verbal 32/90.

**Segon.** Per escrit de data 11 de febrer passat, l'esmentada part va manifestar haver arribat a una transacció, raó per la qual desistia de la prossecució d'aquest recurs, tot sol·licitant-ne l'arxivament, amb devolució del dipòsit efectuat i sense pronunciament exprés en costes. Amb data 25 de febrer va comparèixer i va ratificar l'escrit esmentat.

Ha estat magistrada ponent la Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

**RAONAMENTS JURÍDICS**

**Únic.** D'acord amb el que preveu l'article 409.3 de la Llei d'enjudiciament civil, en qualsevol moment la part pot desistir del recurs que hagi plantejat; per aquest motiu, atès que la part recurrent ho ha sol·licitat i que la part recorreguda encara no havia estat citada, escau tenir l'esmentada part recurrent per desistida i apartada del recurs de revisió interposat al seu dia, amb devolució del dipòsit constituït.

Un cop vistos els preceptes legals i la resta d'aplicació general,

**PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha dit que tenia per desistida i apartada a la procuradora del tribunals Sra. Magdalena Julibert Amargós —en la repre-

sentació que ostenta de la Sra. Concepció de V. i de R.— del recurs de revisió interposat contra la Sentència dictada en data 27 d'abril de 2002, i que s'han d'arxivar les actuacions presents un cop s'hagi notificat aquesta resolució, i amb devolució del dipòsit constituït. Trameteu testimoniatge d'aquesta resolució als efectes legals oportuns.

Així ho acorda, mana i signa la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i ho signen els magistrats esmentats més amunt. En dono fe.

715  
**INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE FEBRER DE 2003**

**Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Es té per presentat l'escrit anterior del procurador Sr. Carles Montero Reiter i per efectuades les manifestacions que s'hi contenen, i

**FETS**

**Únic.** Amb data 20 de setembre de 2002 va ésser dictada sentència per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona, que en la seva part dispositiva deia: "1. DESESTIMEM el recurs d'apel·lació interposat per la representació d'ANTONIO M. B. 2. CONFIRMEM la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 3 de FIGUERES en les actuacions de judici de FILIACIÓ núm. 174/2001, de les quals dimana aquest Rotlle en el sentit de desestimar la demanda per altres raons diferents a les de la Sentència impugnada."

Contra la susdita resolució la procuradora dels tribunals senyora Rosa Boadas Villoria va preparar recurs extraordinari per infracció processal i recurs de cassació. Els esmentats recursos foren considerats com a preparats, per la qual cosa l'esmentada procuradora, en nom i representació d'Antonio M. B. va interposar els recursos anunciats.

Amb data 23 de gener de 2003, aquesta Sala va dictar provisió del següent tenor: "La part recurrent interposa recurs extraordinari per infracció processal i a la vegada recurs de cassació contra la sentència de l'Audiència, cosa que comporta, d'acord amb el previst en la disposició final setzena de la LEC, l'anàlisi de la procedència del recurs de cassació de forma prèvia. I, malgrat que l'esmentada recurrent diu que presenta el recurs de cassació a l'empara de l'article 477 de la LEC, en cap moment concreta o especifica quin és l'interès cassacional que ha de permetre l'obertura de la via cassacional. D'acord amb les anteriors consideracions i per virtut del que disposa l'article 483.3 de la LEC la Sala posa de manifest les avançades causes d'inadmissió dels recursos interposats per tal que en el termini de deu dies hi formulin les al·legacions escaients".



## FONAMENTS DE DRET

**Únic.** El recurs de cassació regulat en la Llei d'enjudiciament civil de 2000 segueix complint una funció de caràcter nomofilàctic, cosa que suposa donar unes pautes per tal d'interpretar i aplicar les normes jurídiques.

En el supòsit plantejat a aquesta Sala, que ara s'ha de tractar, la recurrent interposa contra la Sentència dictada per l'Audiència de Girona, recurs extraordinari per infracció processal i a l'ensems recurs de cassació.

D'acord amb allò que preveu la disposició transitòria setzena de la Llei d'enjudiciament civil, quan el recurs extraordinari per infracció processal fonamenti la seva procedència de forma exclusiva en l'apartat tercer de l'article 477 de la Llei d'enjudiciament civil, la Sala ha de resoldre en primer lloc si escau l'admissió del recurs de cassació i, tot seguit, si es decanta per la inadmissió, inadmetrà sense més tràmits el recurs per infracció processal.

Per tant, escau abordar si la resolució dictada per l'Audiència de Girona presenta interès cassacional, pel fet que la part recurrent empara el recurs en aquest supòsit contingut en l'article 477.2.3 de la LEC.

Només cal una lectura dels escrits en virtut dels quals es prepara i s'interposa el recurs de cassació de què ara es tracta, per a detectar que el recurrent obvia la seva funció essencial d'identificar de forma plena on rau l'interès cassacional que invoca.

Certament, els avandits escrits estan mancats d'una mínima tècnica processal pel fet que s'hi aborda de forma immediata el tractament de les infraccions substantives que es consideren produïdes amb evident vulneració dels articles que regulen la cassació, que obliguen primer a identificar quin es l'interès cassacional que permet a aquest Tribunal entrar en l'estudi de l'assumpte litigiós.

En el recurs se citen diverses sentències tant d'audiències provincials com del Tribunal Suprem, amb l'única finalitat d'emparar la tesi del recurrent, encaminada a obtenir una sentència que negui la paternitat impugnada en la demanda.

Però en cap cas es determina ni s'especifica quina és la *ratio decidendi* d'aquestes sentències que conformi l'interès cassacional, que podria ser ja la contradicció de la sentència dictada amb la doctrina fixada en aquelles (en tot cas hauria de tractar-se de doctrina d'aquesta Sala), ja l'existència de doctrina contradictòria de les audiències provincials al voltant del *thema decidendi*, que obligaria aquesta Sala a incidir en aquest per tal de posar fi a les citades contradiccions.

Resulta d'interès citar doctrina recollida per aquesta Sala (entre d'altres, interlocutòria de 12 de setembre de 2002) en el sentit que concorre interès cassacional quan en resolució de controvèrsies substancialment iguals les audiències han incidit en contradicció, per la qual cosa és necessari exposar la identitat en cada punt resolt en la sentència que es pretengui recórrer i aquell sobre el qual hi ha jurisprudència contradictòria, sense que sigui suficient una simple divergència, per tal com el que constitueix *interès cassacional* és l'existència d'un previ i reiterat antagonisme entre la sentència impugnada i les que s'adueixen com a conformadores de l'interès cassacional.

Respecte d'això, l'esmentada interlocutòria fa ressaltar que la concurrència d'interès cassacional no es determina per la sola invocació de jurisprudència d'aquest Tribunal que es refereixi genèricament a l'objecte litigiós, ni més específicament a un dels aspectes qüestionats, sinó que s'exigeix la càrrega processal d'assenyalar "de quina forma, quan i en quin sentit la sentència d'apel·lació ha vulnerat la doctrina del Tribunal Superior

(interlocutòries d'aquesta Sala 30 d'abril de 2002, 21 de maig de 2001 i 5 de juliol de 2001, per totes).

Contràriament a les anteriors exigències, el recurs de cassació que ara s'analitza persegueix simplement obtenir una nova valoració de la prova que sigui favorable als interessos del recurrent, i per tal d'assolir aquesta fita, com s'ha dit, se citen diverses sentències sense que això sigui, doncs, suficient per a conformar l'interès cassacional.

Les anteriors consideracions comporten la necessitat d'inadmetre el recurs de cassació. Per consegüent,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit inadmetre els recursos extraordinaris de cassació i per infracció processal interposats per la representació processal del Sr. Antonio M. B. contra la Sentència de data 20 de setembre de 2002 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona en el rotlle d'apel·lació núm. 383/02.

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

716  
**INTERLOCUTÒRIA DE 3 DE MARÇ DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Dada cuenta. Presentados los anteriores escritos de las procuradoras Sras. Bellsola Casellas y Barbany Cairó se unen a las presentes actuaciones y se tienen por efectuadas las alegaciones contenidas en los mismos, y

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Por la representación procesal de la Sra. Marta G. C. se interpuso en tiempo y forma recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal contra la Sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2002 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona en el rollo de apelación 372/02.

**Segundo.** Por providencia del pasado 10 de febrero se dio traslado a las partes por término de diez días a fin de formular las alegaciones oportunas sobre las posibles causas de inadmisión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 483.3 de la LEC, que las partes efectuaron en tiempo y forma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** El recurso extraordinario por infracción procesal, en tanto las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia carezcan de competencia para su conocimiento con carácter general, viene supeditado a la procedencia del recurso de casación, caso de que se funde en el nº 3 del art. 477 de la LEC, según establece la disposición final decimosexta de la Ley. En este caso, la sala habrá de examinar la admisibilidad del recurso de casación, de tal suerte que, inadmitido éste, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso extraordinario por infracción procesal. Así pues, procede el examen de aquel recurso.

**Segundo.** Como se anunciaba en proveído de esta Sala de fecha 10 de febrero, existen óbices insalvables para la admisión del recurso de casación, no presentando éste interés casacional pese a las alegaciones efectuadas ahora por la parte recurrente.

En primer lugar se citan tres sentencias de audiencias provinciales que no pertenecen a la Comunidad Autónoma de Cataluña, de modo que, como ha venido repitiendo esta Sala, ninguna doctrina hay que unificar desde este Tribunal.

En segundo lugar, se denuncia oposición a la “doctrina jurisprudencial” de este TSJ y se cita una sola sentencia; sentencia que, bien leída, en nada contradice la tesis sustentada y motivada en la sentencia de apelación.

**Tercero.** Procede, pues, la inadmisión de ambos recursos y la imposición de las costas a la parte recurrente.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido inadmitir a trámite ambos recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la Sra. Marta G. C. contra la Sentencia de fecha 31 de octubre de 2002 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona en el rollo de apelación 372/02, con imposición de las costas a la parte recurrente.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

717  
**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE MARÇ DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per oposar-se a jurisprudència de les audiències provincials: requisits**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal i Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte dels anteriors escrits. Uniu-los al procediment i,

**FETS**

**Únic.** Aquestes actuacions es van iniciar com a conseqüència d'un recurs extraordinari per infracció processal i de cassació que va interposar la representació processal de Josep L. M. contra la Sentència de data 14 de novembre de 2002 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida en el rotlle núm. 87/2002 i que dimana del procediment de modificació de mesures de separació núm. 186/2002 del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Lleida.

Mitjançant una provisió de 13 de gener, i d'acord amb la disposició final setzena, 4a i 5a, de la Llei d'enjudiciament civil, es van passar les actuacions al magistrat ponent a fi que proposés a la Sala la resolució escaient.

Per una provisió de 13 de febrer de 2003 es va donar un termini de 10 dies a les parts per formular les al·legacions escaients, ateses les possibles causes d'inadmissió del recurs de cassació per falta d'interès cassacional.

Les parts van presentar els escrits d'al·legacions dins del termini i en la forma escaient. És ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu Llansa.

**RAONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Amb caràcter previ, i d'acord amb l'art. 484.1 i la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil, s'ha de declarar la competència d'aquesta Sala per a conèixer del recurs de cassació i d'infracció processal interposats, ja que la resolució contra la qual es recorre ha estat dictada per la Secció 1<sup>a</sup> de l'Audiència Provincial de Lleida, havent-se al·legat infracció de normes del dret civil de Catalunya.

**Segon.** Igualment cal recordar que, segons l'esmentada disposició final, “quan el recurs per infracció processal s'hagi formulat fonamentant-ne exclusivament la procedència en el núm. 3 de l'apartat 2n de l'art. 477, la Sala ha de resoldre si és procedent l'admissió o la inadmissió del recurs de cassació, i si acorda la inadmissió, s'ha d'inadmetre, sense més tràmits, el recurs per infracció processal”.

**Tercer.** Cal, doncs, examinar la prioritària qüestió sobre admissibilitat o no del recurs de cassació referit.

I. En l'escrit de preparació del recurs de cassació s'afirma que “el interès casacional que reviste la resolució del presente recurso radica en que la sentencia aquí recurrida se opone a la jurisprudencia de audiencias provinciales según sentencias que a continuación se expresan”, i tot seguit es fa la ressenya de diverses sentències de les audiències provincials d'Alacant, Àlaba, Madrid, Girona, Las Palmas, Zamora, Saragossa, Lleida (3), Navarra, Badajoz, Castelló, Lugo i Toledo.

Tanmateix, en l'escrit d'interposició de recurs s'afegeix que la sentència combatuda presenta interès cassacional per tal com resol “puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, no sólo del ámbito de Catalunya, sino del resto del Estado español, según es de ver en el texto certificado de la sentencia aquí recurrida y los de otras sentencias que se acompañan a este escrito...”

II. Doncs bé; respecte d'això s'ha de ponderar que:

1r. D'entrada, aquest Tribunal, ni té ni pot tenir, per distribució competencial de gènesi constitucional, cap comanda d'unificació de la doctrina de les audiències provincials no radicades en aquesta Comunitat Autònoma. Això comporta la impossibilitat d'examinar les sentències que s'esmenten en l'escrit de preparació del recurs de les audiències provincials d'Alacant, Àlaba, Madrid, Las Palmas, Zamora, Saragossa, Navarra, Badajoz, Castelló de la Plana, Lugo i Toledo; així com tampoc les acompanyades en l'escrit d'interposició del recurs de Las Palmas, Almeria, Cadis, Madrid, Biscaia, Palència, Conca, Lleó, Saragossa, Las Palmas, Toledo, Alacant, Saragossa, Las Palmas, Toledo, Alacant, Saragossa, Lugo, Castelló de la Plana, Badajoz i Navarra, restant, doncs, per analitzar tan sols les que provenen de les audiències provincials de Girona (dos) i de Lleida (3), però no la de Barcelona, ja que es cita una sola sentència.

2n. Com és sabut, el Tribunal Suprem ha dit sobre això (per totes, interlocutòria de 16 d'octubre de 2001) que “...será necesario recoger el contenido de las sentencias, su *ratio decidendi*, con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí”.

3r. Aquest requisit d'una mínima identificació del nucli de la controvèrsia i de la jurisprudència contradictòria existent no ha estat complert pel recurrent, que no delimita de cap manera, de les úniques sentències que haurien pogut generar interès cassacional —o sigui, les ja referides de Girona i de Lleida— les parts que estan en contradicció entre si i per què ho estan, així com quina identitat de supòsit resol la que ara es recorre respecte a les referides sentències de Girona i de Lleida que es qualifiquen de contradictòries; dèficit formal molt greu que comportaria, sense necessitat de més consideracions, la inadmissió del recurs.

4t. Això, però, no obsta per a assenyalar, *ad abundantia maior*, que, examinades les sentències de contrast que indica el recurrent, pot observar-se fàcilment que no resulten contradictòries entre si en absolut i, per tant, i per definició, que no pot tenir interès cassacional

la que ara es combat, atès que resol qüestions específiques i difícilment extrapolables a un altre supòsit fàctic, cosa que demostra que la intencionalitat real del recurrent no era tant identificar una problemàtica jurídica que desvetllés la finalitat homogeneïtzadora pròpia d'aquesta modalitat d'interès cassacional per existència de jurisprudència contradictòria, com, purament i simple, que aquest Tribunal tornés a valorar la prova, pretensió estèril per tal com el recurs de cassació no és una tercera instància.

**Quart.** La total inadmissió del recurs comporta la condemna en costes del recurrent (art. 398 i 394 LEC).

Atesos els articles citats i altres d'aplicació,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha dit que s'ha d'inadmetre el present recurs de cassació —i, en conseqüència, el d'infracció processal— interposat per la representació del Sr. Josep L. M. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida (Secció 1a) de catorze de novembre de dos mil dos, dictada en el rotlló d'apel·lació núm. 87/2002, amb imposició de costes a la part recurrent.

Contra la present interlocutòria no s'hi pot interposar recurs de cap mena.

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

**718**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE MARÇ DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte. Uniu a les actuacions els escrits presentats per la procuradora Sra. Blanchar i pel procurador Sr. Manjarín; doneu-ne les còpies a l'altra part; i,

**FETS**

**Únic.** Mitjançant una provisió de 3 de febrer passat, aquesta Sala va acordar que es posés de manifest a les parts personades, la possible causa d'inadmissibilitat del recurs de cassació interposat per la Sra. María Luz G. R. per la falta d'exposició o raonament, en l'escrit de preparació de tal recurs, del nucli de la contradicció que es pretén existent entre el contingut de la Sentència que es vol fer objecte de recurs i la doctrina de les sentències d'aquest Tribunal que aquell escrit esmenta.

Es va atorgar a aquest efecte a les parts el termini de deu dies, dins dels quals ambdues han presentat sengles escrits en què la recurrent sol·licita l'admissió del recurs i la contrària, que s'acordi la continuació del seu tràmit.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Per donar compliment a allò que disposa l'apartat 1 de l'art. 484 de la Llei d'enjudiciament civil, escau assenyalar que aquest Tribunal és competent per conèixer d'aquest recurs extraordinari de cassació perquè es denuncia com a infringit l'art. 49 de la Compilació del dret civil de Catalunya, i en tal supòsit la competència correspon a aquest Tribunal d'acord amb el que disposen els art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial, 20.1.a de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i la regla 1a de l'apartat 1 de la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil.



**Segon.** L'art. 483.2.1r. de la Llei últimament esmentada determina com a primera causa d'inadmissió del recurs de cassació que aquest sigui improcedent per qualsevol defecte de forma inesmorable en què s'hagi incorregut en la seva preparació.

El recurs aquí preparat es fonamenta en el núm. 3r. de l'apartat 2 de l'art. 477 de la Llei de procediment civil. L'art. 479.4 de la mateixa llei disposa que l'escrit de preparació haurà d'expressar, a més de la infracció legal que es consideri comesa, les sentències que posin de manifest la doctrina jurisprudencial o jurisprudència contradictòria en què es fonamenti l'interès cassacional que s'al·legui; la qual cosa exigeix no solament esmentar les sentències i el seu contingut, sinó també raonar com, per què i de quina manera la sentència que es pretén recórrer s'oposa a la doctrina jurisprudencial que s'invoca. I no és suficient la simple referència a dades de sentències sense fer referència al seu concret contingut doctrinal contradictori, la qual cosa resulta imprescindible complir en l'escrit de preparació a fi que l'Audiència pugui examinar el supòsit de recurribilitat invocat i decidir sobre la correcció de la preparació del recurs; sense que l'incompliment d'aquest requisit en l'escrit de preparació pugui esmenar-se posteriorment. En aquest sentit escau citar, entre moltes, les interlocutòries del Tribunal Suprem de 4, 11, 18 i 25 de juny de 2002; 2 i 9 de juliol de 2002, etc.

**Tercer.** L'escrit en què en aquest cas es va preparar el recurs no compleix els requisits anteriors, ja que al·lega la vulneració de l'art. 49 de la Compilació i la doctrina de les dues sentències d'aquest Tribunal que assenyala, però no raona com, per què i de quina manera la que vol recórrer conculca la nostra doctrina; no s'exposa, ni tan sols mínimament, en aquell escrit el nucli de la pretesa contradicció, la qual cosa fa inadmissible el recurs perquè aquesta omissió no es pot esmenar en l'escrit posterior de la recurrent de 17 de febrer passat presentat en aquest Tribunal.

Per tot el que s'ha dit anteriorment, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

No admetre el recurs de cassació interposat per la Sra. María Luz G. R. contra la Sentència de 7 de juny de 2002 dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 723/99-C per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual es declara ferma.

Retorneu les actuacions al tribunal de procedència.

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

719  
**SENTÈNCIA DE 10 DE MARÇ DE 2003**  
*Ramos M.C. / Carles B.P.*

**Compensació econòmica per raó de treball: finalitats i requisits. Incidència de les inversions patrimonials fetes per un cònjuge a favor de l'altre a l'hora de calcular l'import de la compensació econòmica per raó de treball**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el recurs extraordinari de cassació interposat per la representació de la Sra. María de Ramos M. C., representada davant d'aquest Tribunal per la procuradora Sra. Belén Domínguez Romagosa i dirigida per l'advocat Sr. Enric Rubio i Gallart, contra la Sentència dictada per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Lleida el 4 d'octubre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 8 de Lleida de 5 d'abril de 2002 en les actuacions de judici de separació contenciosa 305/01. El Sr. Carlos B. P., aquí part recorreguda, ha estat representat per la procuradora Sra. Carlota Pascuet Soler i defensat per l'advocat Sr. Carlos Arredondo Díaz. Amb la deguda intervenció del Ministeri Fiscal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de la Sra. María de Ramos M. C. va interposar, dins el termini establert i en la forma escaient, recurs de cassació contra la Sentència de data 4 d'octubre de 2002 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida en el seu rotlle d'apel·lació núm. 72/02, que a la seva part dispositiva deia: "Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos B. P. contra la Sentencia de fecha 5 de abril de 2002 dictada en autos de separación nº 305/2001 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Lleida y estimamos en parte la impugnación de dicha sentencia formulada por la representación procesal de D<sup>a</sup> Ramos M. C. y revocamos parcialmente la citada sentencia en los siguientes extremos:

"Fijamos como importe de las pensiones de alimento con cargo a D. Carlos B. la cantidad de 450,76 euros mensuales actualizables anualmente conforme a las variaciones del I.P.C. para su hija Elisa, y la cantidad de 600 euros mensuales, actualizables anualmente conforme a las variaciones del I.P.C. para su otra hija, Carla.

“Fijamos la pensión compensatoria que D. Carlos B. P. deberá abonar a D<sup>a</sup> Ramos M. C. en novecientos euros mensuales, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.

“Dejamos sin efecto la compensación económica del art. 41 del Código de familia de Cataluña a favor de la esposa.

“Se adjudica a la esposa, D<sup>a</sup> Ramos M. C., la mitad del saldo a fecha 23 de marzo de 2001 de las cuentas corrientes de titularidad conjunta de ambos cónyuges en Caixa de Sabadell, Banco Atlántico y Banco Popular.

“Y confirmamos el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada”.

**Segon.** Per provisió d'aquesta Sala de data 10 de febrer de 2003 es va admetre a tràmit el present recurs i es va assenyalar dia i hora per a la votació i decisió, que es van efectuar el dia 27 de febrer de 2003. Posteriorment s'han personat al procediment les representacions processals de la part recurrent i de la part recorreguda.

Ha estat ponent el magistrat d'aquesta Sala Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Amb la finalitat de centrar les qüestions objecte del litigi sembla oportú fer una referència breu als fets següents:

A/ El senyor Carles B. i P. i la senyora Ramos M. i C. van contraure matrimoni el dia 2 de setembre de 1976 i d'aquesta unió matrimonial van néixer dues filles, la senyora Elisa B. i M. el dia 6 de novembre de 1978 i la senyora Carla B. i M. el dia 17 de març de 1984.

B/ El dia 13 de juliol de 2001 la senyora Ramos M. i C. va interposar una demanda contra el seu marit, en la qual interessava que es decretés la separació judicial dels cònjuges; que es conferís a la mare la guarda i custòdia de la filla menor d'edat del matrimoni; que s'establís la potestat compartida dels cònjuges sobre la filla esmentada i un règim de visites flexible a favor del pare; que es conferís a l'esposa i filles el gaudiment de l'habitatge familiar i l'apartament de Salou durant els mesos de juliol i agost per anys alterns; que s'establís a càrrec del defenent l'obligació de pagar la quantitat de 250.000 pessetes mensuals en concepte d'aliments a favor de les filles del matrimoni; que es fixés en la quantitat de 300.000 pessetes mensuals la pensió compensatòria a favor de l'esposa; que en concepte de compensació econòmica per raó de treball es reconegués el dret de l'esposa a percebre la quantitat de 20.000.000 de pessetes o, si escaigués, l'adjudicació a favor de l'esposa de la meitat indivisa de l'habitatge conjugal que corresponia al marit lliure de càrregues; que, en relació amb els béns comuns dels cònjuges, s'adjudiqués al marit la totalitat del local en el qual exerceix les seves activitats professionals a canvi de fer-se càrrec de la hipoteca que grava l'habitatge familiar i la hipoteca que grava un altre local propietat de l'esposa, s'adjudiqués a cadascun dels cònjuges en propietat exclusiva una de les dues places d'estacionament de les quals són cotitulars i s'adjudiqués també a cadascun dels cònjuges la meitat del ròssec dels comptes indistints tancats el dia 1 de gener de 2000.

C/ El senyor Carles B. i P. va presentar el seu escrit de contesta a la demanda el dia 21 de setembre de 2001, en el qual interessava que es decretés la separació judicial dels cònjuges; que es conferís la guarda i custòdia de la filla menor d'edat a la mare; que es conferís a l'esposa i a les filles l'ús i el gaudiment de l'habitatge familiar, però no l'ús i gaudiment

de l'habitatge de Salou que s'havia posat en venda per tal d'atendre despeses familiars; que es fixés en 75.000 pessetes mensuals la quantitat que havia de percebre cadascuna de les filles en concepte d'aliments; que es fixés en 100.000 pessetes mensuals la quantitat que havia de percebre l'esposa en concepte d'aliments, fins a la seva incorporació al mercat laboral; que no esqueia la reclamació en concepte de compensació econòmica per raó de treball; que en concepte de pensió compensatòria s'atribuís a l'esposa la meitat indivisa, propietat del defenent, de l'habitatge familiar, amb obligació per part del marit de pagar la hipoteca que grava la finca; que s'adjudiqués al defenent la propietat del local on exerceix les seves activitats professionals, les dues places d'estacionament copropietat dels cònjuges i l'adjudicació a cadascun d'ells de la meitat del ròssec dels comptes indistints el dia de la separació, és a dir, el mes de març de 2001.

D/ El Jutjat de Primera Instància número 8 de Lleida va dictar Sentència el dia 5 d'abril de 2002, que decretava la separació definitiva dels cònjuges; l'ús i gaudiment de l'habitatge familiar a favor de l'esposa i de les filles del matrimoni; l'obligació a càrrec del defenent de pagar la quantitat de 120.000 pessetes mensuals a cadascuna de les filles del matrimoni, la quantitat de 200.000 pessetes mensuals a favor de l'esposa en concepte de pensió compensatòria econòmica per raó de treball o, alternativament, adjudicar a l'esposa la meitat de l'habitatge familiar lliure de càrregues; la dissolució del règim econòmic matrimonial de separació de béns; que no esqueia fer cap mena de pronunciament respecte als comptes indistints, i, finalment, que s'adjudicava al marit la propietat plena del local en el qual exercia les seves activitats professionals a canvi de fer-se càrrec de la hipoteca que gravava l'habitatge familiar, que l'espòs havia de fer-se càrrec de la hipoteca que gravava l'altra finca que se li havia adjudicat i que cadascun dels cònjuges seria propietari exclusiu d'una plaça d'estacionament.

E/ Ambdues parts litigants van interposar recurs d'apel·lació contra la resolució esmentada, que va resoldre la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida mitjançant Sentència de 4 d'octubre de 2002, que estima en part ambdós recursos i modifica la sentència recorreguda en el sentit de fixar en la quantitat de 450,76 euros mensuals els aliments a favor de la filla Elisa i en 600 euros mensuals els aliments a favor de la filla Carla, en la quantitat de 900 euros mensuals la pensió compensatòria a favor de l'esposa; desestimar la pretensió de l'esposa respecte a la compensació econòmica per raó de treball; adjudicar a l'esposa la meitat del ròssec dels comptes indistints tancats el dia 23 de març de 2001, i confirmar els altres pronunciaments de la sentència recorreguda. La interlocutòria de la mateixa Sala de data 6 de novembre de 2002 va aclarir la sentència recorreguda, en el sentit que revocava el pronunciament de la sentència de primera instància, que imposava a l'esposa agent el pagament de la hipoteca que gravava la finca adjudicada a l'esposa.

F/ La senyora Ramos M. i C. ha interposat recurs de cassació contra aquesta sentència basat en l'interès cassacional mitjançant un escrit de data 13 de desembre de 2002, que la Sala va admetre a tràmit per provisió de 10 de febrer de 2003.

**Segon.** El motiu primer del recurs al·lega infracció de l'article 41 del Codi de família, infracció que s'hauria produït pel fet que la sentència recorreguda no reconeix a l'esposa, part agent en el litigi i ara part recurrent en cassació, la compensació econòmica per raó de treball que preveu l'article esmentat. Segons la part recurrent escau, en el cas del litigi, atribuir a l'esposa la compensació econòmica per raó de treball perquè concorren tots els requisits legals que fan viable la seva pretensió, com són l'existència d'una separació judi-

cial dels cònjuges que havien estructurat l'economia del seu matrimoni segons el règim econòmic matrimonial de separació de béns; el treball per a la casa i per a les dues filles del matrimoni que va realitzar l'esposa durant els vint-i-cinc anys de durada del matrimoni, fet que va permetre que el marit es pogués dedicar íntegrament a les seves activitats professionals, i, també, el fet que l'esposa va treballar en el consultori mèdic del seu marit, que va permetre l'estalvi d'un salari que s'hauria pagat a la tercera persona que s'hagués contractat, sense que percebés pels seus treballs cap retribució directa, i afegeix que si es considerava retribució indirecta posar a nom de l'esposa la meitat indivisa de l'habitatge familiar i una plaça d'estacionament, es tractaria en qualsevol cas d'una retribució insuficient per una dedicació durant vint-i-quatre anys a la família i durant vint-i-dos anys per treballs realitzats pel seu consort; i al·lega, finalment, que també concorre el requisit d'haver-se originat, com a conseqüència dels fets esmentats, una desigualtat patrimonial que ha generat un enriquiment injust, perquè la diferència entre els patrimonis d'un i altre consort és molt notable i encara que l'article 41 del Codi de família no persegueix equilibrar totalment les diferències entre ambdós patrimonis, resulta clar que el marit ha resultat beneficiat com a conseqüència dels ingressos que ha obtingut per l'exercici de les seves activitats professionals, que s'han de prendre en consideració a l'hora de computar els patrimonis d'un i altre consort.

**Tercer.** Amb referència al primer dels requisits esmentats, és a dir, separació judicial dels cònjuges que han estructurat l'economia del seu matrimoni segons el règim econòmic matrimonial de separació de béns, no es plantegen problemes, ja que estan d'acord les parts litigants que ha existit entre elles un règim de separació de béns i resulta, també, plenament acreditat a les actuacions que s'ha dictat sentència ferma que ha decretat la separació judicial dels cònjuges, circumstàncies que determinen l'oportunitat d'aplicar l'element corrector del règim de separació de béns, com ha tingut ocasió de precisar aquesta Sala en la seva Sentència de 27 d'abril de 2000.

Concorre també el segon dels requisits esmentats en el fonament de dret anterior, que es concreta en el fet d'haver treballat l'esposa per a la casa i d'haver treballat per al seu consort com a recepcionista, administrativa i infermera en el consultori mèdic del seu marit, sense que s'hagi acreditat que hagi percebut cap retribució directa per aquests treballs, que segons la part recurrent hauria realitzat durant uns vint-i-dos anys i, segons precisa la sentència recorreguda —pronunciament que ha esdevingut ferma—, durant unes cinc hores setmanals.

El tercer requisit que s'exigeix per a l'aplicació de l'element corrector del règim de separació de béns, és que s'hagi produït una desigualtat patrimonial que hagi generat un enriquiment injust, en el cas del litigi en perjudici de l'esposa, que ha estat part agent en el litigi i ara part recurrent en cassació. La sentència recorreguda nega que s'hagi produït aquest perjudici, ja que considera que si bé és cert que després de la crisi matrimonial existeix una diferència entre el patrimoni d'ambdós cònjuges favorable al marit, afegeix que la diferència no es pot considerar injustificada, ja que la dedicació de l'esposa al treball per a la casa i per a l'altre cònjuge sense retribució va ésser compensada per la via d'atribuir a l'esposa la meitat indivisa de l'habitatge familiar i per la propietat exclusiva d'una plaça d'estacionament de vehicle automòbil, ja que la compensació de l'article 41 del Codi de família no pot implicar la substitució del règim de separació de béns pel de la societat de guanys (segons conclou el fonament de dret quart de la sentència d'apel·lació).

És cert que el correctiu del règim de separació de béns que estableix l'article 41 del Codi de família no ha, o no hauria, de distorsionar els principis que informen el règim de separació de béns, fins al punt de convertir-lo per aquesta via indirecta en un règim semblant al de participació en els guanys, que per la seva pròpia naturalesa implica en els casos normals igualar el patrimoni d'ambdós cònjuges en el moment de la liquidació del règim, segons resulta de l'article 50 del Codi de família. Si bé amb referència al supòsit que ara s'ha de resoldre, podem observar que per la via d'haver posat el marit els béns esmentats a nom de l'esposa, situació per altra part molt freqüent en els matrimonis catalans en règim de separació de béns, aquest fet s'ha d'enjudiciar en el sentit de voler superar, al marge de qualsevol previsió legal, l'eventual desprotecció econòmica de l'altre cònjuge derivada del règim de separació de béns, amb la conseqüència que raons de justícia material avalen la tesi que si un dels consorts ha estat afavorit per la inversió patrimonial realitzada mitjançant els rendiments obtinguts per l'altre consort, aquestes inversions s'han de prendre en consideració a l'hora de fixar la procedència de la compensació per raó de treball.

Totes aquestes consideracions determinen, a criteri de la Sala, que les inversions fetes pel marit en benefici de la seva esposa han contribuït de forma parcial, però no total, a esmenar el desequilibri econòmic que s'ha produït entre els esposos en el moment de la crisi matrimonial, que d'acord amb els paràmetres econòmics que estableix la sentència recorreguda, que no escau revisar en el tràmit de cassació, determinen a criteri de la Sala que el desequilibri econòmic s'ha de corregir mitjançant l'atribució a l'esposa, i a càrrec del marit, de la quantitat de setanta-vuit mil euros en concepte de compensació econòmica per raó de treball.

**Quart.** L'estimació del motiu únic del recurs de cassació determina que no escau fer una condemna expressa en costes en aquest tràmit, segons resulta dels articles 394 i 398 de la Llei d'enjudiciament civil.

Vistos els preceptes legals esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit estimar el recurs de cassació interposat per la procuradora dels tribunals senyora Natàlia Puigdemasa i Domènech, que actua en nom i representació de la senyora Ramos M. i C., contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida el dia 4 d'octubre de 2002 en el rotlle d'apel·lació 72/2002, que té el seu origen en el judici de separació 305/01-Lleida 8, i amb estimació del motiu únic del recurs, revoquem la sentència recorreguda en el sentit de reconèixer a la recurrent el dret a percebre a càrrec del marit recorregut la quantitat de setanta-vuit mil euros; sense fer un condemna expressa en costes en el recurs de cassació.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts personades i al Ministeri Fiscal.

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

**SENTÈNCIA DE 17 DE MARÇ DE 2003***M. Àngels i Engràcia M.P. / Josep M. M.P. i altres*

**Compres amb pacte de supervivència: es poden convenir en un contracte de renda vitalícia. Compres amb pacte de supervivència: adquisició automàtica pel supervivent de la meitat del cònjuge premort. Donacions entre cònjuges: qüestions de dret transitori sobre la seva validesa. Contracte aleatori: naturalesa jurídica. Acció de petició d'herència: objecte i determinació del seu abast. Registre de la Propietat: caràcter no constituït de la inscripció registral. Fonts del dret civil català: abast del Codi civil com a dret supletori. Tutela judicial efectiva. Indefensió: modalitats i determinació del seu abast. Recurs de cassació: no escau contra els *obiter dicta* de la sentència recorreguda**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal i Andreu

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist el recurs conjunt de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 86/2002 contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona en el rotlle d'apel·lació núm. 275/2002, com a conseqüència de les actuacions de judici de menor quantia núm. 284/1999 seguides davant el Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Figueres. Les Sres. M. Àngeles i M. Engracia M. P. han interposat aquest recurs representades pel procurador Sr. Francisco Javier Manjarín Albert i defensades pel lletrat Sr. F. Lambea. Són part contra la qual es recorre els Srs. José María, Núria i Encarnación M. P., representats per la procuradora Sra. Araceli García Gómez i defensats pel lletrat Sr. José M. Pou de Avilés.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora dels tribunals Sra. Irene Gumà Torramilans, que va actuar en nom i representació de les Sres. M. Àngeles i M. Engracia M. P., va formular demanda de judici ordinari declaratiu de menor quantia núm. 284/1999 al Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Figueres. Seguida la tramitació legal, el jutjat indicat va dictar Sentència amb data 1 d'octubre de 2001, la part dispositiva de la qual diu el següent:

“Que, estimando parcialmente la demanda instada por la Procuradora de los Tribunales, D<sup>a</sup> Irene Gumá, en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Angeles y M<sup>a</sup> Engracia M. P., asistidas por el Letrado D. Fernando Lambea, y dirigida contra D. José M<sup>a</sup>, D<sup>a</sup> Encarnación, D<sup>a</sup>

Montserrat y D<sup>a</sup> Núria M. P., y D. José M<sup>a</sup> O. M., debo declarar y declaro el derecho de las demandantes a la herencia de su madre D<sup>a</sup> Encarnación P. B., y en consecuencia el reconocimiento de su condición de herederas, condenando a los demandados a otorgar escritura de manifestación y aceptación de herencia únicamente respecto de la mitad indivisa de la finca XXX, del Registro de la Propiedad de Figueres, sita en la C/ XXX, n<sup>o</sup> XX, de la localidad de Figueres, por mitades indivisas de los bienes señalados por partes iguales entre todos los herederos, librando los correspondientes mandamientos de inscripción de la herencia a los registros de la Propiedad de Figueres y Roses, con cancelación de las posibles inscripciones contradictorias.

“Que debo decretar y decreto la extinción y restitución de la dote propiedad de D<sup>a</sup> Encarnación P. B. condenando a los demandados a aportar a la herencia de su madre el valor actualizado de 500.000 ptas. desde el otorgamiento de la dote en el año 1954 hasta la fecha del fallecimiento de la causante en 1984, más los intereses legales desde aquella fecha, hasta su completo pago.

“Desestimamos la pretensión de retorno de los restos de la causante a su ubicación original en el Cementerio Municipal de Figueres.

“Todo ello, con abono, por cada una de las partes, de las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

“Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación que deberá prepararse ante este Juzgado, en el plazo de cinco días a contar desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución y que será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Girona”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part demandant va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i que es va substanciar a la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona, la qual va dictar Sentència amb data 18 de setembre de 2002, amb la següent part dispositiva: “Que debemos estimar el recurso de apelación formulado por las representaciones de D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Ángeles y D<sup>a</sup>. Engracia M. P. y D. José M<sup>a</sup>, D<sup>a</sup>. Núria y D<sup>a</sup>. Encarnación M. P. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 4 de Figueres, en los autos de juicio de menor cuantía n<sup>o</sup> 284/1999, con fecha 1 de octubre de 2001.

“Debemos revocar parcialmente la misma en los términos siguientes:

“Deberá incluirse en el caudal relicto los derechos que pudieran corresponder a la causante, D<sup>a</sup>. Encarnación P. B., sobre el negocio del Camping Playa Port de la Vall, derechos que deberán ser ejercitados por los herederos contra quien corresponda, absolviendo a los demandados en la instancia respecto de esto.

“Sólo procede la devolución de la cantidad de 500.000 pesetas, sin actualización alguna, en concepto de la dote estimada constituida por los padres de la causante, a restituir por parte de D. José María, Dña. Núria y Dña. Encarnación M. P. B.

“No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

“Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

“De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación”.



**Tercer.** Contra aquesta sentència, el procurador Sr. Joan Ros Cornell, en nom i representació de les Sres. Maria Ángeles y Maria Engracia M. P., va interposar aquest recurs conjunt de cassació i per infracció processal davant la Sala 1a de la Audiència Provincial de Girona, que va fonamentar en els motius que consten a les actuacions.

**Quart.** Per mitjà de provisió d'aquesta Sala de data 31 d'octubre de 2002, i de conformitat amb la disposició final setzena, 4a i 5a de la Llei d'enjudiciament civil, es passaren les actuacions al magistrat ponent a fi que proposés a la Sala la resolució escaient. Per provisió de data 31 d'octubre de 2002 es designà ponent i es formà el Tribunal.

Per provisió de data 28 de novembre de 2002 es va admetre a tràmit el motiu quart del recurs de cassació, que comporta l'admissió a tràmit del recurs extraordinari per infracció processal. En relació amb els motius primer, segon i tercer del recurs de cassació, en concórrer possible causa d'inadmissió basada en l'interès cassacional per no concretar-se el nucli de l'objecte del litigi respecte al qual s'al·legava l'existència de jurisprudència contradictòria, es van traslladar a les parts personades perquè en el termini de deu dies formules-sin les al·legacions escaients d'acord amb allò disposat a l'art. 483.3 de la Llei d'enjudiciament civil.

En data 9 de gener de 2003 aquesta Sala Civil va dictar interlocutòria que admetia a tràmit els recursos de cassació i extraordinari per infracció processal interposats per la representació processal de les senyores Maria Ángeles M. P., i Maria Engràcia M. P. contra la Sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona en el rotlle 275/2002.

En data 10 de febrer de 2003, la procuradora Sra. Araceli García Gómez, en nom i representació dels Srs. José M<sup>a</sup>, Encarnación y Núria M. P., va interposar escrit d'oposició, davant de l'Oficina de Repartiment de l'Audiència Provincial de Barcelona. Per mitjà d'una provisió de data 13 de febrer de 2003, i de conformitat amb l'art. 475 i 486.1 de la LEC, es va convocar les parts per a la celebració de la vista el dia 3 de març a les 10.30 hores del matí, la qual va tenir lloc.

Ha estat designat ponent l' Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Amb la finalitat de centrar les qüestions que han estat objecte del litigi i les qüestions que es plantegen ara en el recurs de cassació, sembla oportú fer una referència breu als fets següents:

A/ El dia 13 de novembre de 1970 es va atorgar una escriptura pública anomenada *de cessió a renda vitalícia*, en la qual el senyor Josep P. i R. transmetia als consorts senyors Bertomeu M. i L. i Encarna P. i B. una finca de la seva propietat coneguda per *P. de la V.*, que es troba al Port de la Selva, a canvi d'una pensió vitalícia de sis mil pessetes mensuals, amb el pacte que els consorts esmentats adquirien la finca objecte del contracte per meitats indivises i que el sobrevivent d'ells adquiriria la totalitat de la finca.

B/ El dia 23 de juny de 1975 es va signar un document privat de transacció entre la senyora Maria Lluïsa P. i B., Bertomeu M. i L. i Josep Maria M. i P., en el qual es va convenir que la totalitat de la finca P. P., que forma part de la finca P. de la V. i que es troba a la part sud de la finca i separada de la resta per un camí, seria propietat exclusiva dels consorts sen-

yors Bertomeu M. i L. i Encarna P. i B., i que la resta de la finca P. de la V. es dividiria en dues parts d'igual superfície, una de les quals, més concretament la que és més propera al P. P., s'adjudicava als consorts esmentats i l'altra s'adjudicava a la Sra. Maria Lluïsa P. i B.; es fa constar també en el conveni transaccional que la totalitat de la finca P. de la V. estava inscrita en el Registre de la Propietat a nom dels consorts senyors Bertomeu M. i L. i Encarna P. i B. i que no obstant la decisió acordada es mantenia aquesta titularitat registral, ja que els atorgants tenien intenció de vendre la finca.

C/ La senyora Encarna P. i B. va morir el dia 26 de desembre de 1984 i per acta notarial de 12 de febrer de 1993 van ésser declarats hereus intestats de la difunta els seus fills senyors Josep Maria, Maria Àngels, Maria Engràcia, Encarna, Montserrat i Núria M. i P., i el seu nét, fill de la filla premorta senyora Lluïsa M. i P., senyor Josep Maria O. i M.

D/ El dia 11 de setembre de 1988 els fills i nét de la testadora, excepte la senyora Maria Àngels M. i P., van signar un conveni privat, en el qual manifestaven tenir coneixement que llurs pares havien adquirit la finca P. de la V. del Port de la Selva per meitats indivises i amb pacte de supervivència, encara que aquest pacte no s'havia inscrit en el Registre de la Propietat, i renunciaven a qualsevol dret sobre la finca esmentada en la seva condició d'hereus de la mare, ja que la voluntat dels progenitors era que adquirís la totalitat de la finca el supervivent d'ells.

E/ El senyor Bertomeu M. i L. va atorgar testament notarial obert el dia 14 de juliol de 1998, en el qual ordenava uns llegats en pagament dels drets de llegítima paterna, instituïa hereus els seus fills senyors Josep Maria, Encarna i Núria M. i L., ordenava un llegat remuneratori a favor dels administradors del càmping propietat del testador i nomenava marmessors universals els senyors Ramon V. i R. i Juan C. i V. El testador va morir el dia 17 de febrer de 1999; el dia 11 d'octubre del mateix any es va atorgar escriptura pública d'acceptació i adjudicataris de l'herència paterna.

F/ El dia 14 de desembre de 1999 les senyores Maria Àngels i Maria Engràcia M. i P. van interposar una demanda de judici declaratiu de menor quantia contra els senyors Josep Maria, Encarna, Montserrat i Núria M. P. i contra el senyor Josep Maria O. i M., en la qual interessaven que al seu dia es dictés sentència que declarés el dret de les agents a l'herència materna, l'atorgament de la possessió dels béns hereditaris i que decretés el retorn de les despulles de la mare al cementiri de Figueres; que es condemnés els deferents a atorgar escriptura pública d'adjudicació de l'herència materna; que es decretés l'extinció i la restitució del dot, propietat de la mare i la imposició de costes als deferents.

G/ En el seu escrit de contesta a la demanda, la senyora Encarna M. i P. al·legava que les agents coneixien perfectament que la finca P. de la V. no formava part de l'herència materna, com a conseqüència del pacte de supervivència que va convenir amb el seu marit i del conveni de transacció de l'any 1975 abans esmentat, en el qual s'establia que una part de la finca era propietat de la senyora Maria Lluïsa P. i B.; que respecte al dot de la mare sols es podia reclamar la quantitat de cinc-centes mil pessetes, i que no era procedent el retorn de les despulles de la mare al cementiri de Figueres, perquè la voluntat dels pares va ser sempre que volien ser enterrats al mateix lloc.

H/ El senyor Josep Maria O. i M. va manifestar que s'aplanava a la demanda.

I/ Els senyors Josep Maria i Núria M. i P. van manifestar que feien seves les al·legacions formulades per la senyora Encarna M. i P. en el seu escrit de contesta a la demanda i al·legaven, a més a més, existència d'un litisconsorci passiu necessari, ja que les agents pretenien que formés part de l'herència materna la meitat indivisa de la finca P. de la V., una part de

la qual era propietat de la senyora Maria Lluïsa P. i B. segons el conveni transaccional de l'any 1975, que, per tant, havia de ser part en el litigi.

J/ La senyora Montserrat M. i P. va manifestar en el seu escrit de contesta a la demanda que s'aplanava a les pretensions de les agents excepte en la part que fa referència a la finca P. de la V., que segons la deferent és propietat de la senyora Dolors R. i L., vídua de l'oncle de la deferent senyor Sebastià P. i N., i manifestava també que havia impugnat la validesa del testament del seu pare.

K/ El Jutjat de Primera Instància número 4 de Figueres va dictar Sentència el dia 1 d'octubre de 2001, que desestimava l'excepció de manca de litisconsorci passiu necessari, ja que la senyora Maria Lluïsa P. i B. no formava part de la comunitat hereditària de la seva germana senyora Encarna P. i B.; estimava la pretensió de les agents que formava part de l'herència materna el dot voluntari i estimat de cinc-cents mil pessetes, que s'havia de restituir a l'herència segons el valor actualitzat a l'any 1984; declarava que la finca P. de la V. no formava part de l'herència de la senyora Encarna P. i B., i desestimava, finalment, la pretensió de les agents sobre el trasllat de les despulles de la mare al cementiri de Figueres.

L/ Les senyores Maria Àngels i Maria Engràcia M. i P., parts agents en el litigi, i els deferents senyors Josep Maria, Núria i Encarna M. i P. van interposar recurs d'apel·lació contra la resolució esmentada, que ha resolt la Sentència de 18 de setembre de 2002 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona, que reconeix la validesa del pacte de supervivència que s'havia convingut en el contracte de cessió a renda vitalícia de 13 de novembre de 1970, confirma la resolució recorreguda en la part que fa referència a no donar lloc al trasllat de les despulles de la mare al cementiri de Figueres, revoca parcialment la sentència de primera instància en el sentit que s'han d'incloure en l'herència materna els drets que puguin correspondre a la senyora Encarna P. i B. sobre el càmping P. de la V., que haurà d'exercitar contra qui correspongui i, per tant, estableix l'absolució dels defenents respecte a aquest pediment, i, per últim, revoca la sentència recorreguda en la part que fa referència a establir una revalorització respecte al dot estimat que ha de forma part de l'herència materna.

**Segon.** Amb caràcter previ la part contra la qual es recorre al·lega que existeix causa d'inadmissió, i en aquests moments, de desestimació dels recursos de cassació i extraordinari per infracció processal, que ha interposat la representació processal de les senyores Maria Àngels i Maria Engràcia M. i P., al·legació prèvia que en bona part reproduceix les que va formular la mateixa processal en l'escrit que va presentar davant d'aquesta Sala en el tràmit de l'article 480.2 de la Llei d'enjudiciament civil i que va resumir de forma sintètica a l'acte de celebració de vista dels recursos esmentats.

Els raonaments de la part contra la qual es recorre no contradiuen eficaçment la Resolució d'aquesta Sala de data 9 de gener de 2003, que acorda admetre a tràmit el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal, que es donen aquí per reproduïts i, per tant, es desestima la qüestió prèvia que formula la part recorreguda en el seu escrit d'oposició a ambdós recursos.

**Tercer.** Estableix la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil, i més concretament la seva regla 6a, que quan s'ha admès a tràmit el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal, s'ha de resoldre en primer lloc el recurs extraordinari per infracció processal. Aquest recurs, que hem d'entendre que es fonamenta en l'article

469.1.4t de la Llei d'enjudiciament civil, al·lega infracció de l'article 24 de la Constitució, que en el seu apartat primer estableix que tothom té dret a obtenir la tutela efectiva dels organismes jurisdiccionals en l'exercici dels seus drets i interessos legítims, sense que, en cap cas, pugui haver-hi indefensió. Argumenta la part recurrent que la sentència d'apel·lació ordena la inclusió en el cabal relicte de la senyora Encarna P. i B. dels drets que li corresponen en el negoci Càmping P. de la V., que segons la mateixa sentència d'apel·lació hauran d'exercir els seus hereus contra qui correspongui; i segons la mateixa part recurrent, aquest pronunciament no resol les qüestions que es van debatre en el litigi, que deixa en la incertesa d'un procediment posterior, pronunciament que determina una manca de tutela judicial efectiva ja que, afegeix la mateixa part recurrent, existeixen a les actuacions elements suficients per a resoldre aquest punt de la qüestió litigiosa.

Hem de recordar en aquests moments que l'any 1960 es va constituir una societat privada entre els senyors Josep P. i R., Encarna P. i B. i Dolors R. i L., societat a la qual el senyor Josep P. i R. aportava la finca on es troba el càmping, amb la precisió que l'aportant conservava el dret de propietat sobre la finca, que per escriptura pública de 13 de novembre de 1970 va transmetre a títol de venda vitalícia a la seva filla, que també formava part de la societat privada, senyora Encarna P. i B. i al seu marit senyor Bertomeu M. i L. Interessa recordar també que el dia 23 de juny de 1975 es va signar un conveni transaccional que, en la part que afecta la seva finca, precisava que una part d'aquesta s'adjudicava a la senyora Maria Lluïsa P. i B.; en el mateix conveni s'explicitava que l'hereu del senyor Josep P. i R. renunciava a la participació d'una tercera part que el seu causant tenia en el càmping, que transmetia per meitats a la seva mare senyora Encarna P. i B. i a la seva tia senyora Maria Lluïsa P. i B., i que l'explotació del càmping es feia segons allò que s'havia convingut en el contracte de societat privada esmentat de l'any 1960. Recordem, finalment, que després de la mort de la senyora Encarna P. i B., es va constituir el dia 13 de desembre de 1985 la societat M., SA, i que els socis fundadors eren el senyor Bertomeu M. i L., Dolors R. i L., Maria Lluïsa P. i B. i Encarna M. i P., que tenia per objecte l'explotació del càmping, societat que era administrada pel senyor Bertomeu M. i L.

D'acord amb aquesta relació de fets s'ha de diferenciar entre els drets que podien correspondre a la senyora Encarna P. i B. sobre la finca on es troba el càmping, drets que en tot cas constitueixen matèria pròpia del recurs de cassació, i els drets que li podien correspondre sobre els rendiments que es derivaven de l'explotació del càmping. El cert és que sobre aquests drets existeix actualment un litigi, interposat per una de les persones que van constituir ambdues societats, en el qual es discuteix la subsistència o no de la societat privada de l'any 1960 després d'haver-se creat la societat M., SA, i el resultat d'aquest litigi pot tenir, evidentment, una transcendència important sobre la determinació dels beneficis que es poden derivar de l'explotació del càmping, determinació que no es pot fer a esquena de tots els interessats en l'explotació del càmping per tal de no deixar uns possibles interessats en situació d'indefensió. I com que la demanda no s'adreça contra tots els interessats possibles en la determinació dels beneficis que es puguin derivar de l'explotació del càmping, com precisa la sentència recorreguda, la desestimació d'aquesta pretensió exercitada per la part agent no comporta una vulneració del principi de tutela judicial efectiva segons l'article 24.1 de la Constitució, perquè la tesi de la sentència d'apel·lació es fonamenta en els principis que informen el procediment civil al nostre país. Ja que la sentència d'apel·lació no ha produït cap mena d'indefensió en sentit material, perquè deixa oberta la possibilitat de reclamar la participació que correspongui a la part recurrent en els beneficis obtinguts per

l'exploració del càmping en el procediment que escaigui i contra les persones interessades en la determinació d'aquests beneficis. Ara sols cal afegir que únicament la indefensió material gaudeix de rellevància constitucional, ja que com precisa la Sentència del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de gener, l'article 24 de la Constitució imposa el deure positiu d'esmenar qualsevol situació que pugui qualificar-se d'indefensió, concepte que segons un corrent jurisprudencial constant s'identifica amb aquella limitació dels mitjans de defensa produïda per una actuació indeguda dels organismes jurisdiccionals, encara que amb la precisió que la indefensió d'abast constitucional és un concepte diferent del d'indefensió processal, ja que aquella ha d'assolir un significat material que produeixi una lesió efectiva o, si es vol, un menyscapse efectiu i real del dret de defensa. Amb la conseqüència, doncs, que escau desestimar el recurs extraordinari per infracció processal interposat per la part agent en el litigi i ara part recurrent.

**Quart.** La desestimació del recurs extraordinari per infracció processal determina, segons la disposició final setzena, regla sisena, la procedència d'examinar el recurs de cassació que ha interposat la mateixa part recurrent, que en el motiu primer del seu recurs al·lega infracció dels articles 60 i 61 de la Compilació del dret civil de Catalunya sobre compres amb pacte de supervivència. Al·lega la part recurrent que, segons els preceptes esmentats, les compres amb pacte de supervivència s'han de convenir en un contracte de compravenda, i en el cas que ha originat el recurs es va convenir en un contracte de renda vitalícia, circumstància que, segons la mateixa part recurrent, ha de determinar la nul·litat del contracte.

És cert que segons l'article 61 de la Compilació s'exigeix que el pacte de supervivència s'ha de convenir en un contracte de compravenda, però el que cal considerar en aquests moments és si el pacte de supervivència sols es pot convenir en un contracte de compravenda. Cal recordar ara que les compres amb pacte de supervivència són una institució d'arrel consuetudinària, circumstància que per ella mateixa posa de manifest que la seva denominació no vol traduir en termes jurídics uns conceptes que s'han d'entendre en el seu sentit vulgar i corrent, com succeeix gairebé sempre en relació amb les institucions d'arrel consuetudinària. Amb aquestes consideracions es vol posar de manifest que l'expressió compres no equival necessàriament a contracte de compravenda en sentit jurídic i que reuneixi tots els requisits propis del contracte de compravenda, sinó que l'expressió *compres* es pot referir igualment a qualsevol altra transmissió fonamentada en una causa onerosa, que el llenguatge vulgar pot assimilar a una compravenda, perquè la compravenda és sens dubte el prototipus del contracte transmissiu que es fonamenta en una causa onerosa. Ho posa en relleu, per exemple, una altra institució catalana, també d'arrel consuetudinària, com és l'associació de compres i millores, que regulen actualment els articles 61 al 63 del Codi de família, respecte a la qual es precisava que l'expressió *compres* era equivalent a qualsevol adquisició a títol oneros i, per aquest motiu, l'article CX del projecte d'Apèndix de Duran i Bas, que recollia el parer dels més acreditats tractadistes catalans de l'època del *ius commune*, precisava que no estaven incloses en l'expressió *compres*, les adquisicions de béns per institució hereditària, llegat o donació. I les mateixes consideracions es poden fer extensives a l'hora de fixar el sentit de l'expressió *compres* en relació amb el pacte de supervivència, que permet fer extensiva la institució correctora d'un règim de separació absoluta de béns a l'empara del principi d'autonomia privada a supòsits que no reclamen una institució diferent a la que preveu la llei, en sentit exemplificatiu, però no limitatiu, pel contracte de compravenda.

Aquests raonaments han de determinar, doncs, la desestimació del motiu primer del recurs de cassació i, per tant, a declara la validesa del pacte de supervivència convingut en un contracte de renda vitalícia, tesi que no contradiuen eficaçment les altres argumentacions de la part recurrent, que al·lega que no concorre en el cas del litigi la igualtat de quotes entre els adquirents ni l'equilibri de les prestacions. Aquestes al·legacions s'han de desestimar, ja que de l'escriptura pública de any 1970 en resulta sense cap mena de dubtes que ambdós cònjuges adquireixen “por mitades indivisas entre ellos”; i si la tesi de la part recurrent es fonamenta en el fet que el preu o contraprestació a càrrec dels cònjuges no procedeix per meitat del patrimoni de cadascun dels cònjuges adquirents, l'argumentació és igualment desestimable, ja que si consta la voluntat dels cònjuges d'adquirir per meitats indivises, no és necessari esbrinar si el preu ha estat pagat per parts iguals, com ja ha establert aquesta Sala en la seva Sentència de 14 de juny de 1990. Com és igualment desestimable l'al·legació de la part recurrent de manca d'equilibri de les prestacions en el contracte de renda vitalícia de l'any 1970 perquè el transmetent de la finca va morir l'any 1972, circumstància aquesta mancada de transcendència en el cas del recurs, ja que el contracte de renda vitalícia és una de les manifestacions més significatives dels anomenats *contractes aleatoris*, que, com resulta de l'article 1790 del Codi civil, es fonamenten també, com el contracte de compravenda, en una causa onerosa, encara que amb la diferència derivada de l'*aleas*, que deixa sense fonament l'exigència d'un equilibri entre les prestacions a càrrec de cadascuna de les parts contractants; i, per tant, encara que s'hagi produït un desequilibri notable entre les prestacions, amb l'excepció del supòsit que inclou l'art. 1804 del Codi civil —que aquí no concorre—, aquest fet en res no afecta la validesa del contracte.

Al·lega, finalment, la part recurrent la nul·litat del pacte de supervivència convingut en l'escriptura pública de l'any 1970 sobre la base que la finca es troba inscrita en el Registre de la Propietat a nom d'ambdós cònjuges per meitats indivises, ja que l'encarregat del Registre va denegar la inscripció del pacte de supervivència, decisió que no va ser recorreguda en via governativa. També aquest aspecte del recurs s'ha de refusar. En primer lloc perquè la validesa del pacte de supervivència no es pot fer dependre en les relacions *inter partes* de la seva inscripció en el Registre de la Propietat, que segueix en aquest punt el règim general sobre caràcter no constitutiu de les inscripcions en el nostre sistema jurídic. I en segon lloc perquè la decisió denegatòria del registrador, encara que no s'hagués reconegut en via governativa, no prejutja delictivament la validesa o nul·litat d'un pacte de supervivència convingut en un contracte de renda vitalícia, ja que la decisió final sobre la validesa o nul·litat del pacte de supervivència en aquest cas l'han de declarar els organismes jurisdiccionals segons l'article 66 de la Llei hipotecària.

**Cinquè.** El motiu segon del recurs de cassació al·lega infracció dels articles 245 i 246 de la Compilació del dret civil de Catalunya i doctrina i jurisprudència sobre donacions per causa de mort. En aquest motiu la part recurrent palesa la seva disconformitat amb la sentència recorreguda, que declara la validesa del pacte de supervivència convingut en el contracte de renda vitalícia per la via de convertir-lo en una donació *mortis causa*, que produeix els seus efectes a la mort d'un dels consorts.

El fonament de dret tercer de la sentència recorreguda argumenta sobre la validesa del pacte de supervivència convingut en el contracte de renda vitalícia de l'any 1970, i el mateix fonament de dret afegeix, com a element de reforç, que la seva validesa es pot fonamentar, també, per la via de convertir-la en una donació per causa de mort a favor del cònjuge super-

vivent. Arribats a aquest punt hem de precisar que, segons un criteri jurisprudencial reiterat, escau el recurs de cassació contra la part dispositiva de la sentència recorreguda i no contra els arguments o raonaments de la sentència irrellevants per a la decisió (Sentència del Tribunal Suprem de 26 d'octubre de 1990, 18 de febrer de 1992), amb la conseqüència d'excloure's de l'àmbit del recurs els arguments *obiter dicta* (sentències del Tribunal Suprem de 16 de febrer i 24 de desembre de 1994), raonaments que porten, doncs, a la desestimació del motiu segon del recurs de cassació. No obstant això, la Sala no comparteix el criteri de la sentència recorreguda favorable a la conversió del pacte de supervivència en una donació per causa de mort, que permetria al consort supervivent acceptar-la després de la mort de l'altre de forma expressa o tàcita, ja que, com posa en relleu la doctrina més autoritzada, l'adquisició pel consort supervivent de la meitat indivisa que corresponia al premort opera de forma automàtica, és a dir, sense necessitat d'acceptació per part del supervivent, perquè el pacte de supervivència desvia la meitat indivisa que corresponia al consort premort del decurs hereditari normal, que s'integra d'aquesta forma en la patrimoni del consort supervivent. Aquesta discrepància amb la sentència recorreguda en res afecta, però, la decisió de la qüestió litigiosa i, per tant, la Sala ha de determinar el refús del motiu segon del recurs de cassació.

**Sisè.** El motiu tercer del recurs de cassació al·lega infracció dels articles 1 i 20 de la Compilació del dret civil de Catalunya i aplicació indeguda dels articles 1255 i 620 del Codi civil, en relació amb l'article 6 del mateix Codi. El motiu és igualment desestimable perquè:

A/ El pacte de supervivència que es va convenir en l'escriptura pública de compravenda de l'any 1970 seria nul, segons la part recurrent, perquè es va convenir quan l'article 20 de la Compilació declarava nul·les les donacions entre cònjuges, pretensió clarament recusable ja que, com ha reiterat aquesta Sala en les seves sentències de 16 de juliol de 1992, 15 de febrer de 1994, 12 de febrer de 2001 i 29 de juliol de 2002, no es pot al·legar la nul·litat de la donació, quan el legislador català ha optat pel criteri de la validesa de les donacions entre cònjuges i amb la precisió, encara que el pacte de supervivència convingut entre els cònjuges no es pot qualificar de donació per la seva aleatorietat bilateral, que l'apropa als contractes fonamentats en una causa onerosa segons una autoritzada opinió doctrinal.

B/ La Sala comparteix el criteri de la part recurrent sobre la inoportunitat d'invocar, com fa la sentència recorreguda, l'article 620 del Codi civil sobre donacions per causa de mort, perquè el precepte no és vigent en el dret civil català, segons resulta de l'article 1.II de la Compilació i la seva disposició final quarta; encara que aquest fet no afecta la decisió del litigi en el sentit que ho fa la sentència d'apel·lació perquè, com s'ha argumentat en el fonament de dret anterior, no escau convertir el pacte de supervivència convingut a l'escriptura pública de 1970 en una donació *mortis causa* a favor del consort supervivent.

C/ Els raonaments que s'han fet en el fonament de dret anterior sobre adquisició automàtica pel consort supervivent de la meitat que corresponia al premort, sense necessitat d'una acceptació expressa o tàcita, encara que amb possibilitat de renunciar-la, determinen, sense necessitat de consideracions més extenses, la desestimació íntegra del motiu tercer, que es fonamenta en la inexistència d'un *animus donandi*, innecessari en el cas del litigi perquè aquí no es pot parlar de donació per causa de mort ni, per tant, de la necessitat d'una acceptació expressa o tàcita de la pretesa donació, ni la manca de signatures que esmenta la part recurrent en els documents posteriors al contracte de 1970 pot tenir cap transcendència per a desvirtuar una adquisició automàtica a favor del consort supervivent, que no consta que hagués repudiat.

**Setè.** El quart i darrer dels motius de cassació al·lega infracció de l'article 64 del Codi de successions, l'apartat primer del qual confereix a l'hereu l'acció de petició d'herència per tal d'obtenir el reconeixement de la seva qualitat i la institució dels béns com a universalitat, sense haver de provar el dret del seu causant sobre els béns singulars que la constitueixen. El motiu del recurs té com a base el fet que les despulles de la mare dels litigants es trobaven inicialment al cementiri de Figueres i després els germans, que han estat part deferent en el litigi, van traslladar-les, sense comunicar-ho a les agents, al cementiri del Port de la Selva, i la petició dels recurrents es concreta en la restitució de les despulles de la mare al cementiri de Figueres. Aquesta pretensió és desestimada per les sentències que han recaigut en les instàncies inferiors, pronunciant que la Sala considera ajustat a dret i que, per consegüent, ha de ser confirmat en el tràmit de cassació. En aquests moments sols cal afegir que la via emprada per la part agent, i ara recurrent, d'exercici de l'acció de petició d'herència no sembla l'escaient perquè:

A/ Una de les característiques de l'acció de petició d'herència, segons l'article 64 del Codi de successions, és que persegueix el reconeixement de la qualitat o condició d'hereu en els agents, finalitat intranscendent en el cas que ara s'ha de resoldre, ja que en cap moment s'ha posat en dubte que correspon a les agents la condició de cohereves en l'herència materna.

B/ Una característica de l'acció de petició d'herència, segons el precepte esmentat, és assolir la restitució dels béns hereditaris que es troben en possessió de terceres persones de forma il·legítima, amb la precisió que ha de tractar-se de béns que formen part de l'herència, amb independència que siguin drets reals, de crèdit o que recaiguin sobre béns immaterials, i el cadàver d'una persona no forma part de l'herència, perquè encara que certament tingui la condició de cosa, es tracta d'una cosa *extra commercium* que per definició no forma part de l'herència i, per tant, no pot ser objecte de l'acció de petició d'herència, ja que si aquesta acció persegueix la restitució de la possessió dels béns hereditaris, cal recordar que segons l'article 437 del Codi civil sols poden ser objecte de possessió les coses susceptibles d'apropiació, i no pot ser objecte d'apropiació el cadàver per la seva condició de *res extra commercium*.

C/ Per últim sembla oportú esmentar que el trasllat de les despulles de la mare al cementiri del Port de la Selva no es pot qualificar d'acte arbitrari, ja que segons resulta de les actuacions, en aquesta població es troba el panteó familiar, on es troben les despulles del marit i un fill de la difunta; però sense que amb aquesta afirmació es vulgui justificar l'actuació dels cohereus defenents de traslladar les despulles sense donar-ne coneixement a les altres cohereves, i a més a més filles de la difunta, que no és certament la forma més escaient de canalitzar les relacions de caràcter familiar, encara que no es pot esmenar per la via de l'exercici d'una acció de petició d'herència, que persegueix unes finalitats molt diferents.

**Vuitè.** Els raonaments anteriors determinen la desestimació íntegra dels recursos de cassació i extraordinari per infracció processal, fet que determina la imposició de les costes derivades d'ambdós recursos a la part recurrent, segons preveu l'article 398.1 de la Llei d'enjudiciament civil.

Per tot el que s'ha exposat,



## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit desestimar els recursos de cassació i extraordinari per infracció processal que ha interposat el procurador dels tribunals senyor Joan Ros i Cornell, que actua en nom i representació de les senyores Maria Àngels i Maria Engràcia M. i P., contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona el dia 18 de setembre de 2002, en el rotlle d'apel·lació 275/2002, que es confirma en tots els seus punts, amb imposició de costes a la part recurrent.

Així ho acorda la Sala i ho signen el magistrats que la componen. En dono fe.

721  
**INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE MARÇ DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs de cassació amb independència que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La procuradora Sra. Ester García Cortés, en nom i representació de la Sra. Roser P. D., va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de queixa contra la Interlocutòria, de 17.02.03, que desestima el recurs de reposició interposat contra la Interlocutòria, de data 24.12.02, que denega la interposició de recurs de cassació i per infracció processal contra la Sentència de data 8.10.02 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona en el seu rotlle d'apel·lació núm. 131/02.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Contra la Interlocutòria de l'A.P. de Girona (Secció Primera) de 17 de febrer passat, confirmatòria de la de 24 de desembre de dos mil dos per la qual es denegava a la representació de la Sra. Roser P. D. tenir per preparat recurs de cassació i extraordinari d'infracció processal contra la Sentència de l'esmentat Tribunal de vuit d'octubre de dos mil dos, es formula el present recurs de queixa, respecte al qual convé ponderar que la causa per la qual es refusa tenir-lo per preparat, promogut per interès cassacional (art. 477. 2. 3 de la LEC), radica en el fet que l'Audiència Provincial, atès que el litigi té una quantia que no supera els 24.040,48 euros i que ha estat tramitat per raó de quantia i no de la matèria litigiosa, invocant determinada doctrina del Tribunal Suprem, considera que "... Los asuntos que se han tramitado por razón de la cuantía, no pueden utilizar la vía del interés casacional del 447.2.3 de la LEC, sino que deben utilizar el cauce del artículo 477.2.2, por lo que, si la cuantía no supera los 25.000.000 de pesetas o 150.253 euros, la sentencia dictada en segunda instancia no es susceptible del recurso de casación" (Interlocutòria de 24 de desembre de 2002) i que el principi de seguretat jurídica imposa que s'hagi de mantenir tal criteri "independentemente de si es el Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo el que deba resolver,

en definitiva, si estuvo o no bien preparado el recurso de casación”, entenent que seria contrari a tal principi “que se tuvieran distintos criterios dependiendo del Tribunal que deba resolver el recurso. Esta Audiencia tiene sus propios criterios que son los que tiene el Tribunal Supremo y no los tendría si unas veces tuviera por preparado el recurso de casación y otras veces no atendiendo al órgano *ad quem* que debe resolverlo”.

**Segon.** La queixa que es formula ha de ser acollida, atès que aquest Tribunal ha dit (per totes, Interlocutòria de 18 d’abril de 2002) que “és un principi de dret ininterrompudament aplicat per la jurisprudència que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (sentències del Tribunal Suprem de 12 de gener de 1884, 11 de març de 1885, 27 de febrer de 1909, 31 de maig de 1949, 13 de maig de 1950, 11 de maig de 1964, 12 d’abril de 1988, 2 d’abril de 1990, 22 de febrer de 1993, 31 de desembre de 1994, etc.); i... l’Audiència, en interpretar el núm. 3r esmentat, fa unes distincions entre els processos substanciats per raó de la matèria o els especials, i els tramitats per raó de la quantia, que aquell precepte no fa; i per tal com no existeix justificació legal per donar-hi suport, caldrà entendre que l’Audiència ha distorsionat aquell precepte i la voluntat del legislador pel que fa a la interpretació de les sentències que són susceptibles de ser impugnades en cassació... En efecte, el núm. 2n de l’art. 477.2 diu que són susceptibles de ser recorregudes en cassació per la seva via les sentències dictades en segona instància per les audiències ‘quan la quantia de l’afer excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes’, sense fer cap mena de distinció de procediments (ni dels substanciats per raó de la matèria, els especials o els tramitats per raó de la quantia); cosa per la qual escau concloure, sense més additaments, que qualsevulla que hagi estat el procediment que s’hagi seguit i la classe de procés que s’hagi emprat, si la quantia de l’afer ultrapassa els 25.000.000 de ptes. el recurs de cassació per aquesta via del núm. 2n s’haurà d’admetre; i s’haurà d’admetre per la via del núm. 3r ‘quan la resolució del recurs presenti interès cassacional’, i en presentarà si concorre algun dels quatre supòsits de l’apartat 3 de l’art. 477, qualsevulla que sigui la quantia de l’afer i la classe de procediment emprat, ja que segons el núm. 3r de l’art. 477.2, l’únic que cal és que la resolució del recurs presenti interès cassacional; interès que, com diu l’apartat 3, presentarà si la sentència s’oposa a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia, o resol punts i qüestions sobre els quals existeixi jurisprudència contradictòria de les audiències provincials o si aplica normes que no fa més de cinc anys que estan en vigor, sempre que en aquest darrer supòsit no hi hagi doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia relativa a normes anteriors de contingut igual o similar”.

En aquesta mateixa interlocutòria afègia la Sala que el núm. 3 de l’art. 477.2 “estableix la possibilitat de recórrer en cassació quan la resolució de l’assumpte presenta interès cassacional. I no imposa cap més condició. Són coses diferents les que regulen els art. 249.2 i 250.2 i el 477.2.2n; i són també coses diferents les que regulen els art. 249.1 i 250.1 i les que considera el 477.2.3r. I com que són coses diferents, la seva concordança no és possible i, per tant, aquesta Sala així ho ha d’entendre i d’aplicar en exercir la seva competència jurisdiccional per admetre (i aquí ara per tenir per preparat) els recursos de cassació que estableix la llei d’acord amb la previsió de l’Estatut d’autonomia de Catalunya i, en execució d’aquest, d’acord amb allò que disposa l’art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial”.

**Tercer.** La transcrita doctrina s’esdevé aplicable al cas i mena, com s’ha assenyalat, a l’èxit del present recurs de queixa, per la qual cosa caldrà disposar que l’Audiència tingui per pre-

parat el recurs de cassació formulat per la representació de la Sra. Roser P. D., per la via de l'interès cassacional, contra la Sentència de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona de vuit d'octubre del dos mil dos, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 131/2002, so concorren els altres requisits necessaris.

Pel que fa a la resta, i en resposta a les manifestacions de l'Audiència Provincial de Girona, si bé resulta exacta l'existència d'una diferent interpretació, en els termes a què es refereix tal òrgan *a quo*, entre el Tribunal Suprem i aquest Tribunal Superior, aquest darrer ha de seguir mantenint el seu criteri, tant perquè, com ja s'ha assenyalat, no existeix cap raó per considerar més plausible la interpretació legal que efectua el Tribunal Suprem sobre la que manté aquesta Sala, com també per inexistència de cap mena de superioritat o jerarquia hermenèutica entre ambdós òrgans judicials, atès que aquest Tribunal ostenta no només la competència, sinó el monopoli nomofilàctic, a través del recurs de cassació com a últim graó jurisdiccional, en tot allò referit al dret civil de Catalunya.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit estimar el recurs de queixa interposat per la representació de la Sra. Roser P. D. contra la Interlocutòria de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona de 17 de febrer de 2003 i, en conseqüència, deixar sense efectes aquesta interlocutòria perquè les actuacions segueixin la tramitació corresponent i perquè, si no concorre cap més causa d'inadmissió, tingui per preparats el recurs de cassació i extraordinari per infracció processal formulats per la representació de la Sra. Roser P. D. contra la Sentència de l'esmentat òrgan judicial de vuit d'octubre del dos mil dos dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 131/2002.

Així ho acorda la Sala i ho signen els magistrats que la componen esmentats més amunt.

**INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE MARÇ DE 2003**

**Recurs de queixa per no tenir-se per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: admissió del recurs per manca de jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La procuradora Sra. Beatriz Aizpún Sardá, en nom i representació del Sr. Antonio D. A. i de la Sra. Mariana de los A. C., va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de queixa contra la Interlocutòria, de data 29 de gener de 2003, que desestima el recurs de reposició interposat contra la Interlocutòria, de data 21 de novembre de 2002, que declara no tenir per preparat recurs de cassació contra la Sentència de data 23 de setembre de 2002 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona en el seu rotlle d'apel·lació núm. 1218/99.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Les interlocutòries dictades per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona els dies 21 de novembre de 2002 i 29 de gener de 2003, objecte del recurs de queixa, deneguen la preparació del recurs de cassació basat en l'interès cassacional segons l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil.

La qüestió que ha originat el recurs de queixa es centra en si era o no aplicable en el dret civil de Catalunya, abans de la vigència de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negativa, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge, l'article 541 del Codi civil sobre constitució de les servituds per signe aparent, que la sentència d'apel·lació resol en sentit afirmatiu fonamentant-se en el criteri que va establir el Tribunal Suprem en la seva Sentència de 31 de gener de 1990.

En contra d'aquesta tesi al·lega la part recurrent que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no s'ha pronunciat sobre la vigència o no en el dret civil de Catalunya de l'article 541 del Codi civil abans de la vigència de l'esmentada Llei 13/1990, circumstància que determinaria la procedència del recurs de cassació basat en l'interès cassacional segons l'ar-

ticle 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil, en relació amb l'apartat tercer del mateix precepte, subapartat segon.

**Segon.** Estableix l'article 477.3.II de la Llei d'enjudiciament civil que quan ha de conèixer del recurs de cassació la sala civil d'un tribunal superior de justícia, existeix interès cassacional si no existeix jurisprudència d'aquest organisme jurisdiccional sobre la qüestió litigiosa, circumstància que concorre en el cas que ara s'ha de resoldre, és a dir, sobre la vigència o no en el dret civil català de l'article 541 del Codi civil abans de la Llei 13/1990, que d'entrada justifica la procedència del recurs de cassació basat en l'interès cassacional.

No contradiu aquesta afirmació la tesi contrària que apareix a l'esmentada Sentència del Tribunal Suprem de 31 de gener de 1990. En primer lloc perquè una sola sentència no estableix jurisprudència, segons criteri reiterat i prou conegut que ha establert el Tribunal Suprem en moltíssimes ocasions. I en segon lloc perquè fins i tot en el supòsit que el Tribunal Suprem hagués establert jurisprudència sobre la vigència en el dret civil català de l'article 541 del Codi civil abans de la Llei 13/1990, i sense que això impliqui posar en dubte el valor i la transcendència del seu criteri sobre la qüestió, aquest criteri jurisprudencial no tanca la possibilitat que existeixi interès cassacional per manca de jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia, ja que segons l'article 477.3.II de la Llei d'enjudiciament és l'únic organisme legítimat per establir jurisprudència sobre normes del dret civil català.

El problema de la vigència o no en el dret civil de Catalunya de l'article 541 del Codi civil abans de la Llei 13/1990, hem d'entendre que és una qüestió de dret civil català i que, per tant, determina la competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs de cassació segons l'article 478.1.II de la Llei d'enjudiciament civil. Afirmació que es recolza en l'article 1.II de la Compilació del dret civil de Catalunya, en relació amb la seva disposició final quarta, segons les quals l'aplicació del dret estatal com a supletori del dret civil català, en aquest cas l'article 541 del Codi civil, sols procedeix quan no s'oposa a preceptes del dret civil català o als principis generals que informen el dret civil català i l'oposició o no a preceptes del dret civil català o als principis generals que l'informen implica infracció de normes de dret civil català. I si existeix o no oposició en aquest cas, és una qüestió que s'ha de resoldre en el recurs interposat sobre la base de l'interès cassacional.

Per últim cal esmentar que la Sala no comparteix el criteri de les resolucions recorregudes, que fonamenten també la seva decisió en el fet que les normes invocades tenen una vigència inferior a cinc anys. I això perquè aquest requisit l'estableix l'article 77.3.2 de la Llei d'enjudiciament civil quan la competència per a conèixer del recurs de cassació s'atribueix a la Sala Civil del Tribunal Suprem; mentre que amb referència als recursos de cassació que són competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Autònoma, l'apartat següent del precepte sols exigeix la manca de jurisprudència d'aquest organisme jurisdiccional, però sense esmentar l'exigència d'un termini de vigència de les normes aplicables, silenci que equival a un refús d'aquest requisit, especialment en el cas que ha originat el recurs de queixa, ja que comporta d'una forma o altra la possibilitat que s'hagin infringit preceptes de dret civil català, com serien els esmentats article 1.II i disposició final quarta de la Compilació, que possibiliten el recurs fonamentat en l'interès cassacional sense cap mena de limitacions temporals.

Escau, per tat, acollir el recurs de queixa.

Sobre la base de les argumentacions anteriors, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Acollir el recurs de queixa interposat per la representació processal dels senyors Antoni D. i A. i Mariana de los A. C. contra les interlocutòries de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona de 21 de novembre de 2002 i 22 de gener de 2003 dictades en el seu rotlle 1218/1999-B, i, amb anul·lació d'aquestes interlocutòries, disposar que la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona tingui per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional anunciat de l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil contra la Sentència de l'Audiència Provincial esmentada de 23 de setembre de 2002.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE MARÇ DE 2003**

**Recurs de revisió: competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer d'aquest recurs extraordinari**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** El procurador Sr. Àngel Montero Brusell, en nom i representació de I. T., SL, va interposar demanda de revisió contra la Sentència dictada per la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona en les actuacions núm. 1098/00, que a la seva part dispositiva deia: "Que con desestimación íntegra del recurso de anulación interpuesto por la representación de I. T. y V., SA (I. C., SA), contra el laudo dictado con fecha 29 de noviembre de 2000 por la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Vilafranca del Penedès, cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente resolución, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS el mismo con imposición de costas a la recurrente".

Reclamades les actuacions a l'esmentada Secció de l'Audiència Provincial, van ser remeses i van passar al magistrat ponent per a sotmetre a la Sala la deliberació de la resolució escaient.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** És doctrina reiterada establerta per aquesta Sala, arran de les sentències del Tribunal Suprem de 15 de desembre de 1994 i 17 d'abril de 1996, que l'article 73.1.b de la Llei orgànica del poder judicial s'ha d'interpretar en el sentit que la competència de les sales civils dels tribunals superiors de justícia per a conèixer del recurs extraordinari de revisió, es concreta en el supòsit que la matèria objecte del plet originari, del qual deriva el recurs de revisió, sigui pròpia en el nostre cas del dret civil de Catalunya.

**Segon.** D'acord amb la documentació que apareix a les actuacions, resulta que la qüestió litigiosa ve sotmesa a les prescripcions de la normativa estatal sobre l'arbitratge i a la normativa estatal sobre sistema arbitral de consum segons el Reial decret 636/1993, de 3 de maig, circumstància que determina que la competència per a conèixer del recurs de revisió correspon a la Sala Civil del Tribunal Suprem.



## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit que es declara incompetent per a conèixer del recurs extraordinari de revisió que ha interposat la representació processal d'I. T., SL, i decreta, per tant, la inadmissió *a limine* de la demanda. La part recurrent ha de fer ús del seu dret, si l'interessa, davant l'organisme jurisdiccional competent, és a dir, la Sala Civil del Tribunal Suprem. I amb devolució del dipòsit constituït.

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

724  
**INTERLOCUTÒRIA DE 24 DE MARÇ DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs de queixa**

Presidenta:  
Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada  
Magistrats:  
Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa  
Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** Amb data 5 de desembre de 2002 la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Interlocutòria que en la seva part dispositiva deia: "NO HA LUGAR a tener por preparado el recurso extraordinario de infracción procesal por el procurador Sr. JOAN JOSEP CUCALA PUIG, en nombre y representación de M<sup>a</sup> ASUNCIÓN M. M., contra la Sentencia de fecha 23 de octubre de 2.002, dictada por la Sección 17<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en el presente Rollo".

El procurador dels tribunals senyor Joan Josep Cucala Puig, en nom i representació de la senyora Asunción M. M., va presentar contra l'esmentada interlocutòria recurs de reposició que fou rebutjat per nova decisió de 17 de febrer de 2003.

Ha estat ponent la magistrada Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** Del reduït testimoni dels particulars que s'adjunta al recurs de queixa que correspon resoldre a aquest Tribunal, se'n deriva que la part que ara recorre en queixa va preparar recurs extraordinari per infracció processal contra la Sentència dictada en l'Audiència el 23 d'octubre de 2002 en el recurs d'apel·lació número 662/2001, sense formular a l'ensem recurs de cassació contra l'esmentada sentència.

En la preparació del recurs de cassació, el recurrent en queixa adduïa que se li havia produït indefensió i, per tant, al·legava infracció de l'article 24 de la Constitució.

L'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial obliga aquesta Sala a declarar la competència per a conèixer del recurs de cassació o, si escau, extraordinari per infracció processal en el cas que aquests es fonamentin en una infracció de precepte constitucional, a favor del Tribunal Suprem. L'anterior consideració, pel fet que si bé l'article 5.4 de la LOPJ només fa referència al recurs de cassació i no a l'extraordinari per infracció processal és per-

què en el moment en què es dictà la Llei orgànica del poder judicial encara no era vigent la nova LEC. A això hi cal afegir que l'actual regulació del recurs extraordinari per infracció processal provoca que aquest recurs presenti una gran identitat amb l'anterior recurs de cassació per trencament de forma.

Per consegüent, vistos els preceptes esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de queixa interposat per la representació processal de la Sra. Maria Asunción M. M. contra la Interlocutòria de data 7 de febrer de 2003 que desestimava el recurs de reposició interposat contra la Interlocutòria de 5 de febrer que denegava la preparació de recurs de cassació contra la Sentència dictada en data 23 d'octubre de 2002 per la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació 662/01.

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

725  
**INTERLOCUTÒRIA DE 24 DE MARÇ DE 2003**

**Recurs de queixa: inadmissió per haver-se interposat fora de termini**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**HECHOS**

**Primero.** Por la procuradora de los tribunales Sra. Carlota Pascuet Soler, en nombre y representación del Sr. José A. F., se presentó escrito en fecha 21 de febrero de 2003 ante la Oficina de Reparto de la Audiencia Provincial de Barcelona en el que se interesaba la interposición de recurso de queja contra el Auto, de fecha 20 de enero de 2003, que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el Auto, de fecha 22 de noviembre de 2002, que denegaba la preparación de recurso de casación contra el Auto de fecha 17 de septiembre de 2002 dictado por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación nº 591/2002-R.

**Segundo.** Por providencia de fecha 17 de marzo pasado se acordó solicitar de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la fecha en que se hizo entrega del testimonio a la citada procuradora, lo que se efectuó mediante certificación emitida por la secretaria que consta en autos.

Ha sido ponente el magistrado Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**Único.** Regula el artículo 495 de la Ley de enjuiciamiento civil la sustanciación del recurso de queja contra los autos en que el tribunal que haya dictado la resolución denegare la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación a los que se refiere el artículo anterior.

El nº 3 del citado art. 495 establece que “dentro de los diez días siguientes al de la entrega del testimonio, la parte que lo hubiere solicitado habrá de presentar el recurso de queja ante el órgano competente, aportando el testimonio obtenido”, y como quiera que, según la certificación expedida por la secretaria de la Sección 12ª, se entregaron las certificaciones el día 23 de enero de 2003 y el escrito de recurso fue presentado el día 21 de febrero de 2003, pasados los diez días a que se refiere el artículo de referencia, no ha lugar a admitir a trámite dicho recurso por haber sido presentado fuera de plazo.

### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido no admitir a trámite el presente recurso de queja interpuesto por la procuradora de los tribunales Sra. Carlota Pascuet Soler, en nombre y representación del Sr. José A. F., contra el Auto de fecha 20 de enero de 2003 dictado por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 591/2002-R.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

726  
**SENTÈNCIA DE 26 DE MARÇ DE 2003**  
*M. Josepa G.R. / Josep E.A.*

**Compensació econòmica per raó de treball: finalitats i el requisit de l'enriquiment injust. Recurs de cassació: determinació del seu abast. Recurs de cassació: admissibilitat. Congruència: no es pot al·legar en els casos d'errors materials**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats pel Sr. José E. A., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Javier Mundet Salaverria i dirigit per l'advocat Sr. Javier Dos Santos V Factor, contra la Sentència dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 15 de juliol de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat per la part actora contra la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 16 de Barcelona de 9 de novembre de 2001, en les actuacions de judici de separació matrimonial instat per la Sra. M<sup>a</sup> José G. R. contra el Sr. José E. A.. La Sra. G. R., aquí part recorreguda, ha estat representada en aquest Tribunal pel procurador Sr. Carlos Badía Martínez i dirigida per l'advocat Sr. Jorge Gilabert García.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En el judici esmentat anteriorment, el Jutjat de 1a Instància núm. 16 de Barcelona va dictar una Sentència el dia 9 de novembre de 2001 en què va decidir: "FALLO: Que debiendo estimar como estimo parcialmente la demanda interpuesta por M<sup>a</sup> José G. R. representada por el procurador Sr. Badia Martínez contra José E. A., representado por el procurador Sr. Mundet Salaverria y desestimando la demanda acumulada presentada por el Sr. E. bajo la misma representación contra la Sra. G., igualmente representada, debo declarar y declaro la separación de dicho matrimonio, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración y acordando la adopción de las siguientes medidas:

"1<sup>a</sup>) La separación definitiva de los cónyuges litigantes.

2<sup>a</sup>) La asignación del uso del domicilio conyugal, así como del mobiliario y ajuar doméstico existente en el mismo, a la esposa.

No habiendo lugar a declarar disuelto por divorcio el matrimonio constituido por los litigantes."

**Segon.** Disconforme amb la decisió precedent, la part actora va interposar recurs d'apel·lació davant la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona la qual, en data 15 de juliol de 2002, va dictar una Sentència amb la decisió següent: "FALLAMOS: Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña María José G. R., parte actora, contra la Sentencia de fecha 9 de noviembre de 2001 del Juzgado de 1ª Instancia nº Dieciséis de Barcelona, sobre separación matrimonial (autos nº 505/2001), en el que ha sido parte demandada y apelada Don José E. A., debemos revocar parcialmente la expresada resolución, en cuanto a los únicos extremos relativos a la indemnización por enriquecimiento injustificado del artículo 41 del Código de familia de Cataluña, que se reconoce a la esposa, en la cifra de trescientos sesenta mil seiscientos siete euros, con veintiséis céntimos (360.607,26 euros), condenando al demandado a satisfacer dicha cantidad en un solo pago, en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de la presente resolución, que devengará el interés legal del dinero más dos puntos desde la fecha de esta sentencia; y en cuanto a la pensión compensatoria, se constituye la misma a favor de la esposa, y a cargo del demandado, en cuantía de seiscientos y un euros (601 euros) mensuales, con efectos desde la fecha de la sentencia de primera instancia, cuya cantidad debe ser actualizada por el deudor, sin necesidad de requerimiento previo, cada primero de año con el IPC del ejercicio anterior completo; los pagos de ambas prestaciones deben realizarse mediante transferencia a la cuenta que la esposa designe, el de la pensión compensatoria por mensualidades anticipadas e ingreso en los cinco primeros días de cada mes; y debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada en cuanto al resto de sus pronunciamientos, y ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada."

**Tercer.** No conforme el Sr. José E. A. amb la sentència anterior, va preparar i seguidament interposar contra ella aquests recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació, els quals van ser admesos per aquesta Sala mitjançant una interlocutòria de data 25 de novembre passat.

**Quart.** Per provisió de 6 de març darrer, va assenyalar-se el dia 17 del mes en curs per a la celebració de la vista dels recursos; i en tal data va tenir lloc, amb el resultat que consta a l'acta corresponent.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Mitjançant una interlocutòria de 25 de novembre de 2002, aquesta Sala va admetre a tràmit aquests recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació, i la part contra la qual es formula el recurs al·lega en primer terme que hauria d'haver estat declarat inadmissible —i en aquest moment del procediment s'hauria de desestimar el de cassació— atesa la seva inconcreció general, la seva manca de fonament i la confusió de la seva exposició; motius d'inadmissibilitat que no escau acollir per les raons que s'al·leguen, ja que la poca o la molta fonamentació dels recursos haurà de ser examinada en tractar-ne els fons; la seva pretesa inconcreció no és certa, ja que concreta amb precisió el que vol, i el seu major o menor interès cassacional no és transcendent per tal com el recurs ha estat admès prenent compte que el *quantum* ultrapassa amb molt els 25 milions de pessetes (actuals 150.253,03 euros).

Es desestima, per tant, l'al·legació d'inadmissibilitat adduïda per la part contra la qual es recorre.

**Segon.** La representació del senyor José E. A. interposa un recurs extraordinari per infracció processal i un altre de cassació contra la Sentència de 15 de juliol de 2002 de la Secció 12<sup>a</sup> de l'Audiència Provincial de Barcelona en el seu rotlle núm. 137/2002, i d'acord amb allò que estableix la regla sisena de l'apartat 1 de la disposició final 16<sup>a</sup> de la Llei d'enjudiciament civil, escaurà en primer terme enjudiciar el d'infracció processal, i si aquest es desestima, aleshores caldrà resoldre el de cassació.

### **SOBRE EL RECURS PER INFRACCIÓ PROCESSAL**

**Tercer.** El recurrent el fonamenta en una al·legació única. Manifesta que la Sentència de la Audiència és incongruent, que infringeix els articles 217 i 218.1 de la Llei d'enjudiciament civil i que conculca les normes processals reguladores de la Sentència (art. 469.1.2n de la Llei d'enjudiciament civil), tota vegada que estima la pretensió compensatòria de l'article 84 del Codi de família de Catalunya malgrat que —segons diu— aquesta pretensió no l'havia formulat l'actora a la primera instància.

Sense tenir en compte els poc encertats raonaments que exposa sobre aquest punt el fonament cinquè de la sentència objecte de recurs, cal examinar si la denúncia d'incongruència que fa el recurrent (que la pensió compensatòria de l'article 84 del Codi de família no havia estat sol·licitada a la demanda) és o no certa.

I no ho és: així es comprova de la lectura de la demanda als folis 17 i 25 de les actuacions de la primera instància en què, malgrat emprar-se erròniament el concepte de pensió *per aliments*, es diu textualment: “En base a las circunstancias expresadas en el artículo 97 del Código Civil y en el artículo 84 del Código de Familia Catalán se solicita que la pensión...” (foli 17) i que: “Teniendo en cuenta las circunstancias expresadas en el artículo 97 del Código Civil y en el artículo 84 del Código de Familia Catalán se solicita que la pensión por alimentos se lleve a cabo mediante un único pago, consistente en ...”.

De manera que, clarament, el que l'actora sol·licitava era la pensió compensatòria de l'article 84 del Codi de família com deia, a pesar que emprés el mot *aliments* indegudament; error material que ha de ser considerat com a tal, ja que no és altra cosa, i que no justificava ni la denegació de la pensió compensatòria pel Jutjat de Primera Instància, ni feia tampoc necessàries les argumentacions de l'esmentat fonament cinquè de la sentència de l'Audiència, ja que bastava tractar l'error real com material.

Així doncs, la conclusió de l'Audiència d'atorgar a l'actora la pensió compensatòria de l'art. 84 del Codi de família que havia sol·licitat a la demanda a pesar d'aquell error intranscendent, és una decisió correcta i no incongruent. Consegüentment, cal rebutjar el motiu únic del recurs per infracció processal que la representació del senyor E. ha interposat.

### **SOBRE EL RECURS DE CASSACIÓ**

**Quart.** Un cop vist el contingut d'aquest altre recurs, esdevé pertinent assenyalar abans de tota altra consideració que la nova Llei d'enjudiciament civil ha exclòs de l'àmbit cassacio-



nal totes les infraccions de naturalesa processal —com ara les relatives a la vulneració de les regles legals sobre la valoració, l'apreciació o la distribució de la càrrega de la prova—, i que la nova cassació té circumscrit el seu marc a les infraccions de normes substantives (art. 477) perquè per a la correcció de les processals ha estat instaurat el recurs extraordinari per infracció processal (art. 468), com explica l'exposició de motius de la Llei nova (apartat XIV) i declara la doctrina del Tribunal Suprem (interlocutòries de 20 i 7 de novembre de 200, i 12, 19 i 26 de febrer de 2002, entre altres), Sentència d'aquesta Sala de 21 d'octubre de 2002 i les diverses interlocutòries que aquest Tribunal també ha dictat en aquest sentit.

Cal anticipar, per consegüent, que en aquesta resolució aquesta Sala haurà de donar i tenir per bones —per no impugnades en el recurs extraordinari per infracció processal on hauria estat adient la impugnació— totes i cadascuna de les apreciacions i valoracions fàctiques i probatòries que es contenen a la sentència objecte del recurs de cassació, les quals, igual que els fets establerts per l'Audiència, hauran de romandre incòlumes en la present resolució. I és d'elles d'on haurem de partir per determinar si aquella sentència ha conculcat o no l'article 41 del Codi de família de Catalunya, que és l'única norma substantiva que el recurrent al·lega infringida en aquesta cassació.

**Cinquè.** Són fets que l'Audiència ha declarat provats i que, per tant, han de constituir la base fàctica d'aquesta resolució, els següents:

a) Que els senyors José E. A. i Maria José G. R. van contraure matrimoni en règim de separació de béns el 10 de desembre de 1959.

b) Que al temps de contraure matrimoni els consorts no tenien cap patrimoni significatiu.

c) Que l'esposa ha dedicat els més de quaranta-un anys de la seva vida en què ha perdurat la convivència a la cura del seu espòs, dels tres fills comuns, de la llar i de la família, en virtut d'un conveni tàcit de divisió de tasques que, atesa la realitat social majoritària de les persones de la generació d'aquest litigants i del seu extracte social, era l'habitual i en el qual la muller ha renunciat en benefici de la família i del mateix espòs a les oportunitats que en un altre cas hauria pogut tenir de desenvolupament professional i econòmic.

d) Que en el moment de la separació el senyor E. disposava dels béns següents:

1. Una pensió d'invalidesa de 5.974.017 pessetes anuals que l'Audiència capitalitza conforme a les regles que aplica amb un total de 60.000.000 de pessetes.

2. Uns rendiments d'entre 600.000 i 700.000 pessetes mensuals pels seus treballs d'assessorament fiscal, que continua realitzant.

3. La propietat de dues places d'aparcament al carrer Amigó de Barcelona.

4. La propietat d'una finca amb una casa edificada a Bigues i Riells.

5. La propietat d'un pis a la plaça XXX, núm. XX de Barcelona.

6. La propietat del 99% de les accions de la societat E., SA, una típica societat patrimonial a la qual pertany la titularitat almenys de catorze immobles, la meitat d'ells ubicats en una de les zones més cotitzades per a l'arrendament d'oficines a Barcelona (carrer XXX pròxim a la Gran Via) i l'altre meitat situats a la prestigiosa localitat turística de Santiago de la Ribera, a Múrcia. La societat té per objecte l'arrendament d'immobles, i va declarar uns guanys nets a l'exercici de 1999 de 5.530.194 pessetes. El valor en venda dels immobles esmentats propietat de la societat, la sentència el xifra en 500.000.000 de pessetes per acceptació de la declaració d'una filla del matrimoni que va ostentar el càrrec d'administradora de la societat per designació del seu pare.

7. La titularitat de 250 participacions a la societat J.M. 4 T., SL, d'un valor no inferior a 25.000.000 de pessetes.

8. Un dipòsit de diners de quantitat no inferior als 130.000.000 de pessetes obtinguts de la venda de l'habitatge que fou domicili familiar a l'àtic del número XX del carrer XXX de Barcelona.

9. La meitat de la propietat d'un terreny a la localitat de Bigues i Riells (adjacent a la finca amb torre a què hem fet referència en el punt 4 d'aquesta relació de béns. L'altra meitat pertany a l'esposa, com es dirà).

10. La meitat d'una cartera de valors d'uns 12.000.000 de pessetes. (L'altra meitat pertany també a l'esposa, com es dirà).

I,

11. El principal actiu patrimonial de l'espòs el constitueix la societat mercantil patrimonial E., SA (ja esmentada), que ell controla de forma absoluta; i els rendiments periòdics del capital, immobles i drets passius de l'espòs, fins i tot restant transcendència a les activitats professionals d'assessor fiscal que desenvolupa, supera 1.000.000 de pessetes netes mensuals.

Aquests són els béns de l'espòs al moment de la separació, segons proclamació de la sentència de l'Audiència (intocable en aquest recurs).

**Sisè.** Els béns amb què queda l'esposa al moment de la separació són, també segons la sentència, els següents:

1. La meitat indivisa del terreny de Bigues i Riells a què ens hem referit en el punt 9 de la relació de béns del marit.

2. La meitat de la cartera de valors d'uns 12.000.000 de pessetes a què hem fet al·lusió a l'apartat 10 de la relació de béns de l'espòs.

3. La propietat de l'habitatge del carrer XXX, núm. XX, de Barcelona, d'un valor d'uns 80 o 90 milions de pessetes, que és el domicili de l'esposa.

4. Un dipòsit de diners no superior als 20.000.000 de pessetes.

5. No té cap renda derivada del treball ni de classes passives.

I

6. Els rendiments periòdics del patrimoni de l'esposa no arriba a les 50.000 pessetes mensuals.

**Setè.** És un fet no discutit –com diu l'Audiència– que tot el patrimoni ressenyat de què gaudeix l'esposa ha estat adquirit amb el producte del treball, dels negocis i de les inversions del marit; per la qual cosa cal computar tal patrimoni de l'esposa als efectes de determinar, si és el cas, la indemnització compensatòria per desequilibri patrimonial injustificat que li pugui correspondre perquè constitueix una remuneració indirecta a l'esposa que cal entendre com a compensació pel seu treball en benefici de la família durant els 41 anys de convivència matrimonial.

Però feta la comparació de sengles patrimonis resultants al moment de la ruptura matrimonial, l'Audiència adverteix que “el patrimonio del esposo, a la luz de las pruebas practicadas y de los razonamientos del fundamento precedente, es superior en más de siete veces al de la esposa”, i estima que concorren els requisits per a l'atorgació a l'esposa de la indemnització de l'article 41 del Codi de família de Catalunya, la quantia de la qual fixa, atesos els elements que assenyala el seu primer fonament cinquè (n'hi ha dos amb el mateix ordinal), en la quantitat de 60.000.000 de pessetes (360.607,26 euros).

I és contra aquesta decisió de l'Audiència que el recurrent ha interposat aquest recurs de cassació, l'examen del qual efectuem seguidament.

**Vuitè.** Aquest Tribunal té establerta repetida jurisprudència per a la interpretació i aplicació de l'art. 41 del Codi de família de Catalunya. El recurrent es fa ressò de la Sentència de aquesta Sala de 27 d'abril de 2000, però cal esmentar també l'anterior de 31 d'octubre de 1998 i les dues complementades per les posteriors d'1 de juliol de 2002 (referida a la ruptura d'una convivència estable de parella), 21 d'octubre de 2002, 10 de febrer i 10 de març d'aquest mateix any 2003, la doctrina de totes les quals esvaeix els arguments que fonamenten aquest recurs de cassació. En efecte:

La d'1 de juliol de 2002, reiterant la doctrina de les anteriors, confirmada per les posteriors, assenyala que la compensació econòmica per raó de treball neix per a equilibrar en el possible les desigualtats que es puguin generar durant una convivència estable quan un dels convivents es dedica a la cura de la llar i dels fills o ajuda en el negoci percebent en tal cas una remuneració insuficient, mentre que l'altre dirigeix i administra el negoci amb l'estalvi —de tot tipus— afegit que suposa la dedicació a la llar; que aquesta compensació per raó de treball intenta impedir o limitar que, en cessar aquella convivència, qui ha ajudat i propiciat el manteniment i el desenvolupament del negoci quedi sense la capitalització dels esforços mentre que l'altre retingui l'actiu patrimonial íntegre; es tracta d'aconseguir un equilibri patrimonial just mesurat a l'hora de la crisi de convivència, però amb la vista posada en la necessitat de retribuir un treball i un esforç col·lateral però convergent no remunerat o remunerat fins llavors insuficientment.

La Sentència de 27 d'abril de 2000 ja deia, en termes generals, que sempre que un cònjuge treballi sense retribució generarà un enriquiment a favor de l'altre. La de 21 d'octubre de 2002 afegia que només pel fet de la renúncia d'un dels cònjuges a treballar fora de casa, l'altre ja en resulta enriquit sabent que la casa, i en el seu cas els fills, estan atesos, i que en cap cas es valora si el cònjuge que reivindica la compensació de l'art. 41 ha desenvolupat o no treballs feixucs o penosos. I la de 10 de febrer de 2003 afegeix que a l'efecte de la compensació econòmica de l'art. 41 no és necessari que la dedicació a la casa hagi estat en règim d'exclusivitat, perquè això, ni ho expressa l'art. 41 ni s'ajusta a la seva finalitat, ja que el que la norma tracta de compensar és el treball desinteressat del cònjuge que opta per dedicar-se a la cura de la llar i dels fills, i aquesta opció és precisament la que permet a l'altre cònjuge mantenir, i en el seu cas augmentar, el patrimoni conjugal. I seria totalment injust que aquesta opció —que beneficia ambdós consorts— derivés en l'enriquiment de l'un i l'empobriment de l'altre, perquè, com diu la Sentència de 27 d'abril de 2000, no es tracta de comparar la situació actual dels cònjuges, sinó de veure si al moment de la liquidació del patrimoni conjugal es produeix una injustificada desigualtat entre ells, perquè havent contribuït ambdós a l'aixecament de les càrregues del matrimoni (en el cas, l'esposa, de la forma que preveu l'art. 5.1 del Codi de família) res no justifica que després l'un quedi ric i l'altra resti pobre.

En aquest cas:

a) Està declarat per la Sentència i reconegut que durant els 41 anys de convivència l'esposa s'ha dedicat de manera exclusiva a la cura de la llar, de l'espòs i dels fills, sense haver treballat mai fora de casa i sense obtenir consegüentment rendes de cap mena del seu treball.

b) La desigualtat patrimonial en què queden aquest consorts és evident ja que, com proclama l'Audiència, el patrimoni de l'espòs és superior en més de set vegades al de l'esposa.

c) El recurrent diu que el seu patrimoni ha estat aconseguit pràcticament en la seva integritat com a conseqüència de “su trabajo” y de “sus inversiones”; menystenint que sense l’entrega total de l’esposa a la cura de la seva llar i dels seus fills, difícilment hauria pogut assolir aquell patrimoni.

d) El recurrent vol posar-nos de manifest “errores graves de apreciación” quant “a la valoración que hace del patrimonio del señor E. la sentencia aquí recurrida”; quant a la “realidad patrimonial, tal y como ha quedado probado y consta en las presentes actuaciones”; quant a la “valoración del patrimonio de la Sra. G. según la sentencia aquí recurrida”, i quant a “fijar su realidad patrimonial tal y como ha quedado probado en autos”; i dedica seguidament els folis 115 al 122 del rotlle (on hi ha el seu recurs de cassació) a voler demostrar aquells pretesos errors de l’Audiència. Però no té en compte que no correspon a un recurs de cassació la denúncia d’aquells suposats errors els quals haurien de ser canalitzats, si de cas, per la via del d’infracció processal, tal com hem exposat precedentment; per la qual cosa no escau prendre aquí en consideració les seves al·legacions sobre això.

**Novè.** Declarat per l’Audiència, sense impugnació adient dels fets que ha apreciat i sense que hagi estat infringit cap precepte legal de caràcter substantiu, que al moment de la separació existeix en aquest cas una desigualtat patent entre els patrimonis dels consorts generada com a conseqüència de la retribució insuficient del treball de l’esposa a la llar durant els 41 anys de convivència matrimonial, i que aquesta desigualtat suposa un enriquiment injust de l’espòs, es donen els requisits que, per a la correcció del règim econòmic de la separació de béns, estableix l’art. 41 del Codi de família de Catalunya, raó per la qual la conclusió de l’Audiència d’atorgar a l’esposa la compensació econòmica corresponent que l’Audiència ha fixat i determinat en ús de la seva sobirana facultat (no impugnada per la via adient) ha de ser confirmada, amb el consegüent rebuig d’aquest recurs de cassació.

**Desè.** Les costes dels recursos s’han d’imposar al recurrent (art. 398 de la Llei d’enjudiciament civil).

Per l’anterior, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

## **PART DISPOSITIVA**

Desestimar els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats pel Sr. José E. A. contra la sentència de què s’ha fet esment en l’antecedent de fet segon d’aquesta resolució, confirmar aquesta sentència i imposar al recurrent les costes dels recursos.

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

727  
**SENTÈNCIA DE 27 DE MARÇ DE 2003**  
*Joaquim T.G. / Montserrat A.F.*

**Recurs de revisió: caducitat del recurs i la seva naturalesa jurídica. Computació del termini de caducitat. Recurs de revisió sobre la base de maquinacions fraudulentas: ha de referir-se a actuacions alienes al procés**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist la demanda de revisió núm. 39/2001 contra la Sentència dictada en segona instància per la Secció 12<sup>a</sup> de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotllo 154/95, com a conseqüència de les actuacions de judici de separació núm. 707/93 seguides davant el Jutjat de 1a Instància núm. 45 de Barcelona. La Sra. Montserrat A. F. ha interposat aquesta demanda representada pel procurador Sr. Ignacio Castrodeza Via i defensada pel lletrat Sr. Josep Aregall i Picamal. És part contra la qual es recorre el Sr. Joaquín T. G., representat pel procurador Sr. Federico Gutiérrez Gracera i defensat per la lletrada Sra. Cristina Matas Soler.

#### ANTECEDENTS DE FET

**Primer.** La procuradora dels tribunals Sra. Maria Francisca Bordell Sarro, que va actuar en nom i representació del Sr. Joaquín T. G., va formular demanda de judici de separació núm. 707/93 al Jutjat de 1a Instància núm. 45 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el jutjat indicat va dictar Sentència amb data 1 de desembre de 1994, la part dispositiva de la qual diu el següent: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora D<sup>a</sup> Francisca Bordell Sarro en nombre y representación de D. Joaquín T. G., contra D<sup>a</sup> Montserrat A. F., representada por el procurador D. Jordi Fontquerni Bas, debo decretar y decreto la separación del matrimonio de los litigantes celebrado en Barcelona en fecha 29 de marzo de 1969, y acuerdo los siguientes efectos:

"A) Se atribuye el uso exclusivo del domicilio conyugal, sito en la calle XXX, nº XX, de esta ciudad, a favor de la esposa, quien convive con sus hijos, hasta que los mismos se independicen económicamente.

"B) El padre pagará en concepto de alimentos para su hija Ana la cantidad de 80.000 pesetas mensuales, y para su hijo Sergio la cantidad de 40.000 pesetas también mensuales,

del 1 al 5 de cada mes mediante ingreso en la cuenta corriente o libreta de ahorro que le señale la esposa. Dichas cantidades se actualizarán anualmente según el incremento del coste de la vida.

“C) El esposo, en concepto de pensión compensatoria para la esposa, pagará la cantidad de 80.000 pesetas a la esposa del 1 al 5 de cada mes, cantidad que deberá actualizarse anualmente en función del incremento del coste de la vida.

“D) No ha lugar a fijar pensión alguna alimenticia para la esposa con cargo al marido.

“E) No ha lugar a fijar pensión económica alguna del artículo 23 de la Compilación de Cataluña, según redacción de la Ley 8/1993, de 30 de setiembre.

“F) No ha lugar a fijar litis expensas a favor de la esposa con cargo al marido”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, ambdues parts van interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i que es va substanciar a la Secció 12<sup>a</sup> de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 22 de juliol de 1996, amb la següent part dispositiva: “FALLAMOS: Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Francisca Bordell Sarro, en nombre y representación de D. Joaquín T. G., y desestimando el formulado por el procurador D. Jordi Fontquerni Bas en nombre y representación de D<sup>a</sup> Montserrat A. F., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 45 de Barcelona, en autos de juicio de separación número 154/95 en fecha uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, debemos revocar y revocamos los siguientes pronunciamientos recogidos en el fallo de la misma: a) el pronunciamiento recogido con la letra b), estableciéndose en su lugar que D. Joaquín T. G. satisfará a su esposa en concepto de pensión alimenticia a favor de su hija, Ana, en la cuenta bancaria que la misma a tal efecto designe, dentro de los primeros cinco días de cada mes, la cantidad de 30.000 pesetas revisables anualmente de conformidad con el IPC u organismo que lo sustituya, quedando sin efecto la pensión establecida a favor del hijo mayor Sergio. b) el pronunciamiento recogido con la letra c), estableciendo en su lugar, que queda sin efecto la pensión compensatoria establecida a favor de la esposa. En lo demás confirmamos todos los pronunciamientos de la sentencia apelada, con expresa declaración de las costas causadas en la presente alzada procedimental, a la parte apelante demandada por el recurso que se le desestima, y sin hacer especial pronunciamiento de las costas causadas por el recurso de la parte apelante-demandante”.

**Tercer.** Contra aquesta Sentència, el procurador Sr. Ignacio Castrodeza Via, en nom i representació de la Sra. Montserrat A. F., va interposar demanda de revisió davant aquesta Sala.

**Quart.** Per mitjà de provisió d'aquesta Sala de data 18 de novembre de 2002 i de conformitat amb allò que disposa l'art. 514 de la Llei d'enjudiciament civil, es va citar la part contrària perquè en el termini de vint dies contestés la demanda. En data 10 de gener de 2003 el procurador Sr. Federico Gutiérrez Gragera, en nom i representació del Sr. Joaquín T. G., va presentar escrit d'oposició a la demanda de revisió contra la Sentència de data 22 de juliol de 1996. En data 21 de febrer de 2003, i d'acord amb el que disposa l'esmentat article de la LEC, el Ministeri Fiscal va efectuar el corresponent informe.

**Cinquè.** Per provisió de data 27 de febrer de 2003 i de conformitat amb l'art. 440 de la LEC, es va citar les parts a través de la seva representació processal per tal que compareguessin

el dia 20 de març de 2003 a les 11.30 hores del matí, dia i hora en què va tenir lloc la vista de revisió.

Ha estat designat ponent l' Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Les qüestions que s'han de resoldre en aquest recurs extraordinari de revisió, es deriven de la demanda de separació matrimonial que va interposar el senyor Joaquim T. i G. contra la senyora Montserrat A. i F., en la qual interessava que es decretés la separació judicial dels cònjuges; que s'atribuís a l'esposa l'ús de l'habitatge conjugal, propietat d'ambdós; la seva venda posterior; que es procedís a la divisió dels béns copropietat de marit i muller, i que no corresponia a l'esposa cap compensació econòmica.

En el seu escrit de contesta a la demanda, la senyora Montserrat A. i F. va interessar que es condemnés al defenent a pagar la quantitat de 125.000 pessetes mensuals a favor de cadascun dels dos fills del matrimoni en concepte d'aliments, la quantitat de 200.000 pessetes mensuals a favor de l'esposa en concepte d'aliments i la quantitat de 400.000 pessetes mensuals a favor de l'esposa en concepte de pensió compensatòria; que en concepte de compensació a favor de l'esposa es procedís al repartiment del patrimoni familiar en la forma que exposava, i que es condemnés, finalment, el marit a pagar la quantitat de 2.000.000 de pessetes en concepte de litis expenses.

El Jutjat de Primera Instància número 45 de Barcelona va dictar Sentència el dia 1 de desembre de 1994, que estimava en part la demanda, decretava la separació judicial dels cònjuges, atribuïa l'ús de l'habitatge familiar a l'esposa, establia una pensió en concepte d'aliments a favor del fill de 40.000 pessetes mensuals, una pensió en concepte d'aliments a favor de la filla de 80.000 pessetes mensuals i una pensió compensatòria a favor de l'esposa de 80.000 pessetes mensuals, i desestimava les altres pretensions de l'esposa sobre aliments, pensió econòmica de l'article 23 de la Compilació del dret civil de Catalunya i litis expenses.

Ambdós cònjuges van recórrer en apel·lació aquesta resolució, i la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Sentència el dia 22 de juliol de 1996, que modificava en part la recorreguda, i decretava la incompatibilitat entre la compensació econòmica per raó de treball i la pensió compensatòria, estimava en part el recurs d'apel·lació interposat pel marit i deixava sense efecte el pronunciament que establia una pensió compensatòria a favor de l'esposa de 80.000 pessetes mensuals, rebaixava a 30.000 pessetes mensuals la pensió per aliments a favor de la filla i deixava sense efectes la pensió per aliments a favor del fill que havia decretat la sentència de primera instància i, finalment, confirmava la sentència recorreguda en la part que denegava a l'esposa la pensió per aliments i les litis expenses.

L'esposa ha interposat demanda o recurs de revisió contra aquesta sentència amb data 28 de juliol de 2001, que fonamenta en l'article 510.4t de la Llei d'enjudiciament civil, ja que considera que la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona s'ha obtingut injustament en virtut de maquinació fraudulenta. Al·lega la part agent o recurrent que l'activitat de l'agent en el decurs del litigi ha creat una confusió en els organismes jurisdiccionals que han conegut del litigi, que ha determinat que es privés l'esposa d'obtenir una compensació per desequilibri econòmic, circumstància que, segons la mateixa part agent o recurrent, posa en relleu una maquinació fraudulenta prou clara per part del marit, que ha provocat un error

en els organismes jurisdiccionals que ha determinat que dictessin una sentència injusta i, per tant, rescindible per la via del recurs de revisió.

**Segon.** En el seu escrit de contesta a la demanda de revisió al·lega la part defenent caducitat del termini per a la interposició del recurs de revisió segons l'article 512.2 de la Llei d'enjudiciament civil, d'acord amb el qual es pot sol·licitar la revisió sempre que no hagin transcorregut tres mesos des del dia en què es descobreixi el suborn, la violència o el frau. Afegeix la part defenent que en el cas que ara s'ha de resoldre no es deixa constància dels fets acreditatius de la suposada maquinació fraudulenta ni, tampoc, de la data del descobriment de la maquinació fraudulenta, motius pels quals interessa la desestimació del recurs sobre la base de la caducitat.

Segons un criteri jurisprudencial prou reiterat i conegut, el termini de tres mesos que estableix l'article 512.2 de la Llei d'enjudiciament civil és de caducitat processal (sentències del Tribunal Suprem d'1 de febrer de 1982 i 4 de maig de 1988 i sentències d'aquesta Sala de 21 d'octubre de 1996 i 10 de febrer de 1997), que comença a transcórrer des del dia en què es descobreix el frau (Sentència del Tribunal Suprem de 6 d'abril de 1985 i Sentència d'aquesta Sala de 6 d'abril de 1998). D'aquestes asseveracions es deriva que la part recurrent ha de fixar de manera inexcusable el *dies a quo* del termini de caducitat amb precisió (segons sentències del Tribunal Suprem de 25 de gener de 1993 i 20 d'octubre de 1997 i sentències d'aquesta Sala de 10 de febrer de 1997 i 6 d'abril de 1998) i, amb referència al cas que ara s'ha de resoldre, s'observa que en l'escrit de demanda de revisió no es fa cap precisió sobre la data del descobriment del frau, defecte que no esmena la part agent en el decurs del litigi, ja que no va proposar cap mena de prova per a fixar el *dies a quo* (com exigeixen les sentències del Tribunal Suprem de 14 de setembre de 1993 i 4 d'octubre de 1995), i cal no oblidar que la càrrega d'acreditar aquest requisit temporal l'assumeix la part que recorre en revisió (segons sentència del Tribunal Suprem de 19 de setembre de 1994). Amb la conseqüència, doncs, que s'ha de desestimar el recurs de revisió per haver-se interposat després d'haver-se esgotat el termini que estableix l'article 512.2 de la Llei d'enjudiciament civil.

**Tercer.** Encara que no té cap mena de transcendència, considera oportú la Sala afegir que és igualment desestimable el recurs de revisió basat en unes suposades maquinacions fraudulentes. Ja que, com ha precisat aquesta Sala en les seves sentències de 31 d'octubre de 1995 i 26 de març de 1997, el concepte de *maquinacions fraudulentes* a l'efecte del recurs de revisió, exigeix que les actuacions que les integren siguin alienes al procés, atès que la impugnació de la sentència ferma s'ha de fonamentar en motivacions que no pertanyin al procediment en què va dictar-se la resolució, és a dir, han de tenir la consideració d'extrínseques al procediment i, per consegüent, no poden considerar-se maquinacions fraudulentes els actes ja al·legats i discutits en el plet antecedent (com resulta també de les sentències del Tribunal Suprem de 24 d'abril i 13 de maig de 1995).

Tots aquests raonaments determinen, per tant, la desestimació del recurs de revisió, desestimació que interessa també el Ministeri Fiscal en el seu preceptiu informe.

**Quart.** La desestimació total del recurs determina la imposició de les costes de la revisió a la part recurrent segons preveu l'article 516.2 de la Llei d'enjudiciament civil; i no escau fer cap pronunciament sobre el dipòsit per no haver-se constituït.

Per tot el que s'ha exposat,



## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit que ha de desestimar el recurs de revisió que ha interposat el procurador dels tribunals senyor Ignasi Castrodeza i Via, que actua en nom i representació de la senyora Montserrat A. i F., mitjançant el qual es pretenia la rescissió de la Sentència que va dictar la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 22 de juliol de 1996 en el rotlle d'apel·lació número 154/95-A, i condemnar la part que recorre a pagar les costes originades pel recurs de revisió, sense fer cap pronunciament sobre el dipòsit per no haver-se constituït.

Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs.

Així per aquesta la nostra sentència, ho pronunciem, manem i signem.

728  
**INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003**

**Recurs de queixa per no tenir preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs amb independència que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** Amb data 8 d'octubre de 2002 la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar interlocutòria que en la seva part dispositiva deia: "No ha lugar a tener por preparado el recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia en el presente proceso con fecha 31/07/2002 y que había sido solicitado por el procurador D. Sergi Bastida Batlle en nombre y representación de D<sup>a</sup> Francisca B. R."

**Segon.** Contra l'esmentada interlocutòria el procurador dels tribunals Sr. Sergi Bastida Batlle, en nom i representació de la recurrent senyora Francisco B, R., va presentar recurs de reposició, per la qual cosa la Secció 16a de l'Audiència va dictar nova interlocutòria que decidia: "1.- No ha lugar a reponer el auto de 8 de octubre de 2002 que denegó tener por preparado recurso de casación contra la sentencia dictada en este proceso en fecha 31/07/2002, cuyo auto se confirma..."

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

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** La part recurrent en queixa s'alça contra les resolucions de l'Audiència esmentades en la part fàctica d'aquesta interlocutòria i fa ressaltar que la via per la qual vol accedir a la cassació és la de l'interès cassacional a què fa al·lusió l'article 477.3 de la Llei d'enjudiciament civil.

En el recurs es deixa constància que malgrat que la quantia de l'assumepte ascendeix a 6.367.147 ptes., això és intranscendent atès que no es recorre en cassació per motius de quantia.

**Segon.** Aquesta Sala ha declarat ja en reiterades ocasions (de les quals podríem citar *ad exemplum* la Interlocutòria de 18 d'abril del 2002) que “és un principi de dret ininterrompudament aplicat per la jurisprudència que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (sentències del Tribunal Suprem de 12 de gener de 1884, d'11 de març de 1885, 27 de febrer de 1909, 31 de maig de 1949, 13 de maig de 1950, 11 de maig de 1964, 12 d'abril de 1988, 2 d'abril de 1990, 22 de febrer de 1993, 31 de desembre de 1994, etc.); i... l'Audiència, en interpretar el núm. 3r esmentat, fa unes distincions entre els processos substanciats per raó de la matèria o els especials, i els tramitats per raó de la quantia, que aquell precepte no fa; i pet tal com no existeix justificació legal per donar-hi suport, caldrà entendre que l'Audiència ha distorsionat aquell precepte i la voluntat del legislador pel que fa a la interpretació de les sentències que són susceptibles de ser impugnades en cassació.... En efecte, el núm. 2n de l'art. 477.2 diu que són susceptibles de ser recorregudes en cassació per la seva via les sentències dictades en segona instància per les audiències ‘quan la quantia de l'afer excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes’, sense fer cap mena de distinció de procediments (ni dels substanciats per raó de la matèria, els especials, o els tramitats per raó de la quantia); cosa per la qual escau concloure, sense més additaments, que qualsevulla que hagi estat el procediment que s'hagi seguit i la classe de procés que s'hagi emprat, si la quantia de l'afer ultrapassa els 25.000.000 de ptes. el recurs de cassació per aquesta via del núm. 2n s'haurà d'admetre; i s'haurà d'admetre per la via del núm. 3r ‘quan la resolució del recurs presenti interès cassacional’, i en presentarà si concorre algun dels quatre supòsits de l'apartat 3 de l'art. 477, qualsevulla que sigui la quantia de l'afer i la classe de procediment emprat, ja que segons el núm. 3r de l'art. 477.2, l'únic que cal és que la resolució del recurs presenti interès cassacional; interès que, com diu l'apartat 3, presentarà si la sentència s'oposa a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia, o resol punts i qüestions sobre els quals existeixi jurisprudència contradictòria de les audiències provincials o si aplica normes que no fa més de cinc anys que estan en vigor, sempre que en aquest darrer supòsit no hi hagi doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia relativa a normes anteriors de contingut igual o similar”.

En aquesta mateixa interlocutòria afègia la Sala que el núm. 3 de l'art. 477.2 “estableix la possibilitat de recórrer en cassació quan la resolució de l'assumpte presenta interès cassacional. I no imposa cap més condició. Són coses diferents les que regulen els art. 249.2 i 250.2 i el 477.2.2n; i són també coses diferents les que regulen els art. 249.1 i 250.1 i les que considera el 477.2.3r. I com que són coses diferents, la seva concordança no és possible i, per tant, aquesta Sala així ho ha d'entendre i d'aplicar en exercir la seva competència jurisdiccional per admetre (i aquí ara per tenir per preparats) els recursos de cassació que estableix la llei d'acord amb la previsió de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i, en execució d'aquest, d'acord amb allò que disposa l'art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial”.

La doctrina transcrita esdevé aplicable al cas que ara es tracta, cosa que comporta l'estimació del recurs de queixa plantejat.

Malgrat el que s'ha dit anteriorment, només cal una lectura de les interlocutòries a què es fa referència als antecedents d'aquesta resolució per detectar que l'Audiència en cap moment s'ha pronunciat en relació amb l'interès cassacional plantejat per la recurrent a l'empara de l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil. Aquesta circumstància comporta la necessitat que l'Audiència resolgui amb llibertat de criteri el que cregui escaient sobre la preparació del recurs de cassació per la via més amunt descrita.

Per consegüent,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix estimar el recurs de queixa plantejat pel procurador Sr. Sergi Bastida Batlle, en nom i representació de la Sra. Francisca B. R.; deixar sense efecte les interlocutòries dictades per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona de 8 d'octubre de 2002 i de 21 de gener de 2003, i ordenar que el Tribunal esmentat continuï la tramitació i resolgui amb llibertat de criteri el que estimi escaient sobre la preparació del recurs de cassació per interès cassacional.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003**

**Recurs de queixa per no tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs amb independència que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** El procurador dels tribunals Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest, en nom i representació del Sr. José Felipe B. de C. i altres, va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de queixa contra la Interlocutòria dictada per la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona en data 19 de febrer de 2003 que desestimava el recurs de reposició interposat contra la de 8 de gener de 2003 que denegava la preparació de recurs de cassació contra la Sentència dictada en data 14 de novembre de 2002 en el rotlle d'apel·lació núm. 62/01.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Les interlocutòries objecte del recurs de queixa han denegat la preparació del recurs de cassació basat en l'interès cassacional a l'empara de l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil, que han interposat el senyor Josep Felip B. de C. i altres contra la Sentència dictada per la Secció Onzena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 14 de novembre de 2002 en un litigi sobre redempció de cens, que es va seguir pel tràmit de menor quantia.

La Secció Onzena de l'Audiència Provincial de Barcelona entén que únicament tenen accés al recurs de cassació basat en l'interès cassacional les sentències dictades en els processos declaratius substanciats per raó de la matèria, però no els ordinaris substanciats per raó de la quantia, com ho és el que origina aquesta resolució.

En el seu escrit d'interposició del recurs de queixa argumenta la part recurrent que l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil autoritza el recurs de cassació basat en l'interès cassacional si concorre qualsevol dels quatre supòsits que esmenta l'article 477.3 de la Llei d'enjudiciament civil, amb independència que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia, motiu pel qual interessa que es declari tenir per preparat el recurs basat en l'interès cassacional que té anunciat i vol interposar.

**Segon.** És doctrina reiterada d'aquesta Sala, segons resulta de les seves interlocutòries de 18 d'abril, 26 de setembre i 3 d'octubre de 2002, que tant si l'assumpte ha estat tramitat en les instàncies inferiors per raó de la quantia, com si ho ha estat per raó de la matèria o en un procediment especial, si la sentència recaiguda presenta interès cassacional per estar compresa en qualsevol dels supòsits a què fa referència l'article 477.3 de la Llei d'enjudiciament civil, és admissible el recurs de cassació basat en l'interès cassacional segons el precepte esmentat.

**Tercer.** El que s'ha exposat anteriorment determina l'estimació del recurs de queixa, per no ésser vàlid el motiu denegatori de la preparació del recurs que han adduït les interlocutòries que donen lloc a la queixa; la qual cosa, però, no determina necessàriament que l'Audiència hagi de tenir per preparat el recurs de cassació, ja que d'acord amb allò que disposa l'incís darrer de l'apartat 4 de l'article 495 de la Llei d'enjudiciament civil, el que ara escau és que l'Audiència continuï la tramitació i acordi tenir o no per preparat el recurs segons allò que sigui procedent legalment.

Per tot el que s'ha dit anteriorment,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit estimar el recurs de queixa interposat pel procurador dels tribunals senyor Antoni Maria d'Anzizu i Furest, que actua en nom i representació del senyor Josep Felip B. de C. i altres, contra les interlocutòries de la Secció Onzena de l'Audiència Provincial de Barcelona de 8 de gener i 19 de febrer dictades en el rotlle d'apel·lació 62/2001; anul·lar i deixar sense efecte les resolucions en ell impugnades, i ordenar a l'organisme jurisdiccional d'apel·lació que continuï la tramitació d'acord amb allò que s'ha assenyalat en el fonament de dret tercer d'aquesta resolució.

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

730  
**INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003**

**Recurs de queixa per haver-se denegat la preparació del recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal: desestimació de la queixa**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**FETS**

**Únic.** El procurador dels tribunals Sr. Àngel Joaniquet Ibars, en nom i representació de la Sra. María Nieves B. J., interposa recurs de queixa contra la Interlocutòria dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona de 13 de gener últim amb què se li va denegar la preparació del recurs de cassació i l'extraordinari per infracció processal que havia anunciat contra la Sentència pronunciada per la Sala esmentada el 17 de desembre últim en les actuacions de judici de divorci instades pel Sr. Francisco de Asís S. de la A. contra la Sra. B.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Escau desestimar el recurs de queixa i confirmar les resolucions denegatòries de l'Audiència de tenir per preparats els recursos de cassació i extraordinari d'infracció processal contra la seva Sentència de 17 de desembre passat: pel que fa al recurs de cassació, perquè no s'adueix cap dels motius que el fan possible segons allò que disposa l'apartat 3 de l'art. 477 de la Llei processal civil; i pel que fa al d'infracció processal, perquè no és admissible per tal com no ho és el de cassació, d'acord amb el que determina la regla 5a del núm. 1 de la disposició final 16a de la Llei d'enjudiciament civil.

**Segon.** Conforme amb el que disposa el paràgraf segon del núm. 4 de l'art. 495 de la Llei esmentada, s'haurà de posar en coneixement aquesta resolució de la Secció 12a de l'Audiència a fi que consti en les seves actuacions.

Pel que s'ha exposat, la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

## **PART DISPOSITIVA**

Desestimar el recurs de queixa de què s'ha fet esment a l'antecedent únic d'aquesta resolució i declarar ben denegada la preparació dels recursos de cassació i extraordinari per infracció processal que s'havien anunciat contra la sentència indicada. Es posarà en coneixement de la Secció 12a de l'Audiència per tal que consti en les actuacions.

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



731  
**INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència del recurs**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

El magistrat ponent n'ha donat compte; i traslladeu a l'altra part còpia de l'escrit del Sr. B., el qual s'unirà a les actuacions.

Presentat l'escrit anterior del procurador Sr. Juan Manuel Bach Ferre, s'uneix a les actuacions. Es té l'esmentat procurador per comparegut i part en nom i representació del Sr. Javier A. S., amb qui s'entendran aquesta i les successives diligències i notificacions; i

**FETS**

**Primer.** Mitjançant una diligència de data 4 de març últim, la secretària d'aquesta Sala va fer constar la recepció del rotllo d'apel·lació núm. 794/02 de la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona i les actuacions núm. 940/01 de modificació de mesures de sentència de divorci del Jutjat de 1a Instància núm. 15 també de Barcelona, com a conseqüència del recurs de cassació que havia interposat el Sr. Javier A. S. contra la Sentència de 2 de desembre de 2002 dictada per la Secció esmentada.

**Segon.** Per provisió del dia 10 del mateix mes de març, aquesta Sala va acordar posar de manifest a les parts personades pel termini de 10 dies les possibles causes d'inadmissió del recurs interposat que s'esmentaren en tal provisió.

**Tercer.** Dins del termini indicat, únicament la part recorreguda ha presentat l'anterior escrit en el qual sol·licita la inadmissió del recurs.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Aquesta Sala és competent per decidir sobre aquest recurs per referir-se a matèries pròpies del dret civil de Catalunya (art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial en relació amb l'art. 20.1.a de l'Estatut d'autonomia de Catalunya).

**Segon.** D'acord amb allò que disposa l'apartat 3 de l'art. 483 de la Llei d'enjudiciament civil, per provisió de 10 de març darrer, aquest Tribunal va acordar atorgar el termini de 10 dies a les parts personades per tal que es poguessin pronunciar sobre les possibles causes d'inadmissibilitat del recurs de cassació interposat per no justificar-se l'existència d'interès cassacional, atès que, es deia:

“La doctrina que s'invoca de la sentència d'aquesta Sala no fa referència a la pensió compensatòria de l'art. 84 del Codi de família a què sí es refereix la sentència que es pretén recórrer.

No correspon a aquesta Sala en el recurs extraordinari per interès cassacional considerar la doctrina de sentències d'audiències provincials alienes a Catalunya.

No s'addueix contracció de jurisprudència entre audiències de Catalunya.

Existència de doctrina d'aquest Tribunal referent a la qüestió de la temporalitat de la pensió compensatòria de l'art. 84 del Codi de família de Catalunya.”

**Segon.** Dins del termini esmentat, la part recurrent no ha fet cap manifestació. Contràriament, la part recorreguda ha presentat l'escrit anterior en el qual raona i sol·licita la inadmissió del recurs.

**Tercer.** Pels motius adduïts per la provisió d'aquesta Sala de 10 de març passat, escau declarar la inadmissió del recurs i la fermesa de la sentència que n'era objecte, d'acord amb allò que disposa el paràgraf 4 de l'art. 483 de la Llei d'enjudiciament civil; i escau també la imposició de les costes al recurrent.

Pel que s'ha dit anteriorment, la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Inadmetre aquest recurs de cassació, declarar ferma la Sentència que n'era objecte i imposar les costes al recurrent.

Retorneu les actuacions a l'Audiència, Secció 12<sup>a</sup>.

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

732  
**INTERLOCUTÒRIA DE 3 D'ABRIL DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: inadmissió per no complir l'escrit de preparació del recurs els requisits que exigeix la llei**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte. Uniu al procediment l'escrit del procurador Sr. Fernández i doneu còpia al procurador Sr. Fernández de l'escrit de la procuradora Sra. Guasch; i,

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** Mitjançant una diligència de 4 de febrer últim, la secretària d'aquesta Sala va fer constar que s'havien rebut el rotllo d'apel·lació núm. 738/2002 de la Secció 12ª. de l'Audiència Provincial de Barcelona i les actuacions núm. 550/2001 de judici de separació contenciosa del Jutjat núm. 45 també de Barcelona, atès que havia estat interposat per la Sra. Francisca A. P. un recurs de cassació contra la Sentència de 18 de novembre de 2002 dictada per la Sala esmentada.

**Segon.** Per una provisió de 3 de març passat aquest Tribunal va atorgar el termini de tres dies a les parts personades per tal que manifestessin el que creguessin escaient sobre la possible causa d'inadmissió del recurs, "atès que l'escrit en què es va preparar no exposa en què, com i per què la Sentència que pretén recórrer suposa i contradia la jurisprudència d'aquesta Sala a l'entorn de l'art. 41 del Codi de família en què ha establert la doctrina adient sobre la norma esmentada".

**Tercer.** Dintre del termini indicat, ambdues parts han presentat els anterior escrits en què la recurrent raona i sol·licita l'admissió del recurs i l'altra part la seva inadmissió.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Com ja s'ha exposat anteriorment, per provisió d'aquesta Sala de 3 de març passat es va acordar posar de manifest a les parts personades la possible causa d'inadmissió del recurs perquè l'escrit en què va ser preparat no exposava en què, com i per què la Sentència

que es pretenia recórrer s'oposava i estava en contradicció amb la jurisprudència d'aquest Tribunal, i atès que existeix jurisprudència reiterada d'aquesta Sala a l'entorn de l'art. 41 del Codi de família de Catalunya en què ha estat establerta la doctrina adient sobre la norma esmentada.

**Segon.** El núm. 1r. de l'art. 483.2 de la Llei d'enjudiciament civil determina que escaurà la inadmissió del recurs de cassació si malgrat que s'hagi tingut per preparat, és improcedent per qualsevol defecte de forma no esmenable en què s'hagués incorregut en la preparació.

**Tercer.** La representació de la recurrent pretén esmenar el defecte en què incorregué el seu escrit de preparació manifestant, en el de data de 13 de març últim, que “de acuerdo con la providencia dictada por la Sala en fecha 3 de marzo de 2003, procede esta representación a manifestar en qué, cómo y por qué se ha suscitado la controversia jurisprudencial” ; i tot seguit argumenta extensament que les sentències d'instància no han “reparado en el alcance y veracidad de las manifestaciones contenidas en la documentación pública aportada, incurriendo en la reiteración de idénticos errores cuantitativo en cuanto olvidan la existencia de un bien ...una plaza de parking y un vehículo adquirido con los ahorros de la familia ... (y) cualitativo (por cuanto según) el documento público otorgado por ambos cónyuges ante fedatario público quince años antes de la ruptura matrimonial... la adquisición de la mitad indivisa tanto de la vivienda familiar como de la plaza de parking por parte de mi representada no se hizo con dinero procedente del fondo común familiar, sino con DINERO PRIVATIVO...”; i addueix seguidament contradicció, per un costat, entre el que ha resolt la sentència que impugna i el contingut del document públic d'adquisició d'aquells béns, i, per altra banda, entre aquella sentència i les de Barcelona i Girona que esmenta.

**Quart.** El plantejament anterior de l'escrit del recurrent de 13 de març darrer no té en compte que no és en tal escrit, sinó en aquell en què va preparar el recurs, on havia de justificar l'interès cassacional (interlocutòries del Tribunal Suprem de 12 de febrer de 2001 i de 22 de gener, 7 de maig i 25 de juny de 2002, entre altres; i interlocutòries d'aquesta Sala de 30 d'abril, 21 de maig, 10 i 20 de setembre, 4 d'octubre, 15 de novembre i 27 de desembre de 2001, de 3 i 10 de gener i 18 d'abril i 25 de novembre de 2002, de 6 de març de 2003, entre altres); i la inobservança en l'escrit preparatori d'aquest requisit essencial no esmenable determina ara la inadmissió del recurs de cassació (art. 483.2.2n) sense necessitat d'altres raonaments; als quals, no gensmenys, s'hi podria afegir la improcedència de denunciar en cassació errors en les apreciacions i valoracions fàctiques i/o probatòries de la sentència que es vol fer objecte de tal recurs, perquè aquestes infraccions de naturalesa processal han de ser denunciades en el recurs extraordinari per infracció processal (art. 468) i no en el de cassació, que té circumscrit el seu àmbit a les infraccions de naturalesa substantiva (art. 477 de la Llei d'enjudiciament civil), com ha assenyalat aquest Tribunal en les sentències, entre d'altres, de 21 d'octubre de 2002 i 26 de març de 2003, i el Tribunal Suprem en les interlocutòries de 20 de novembre de 2001 i 12, 19 i 26 de febrer, 23 d'abril i 4 de juny de 2002, entre d'altres).

Escau, per tot el que s'ha exposat, inadmetre aquest recurs de cassació i imposar-ne les costes al recurrent. En conseqüència, la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

### **PART DISPOSITIVA**

No admetre el recurs de cassació de què s'ha fet esment a l'antecedent de fet primer d'aquesta resolució, i declarar ferma la Sentència de l'Audiència. S'imposen les costes al recurrent.

Així ho acorden, manen i signen els magistrats esmentats més amunt. En dono fe.

733  
INTERLOCUTÒRIA DE 7 D'ABRIL DE 2003

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència del recurs. Recurs de cassació: no escau contra els *obiter dicta* de la sentència recorreguda. Principi de contradicció. Diferències entre el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de la Sra. M. Carmen B. C. va interposar recurs de cassació contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 13a de l'Audiència Provincial de Barcelona en data 11 de gener de 2001 en el rotlle 179/99, la part dispositiva de la qual deia: "Que desestimando el recurso formulado por D<sup>a</sup>. María del Carmen B. C. contra la sentencia de la que trae causa este rollo de apelación, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta alzada".

**Segon.** Per provisió de data 10 de març de 2003 i d'acord amb el que preveu l'article 483.3 de la LEC, es va traslladar a les parts per termini de deu dies perquè formulessin les al·legacions que consideressin oportunes sobre les possibles causes d'inadmissió del recurs de cassació, la qual cosa van efectuar les parts dins el termini establert i en la forma escaient.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**RAONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** El present recurs promogut per la representació de la Sra. María del Carmen B. C. basa el seu interès cassacional en l'art. 477, apartat 2n, núm. 3 de la LEC, i en la seva preparació s'afirma que la sentència combatuda s'oposa a "doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo así como del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y de la Audiencia Territorial de Barcelona, verdadera precursora de éste en relación a conocer del derecho civil de Catalunya", el que, lògicament, es ratifica i amplia en l'escrit d'interposició respecte a tots i cadascun dels apartats que el conformen.

En cap d'ells, però, es fa la menor referència a interès cassacional per inexistència de doctrina d'aquest Tribunal referida a les normes que s'invoquen i, en canvi, sí que es diu que hi ha contradicció entre la sentència que es recorre i la doctrina del T.S. expressada en les sentències de 5 de gener de 1895, 22 d'octubre de 1946 i 7 d'octubre de 1969, i d'aquesta Sala de 23 de novembre de 1998, 9 de març de 1995 i 26 de maig de 1997. Així mateix es citen les sentències d'aquest Tribunal de 22 de novembre de 1990, 23 de novembre de 1998 i 26 de maig de 1997, així com les del T.S. de 2 de setembre de 1987 i 11 de juny de 1990. Finalment, s'esmenten les sentències d'aquest Tribunal de 22 de novembre de 1990 i 19 de novembre de 1991, així com les del T.S. de 16 de maig de 1986, 19 de desembre de 1986, 24 de gener de 1975, 27 de novembre de 2000, 26 d'abril de 2000, 7 de maig de 1987 i 20 de març de 1997.

**Segon.** El recurs no pot reeixir perquè:

a) Es diu, com a síntesi de la crítica jurídica, que “la fideicomisaria actual y hoy recurrente no ha prestado su consentimiento de pretérito a las citadas enajenaciones de las fincas pretendidas”, amb la qual cosa es fa supòsit de la qüestió perquè allò que precisament nega la sentència combatuda a tal recurrent és la seva condició de fideïcomissària. Per això, entre la sentència que es combat i les que s'esmenten no hi ha la menor contradicció, perquè encara que aquestes darreres facin ressaltar, efectivament, la necessitat del consentiment de tots els fideïcomissaris perquè l'acte d'alienació es pugui portar a terme sense la persistència del gravamen, no altra cosa diu la sentència combatuda, que, precisament, acatant l'art. 224 del Codi de successions —que es diu infringit— declara que “en el presente caso, todos los posibles fideicomisarios designados por el testador Sr. C. dieron su conformidad a la venta de 1914 (y las posteriores) y prestaron consentimiento por representación materna y con autorización del Juzgado de Primera Instancia de Vic” (fonament jurídic tercer); realitat històrica no considerada en absolut en les sentències de contrast, que tracten d'altres casuístiques. Més en concret, la del T.S. de 5 de gener de 1895 es refereix, genèricament, a una generació “que estaba llamada y que no concurrió a las ventas”; la del mateix Tribunal de 22 d'octubre de 1946 al·ludeix a un consentiment que presta el tutor d'un menor amb autorització del consell de família, però sense autorització judicial; la de 7 d'octubre de 1969 també del T.S. es refereix a la falta de consentiment dels fills (és a dir, allò oposat al present cas); les d'aquest Tribunal de 23 de novembre de 1998 i 9 de març de 1995 no guarden relació amb el present supòsit per tal com la primera tracta d'un cas d'incompliment de la condició imposada pels heretants i fideïcomitent i la segona, d'un retorn dels béns a la persona del fiduciari; la d'aquesta Sala de 26 de maig de 1997 recorda, genèricament, la necessitat d'ajustar la tasca interpretativa a la tradició jurídica catalana, de la qual no es diu quan i en quin sentit se n'aparta la sentència combatuda; i, finalment, les d'aquesta Sala de 22 de novembre de 1990, 23 de novembre de 1998 i 26 de maig de 1997, així com les del T.S. de 2 de setembre de 1987 i 11 de juny de 1990, es refereixen genèricament a fideïcomisos o a normes interpretatives de testaments o contractes sense cap possible transposició al cas.

Respecte d'això, la part recurrent situa el nucli de la contradicció en el fet que “a nuestro juicio la interpretación de las disposiciones de última voluntad efectuada en la instancia es arbitraria”, afirmació que per ella mateixa elimina qualsevol interès cassacional per tal com es refereix a un problema de valoració de prova.

b) L'altre bloc de jurisprudència que s'assenyala com a contradictori amb la sentència recorreguda fa referència a un argument de reforç que empra aquesta darrera. Respecte a això s'ha de recordar:

1r) Que el recurs de cassació es dóna sobre la part dispositiva, no sobre les consideracions jurídiques ni sobre els *obiter dicta*.

2n) Que l'objecte del plet no fou dirimir la supervivència o no de l'anomenat *fideicomís Morató*, sinó tot allò referent a també l'anomenat *fideicomís Creus*, únic del qual hauria pogut derivar drets la demandant.

3r) Que en qualsevol cas, introduïda aquesta defensa en la contestació a la demanda, cap obstacle hi havia perquè si la part demandant entenia que tal al·legació defensiva comportava una reconvençió, ho hagués manifestat en la compareixença prèvia de l'art. 693 de l'antiga LEC. En canvi, guardà total silenci, motiu pel qual tampoc pot al·legar ara cap dèficit de defensa o dels principis d'igualtat d'armes i de contradicció processal.

4t) Amb referència a les al·legacions sobre falta de legitimació per a resoldre allò referent al fideïcomís Morató, cal observar que no hi ha cap pronunciament ni en la part dispositiva de la sentència d'instància ni en l'ara combatuda, en congruència amb el que afirma la representació del Sr. F. en el sentit que les sentències de contrast "no tienen nada que ver con el caso debatido por cuanto esta parte no ha solicitado la acción de nulidad de los actos de disposición efectuados por el fiduciario José M. F."

c) Finalment, les al·legacions, núm. 4 i 5 del recurs de cassació fan referència a "infracción del art. 281.3 de la LEC en relación con el art. 450.2 de la misma LEC sobre identificación de las fincas actuales incluidas en el fideicomiso 'Creus' objeto de reivindicación" i a "infracción del art. 348 de la LEC", és a dir, a aspectes relatius a la prova i a la conformitat de les parts, als efectes de la contestació a la demanda i a la valoració del dictamen pericial; matèries eminentment processals, la crítica de les quals havia de canalitzar-se no per via del recurs de cassació, sinó per la de l'extraordinari d'infracció processal.

Sobre aquest particular el Tribunal Suprem ja ha dit que "el sistema de recursos de la nueva LEC 2000 no es en absoluto coincidente con la distinción entre 'infracción de ley' y 'quebrantamiento de las formas esenciales del juicio', establecida inicialmente en la LEC de 1881, no pudiendo contraerse el recurso extraordinario por infracción procesal a los vicios *in procedendo* y atribuir el íntegro control de los vicios *in iudicando* al recurso de casación, pues el ámbito jurídico-material al que se circunscribe este último determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva hacia la esfera del otro recurso extraordinario, a través del cual incumbe controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que no se circunscribe a las que enumera el art. 416 LEC 2000 bajo dicha denominación, sino que abarca también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión y las que determinan el resarcimiento de las costas y los gastos que el litigio comporta, de modo que los aspectos atinentes a la distribución de la carga y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos resultantes de la aplicación de esas reglas y principios que rigen la valoración de los diferentes medios de pruebas y de ésta en su conjunto, o la condena en costas en las sucesivas instancias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico... en la aplicación al caso enjuiciado de la norma substantiva en sí misma" (interlocutòries del T.S. de 12 i 26 de febrer de 2002, que es citen per totes).

**Tercer.** Resulta convenient encara fer una precisió més, a saber: que no fa referència aquesta Sala al recurs extraordinari d'infracció processal, no per la raó d'incompetència objectiva apuntada per les demandades (ja que sí pot conèixer de tal recurs aquest Tribunal si gau-



deix de competència per a resoldre la cassació interposada per referir-se a dret català), sinó per mor d'allò que ordena la disposició final setzena de la LEC, segons la qual (apartat cinquè) en supòsit de recurs amb fonament en el núm. 3 de l'apartat 2n de l'art. 477 LEC, si la Sala acorda la inadmissió de la cassació "s'ha d'inadmetre sense més tràmits el recurs per infracció processal".

Escau, doncs, la inadmissió d'ambdós recursos i la declaració de fermesa de la sentència de l'Audiència, segons estableix l'art. 483.4 de la LEC.

**Quart.** Tal inadmissió comporta la condemna en costes del recurrent (art. 398 i 394 LEC).

Atesos els articles citats i altres d'aplicació,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix inadmetre el present recurs de cassació interposat per la representació de la Sra. María Carmen B. C. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 13a) d'11 de gener de 2001, dictada en el rotllo d'apel·lació núm. 179/99- C.

Contra la present interlocutòria no s'hi pot interposar cap recurs.

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

## INTERLOCUTÒRIA DE 10 D'ABRIL DE 2003

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència del recurs. Diferències entre el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

## ANTECEDENTS DE FET

**Primer.** La representació processal de la Sra. Teresa P. C. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència dictada en data 4 de desembre de 2002 per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida, que a la seva part dispositiva deia: "Que desestimant com desestimem els recursos d'apel·lació interposats pel procurador Genesca contra la Sentència de data 11 de març de 2002 del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 2 de Lleida, la confirmem en tots els seus punts i amb expressa imposició de les costes causades en aquesta instància a les parts apel·lants".

**Segon.** Per provisió de 13 de març passat es va donar a les parts termini per formular les alegacions escaients referent a les possibles causes d'inadmissió del recurs de cassació, que van efectuar dins el termini i en la forma escaient.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS JURÍDICS

**Primer.** El present recurs de cassació promogut per la representació de les senyores Teresa P. C. i Maria Elena C. T. basa el seu interès cassacional, pel que fa al primer motiu i segons s'afirma literalment en l'escrit de preparació, en "la manca o inexistència de jurisprudència als efectes de l'art. 477.3, paràgraf segon LEC, relativa al paper o integració de la figura jurídica de la *interrogatio in iure* a què fa referència l'art. 28.II del vigent Codi de successions català".

Aquest primer motiu no pot reeixir perquè:

a) Com molt bé sintetitza la sentència combatuda "la acción ejercitada por la parte actora [ara recorreguda] es la acción rescisoria o pauliana, impugnando la compraventa de la finca registral XXXX-N del Registro de la Propiedad nº 2 de esta ciudad realizada por la Sra. Teresa P. en favor de su nuera M<sup>a</sup> Elena C. el 4 de junio de 1997 al haberse realizado

en fraude de acreedores”. Tal sentència declara també provat que la Sra. P. “lo que hizo fue aceptar la herencia de su madre el 4 de junio de 1997 e inmediatamente el mismo día la enajenó a la Sra. C., con lo que difícilmente pudo la actora embargar la misma”.

b) Diu el recurrent que l'interès cassacional de la present sentència radica “en l'encaix o incardinació de la institució de la *interrogatio in iure* com a mecanisme propi del dret civil català, aliè, en principi, a la doctrina *general o comuna* sobre l'acció pauliana i que incideix en el ja al·ludit requisit de subsidiarietat”; i s'hi afegeix que, en no haver promogut l'entitat d'estalvi creditora l'exercici de la *interrogatio in iure*, ha incorregut en un abús manifest de dret i en deixadesa intencionada d'aquest.

c) La falta d'interès cassacional no pot ser més palesa perquè:

1r) És la mateixa part recurrent la que admet (encara que matisi que “només en principi”) que la *interrogatio in iure* és una institució del tot aliena a l'acció pauliana, que és la que ha conformat l'objecte del litigi.

2n) La defensa de la part ara recurrent s'ha fonamentat, entre altres elements, en el fet que l'entitat creditora ha comès un abús de dret o ha anat contra els propis actes; abús de dret que es diu derivat de no haver exercitat el creditor el seu dret a promoure una *interrogatio in iure*, lògicament, respecte al cridat a l'herència perquè se li assenyals un termini per a la seva acceptació o repudiació. Per tant, la invocació a l'esmentada institució hereditària és purament instrumental, marginal i perifèrica; sobre ella no s'ha generat cap específica *quaestio* jurídica que hagi estat objecte del plet, llevat de les afirmacions del recurrent sobre una pretesa obligació de la creditora d'acudir a l'esmentada *interrogatio in iure*, posició tan inassumible com sempre ho és la de confondre la possibilitat d'exercir un dret amb el deure de fer-ho, i que difícilment podria oferir mai el menor interès cassacional.

3r) Respecte d'això, aquest Tribunal (per exemple en el recurs de cassació núm. 56/2002) ja ha dit, literalment, que la nova regulació del recurs de cassació “no ha concebut la noció d'*interès cassacional* (...) per entrar en pronunciaments merament tautològics i repetitius d'allò ja previst en la Llei” i que “certament, no fou disseny del legislador que els tribunals haguessin de pronunciar-se, al redós d'un suposat interès cassacional, sobre obvietats”. I s'afegeix en aquesta resolució que “no s'esbrina, doncs, la connexió entre la sentència de l'Audiència Provincial i la seva *ratio decidendi* i la qüestió jurídica que es proposa”, com també que “no es funció pròpia ni d'aquest Tribunal ni de cap altre procedir al que, en expressió jurisprudencial, s'ha anomenat *evacuar consultes*, que és el mateix que demanar pronunciaments sobre temes aliens a l'objecte del litigi, ja que la funció nomofilàctica d'aquesta Sala no es pot fer interpretant preceptes en abstracte, sinó mitjançant una hermenèutica de concretes normes útils per a resoldre un també concret litigi”. Es pot afegir, encara, que el caràcter eminentment casuístic del que postula el recurrent també evidenciaria, per falta d'una mínima aplicabilitat general, l'absència del menor interès cassacional.

**Segon.** Com reconeix la mateixa part recurrent en evacuar les al·legacions de l'art. 483.3 LEC, “les institucions referides als motius segon, tercer i cinquè són pròpies de normes de dret comú”, motiu pel qual, tal com es deia en la provisió d'aquesta Sala de 13 de març de 2003, “la seva admissió queda condicionada a la prèvia admissibilitat dels motius pertocants al dret civil de Catalunya”, cosa que no ocorre en el cas.

**Tercer.** Efectivament, tampoc resulta admissible el quart motiu de recurs en el qual es denuncia “infracció de l'art. 19 del Codi de successions i de la doctrina jurisprudencial

menor entorn d'aquest en allò referent a l'acceptació tàcita del bé objecte de les actuacions", basant-se l'interès cassacional en "inexistència de jurisprudència cassacional en l'entorn de la figura de l'acceptació tàcita" (de l'herència, és clar), cosa que, com també s'indicà oportunament, no pot ser més inexacte, ja que sí que n'existeix d'aquest Tribunal.

**Quart.** El darrer motiu de cassació ha de declinar igualment perquè la canalització de la censura jurídica s'hauria d'haver fet pel recurs extraordinari d'infracció processal i no pel de cassació, com s'intenta, ja que s'addueix "infracció de l'art. 386 LEC i doctrina jurisprudencial", amb referència a l'art. 1253 CC i a l'exigència de prova plena del fet indiciari i de la subsidiarietat de la prova de presumpcions. Cal recordar que, respecte d'això, ensenya el T.S. que "el sistema de recursos de la nueva LEC 2000 no es en absoluto coincidente con la distinción entre 'infracción de ley' y 'quebrantamiento de las formas esenciales del juicio', establecida inicialmente en la LEC de 1881, no pudiendo contraerse el recurso extraordinario por infracción procesal a los vicios *in procedendo* y atribuir el íntegro control de los vicios *in iudicando* al recurso de casación, pues el ámbito jurídico-material al que se circunscribe este último determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva hacia la esfera del otro recurso extraordinario, a través del cual incumbe controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que no se circunscribe a las que enumera el art. 416 LEC 2000 bajo dicha denominación, sino que abarca también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión y las que determinan el resarcimiento de las costas y los gastos que el litigio comporta, de modo que los aspectos atinentes a la distribución de la carga y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos resultantes de la aplicación de esas reglas y principios que rigen la valoración de los diferentes medios de pruebas y de ésta en su conjunto, o la condena en costas en las sucesivas instancias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico (...) en la aplicación al caso enjuiciado de la norma substantiva en sí misma" (interlocutòries del T.S. de 12 i 26 de febrer de 2002, que es citen per totes).

**Cinquè.** La total inadmissió del recurs comporta la condemna en costes del recurrent (art. 398 i 394 LEC).

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix inadmetre el recurs de cassació promogut per la representació de les senyores Teresa P. C. i Maria Elena C. T. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida (Secció Segona) de data 4 de desembre de 2002, dictada en el rotlló d'apel·lació núm. 229/2002, derivat del judici de menor quantia núm. 248/2001 del Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Lleida, amb imposició de costes a la part recurrent.

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

735  
**SENTÈNCIA DE 14 D'ABRIL DE 2003**  
*M. del Carme A.R. / Agustí G.F.*

**Compensació econòmica per raó de treball: finalitats. Compensació econòmica per raó de treball i la seva procedència: necessitat de comparar els patrimonis d'ambdós cònjuges. Compensació econòmica per raó de treball: determinació del seu import**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 105/2002 contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 298/01, como consecuencia de las actuaciones de separación matrimonial núm. 168/00 seguidas ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de L'Hospitalet de Llobregat. La Sra. Mª del Carmen A. R. ha interpuesto este recurso representada por la procuradora Sra. Cristina Ruiz Santillana y defendida por la letrada Sra. Lara Padilla Varela. Es parte contra la cual se recurre el Sr. Agustín G. F., representado por el procurador Sr. Ildefonso Lago Pérez y defendido por el letrado Sr. José Miguel Cabré Puig de la Bellacasa.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El procurador de los tribunales Sr. Francisco Javier Martínez del Toro actuó en nombre y representación de la Sra. María Carmen A. R. formulando demanda de separación conyugal núm. 168/2000 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de L'Hospitalet de Llobregat. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó Sentencia con fecha 5 de febrero de 2001, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por el procurador D. Francisco Javier Martínez del Toro, en nombre y representación de Dª María Carmen A. R. contra D. Agustín G. F., debo acordar y acuerdo la separación del matrimonio de los expresados, con todos los efectos legales inherentes y en especial los siguientes:

"1.- La separación de los litigantes, pudiendo fijar libremente su domicilio.

"2.- Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores de edad, Carmen y Marta, a Dª María Carmen A. R., si bien la patria potestad continuará siendo de titularidad y ejercicio conjuntos del padre y de la madre.

“3.- La vivienda familiar, sita en la calle XXX, nº XX, de L’Hospitalet de Llobregat, quedará en uso y disfrute de D<sup>a</sup> María Carmen A. R., y mientras dure la guarda sobre las hijas, pudiendo el otro cónyuge retirar de la misma sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario.

“4.- Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con las hijas el derecho de visitarlas, comunicar con ellas y tenerlas en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres, procurando el mayor beneficio de las hijas; y en caso de desacuerdo, y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos: tener consigo a las hijas menores los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo, en que deberá retornarlas al domicilio materno, y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, siendo para la esposa la primera mitad de los años pares y la segunda mitad en los años impares, y a la inversa para el esposo.

“5.- En concepto de alimentos para las hijas menores, D. Agustín G. F. abonará a D<sup>a</sup> María Carmen A. R. la cantidad de doscientos diez mil (210.000) pesetas mensuales (105.000 pesetas por cada una de ellas), por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes.

“Dicha cantidad será actualizada con efectos de primero de enero de cada año de acuerdo con la variación experimentada por el índice general de precios de consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

“6.- En concepto de pensión compensatoria D. Agustín G. F. abonará a D<sup>a</sup> María Carmen A. R. la cantidad de cuarenta mil (40.000) pesetas mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes.

“Dicha cantidad será actualizada con efectos de primero de enero de cada año de acuerdo con la variación experimentada por el índice general de precios de consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que los sustituya.

“7.- No procede acordar ninguna otra medida ni hacer expresa condena en costas”.

**Segundo.** Contra esta sentencia, ambas partes interpusieron recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 18<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó en fecha 31 de julio de 2002 sentencia con la siguiente parte dispositiva: “FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Agustín G. F. y desestimando el formulado por la representación de Doña María Carmen A. R., contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº Uno de L’Hospitalet de Llobregat, en fecha cinco de febrero de dos mil uno, debemos revocar y revocamos la mentada resolución por lo que se refiere a las medidas relativas a la pensión alimenticia de las hijas y a la pensión compensatoria de la esposa, y en concreto:

“A) Se minorra la cuantía de la pensión alimenticia de las hijas y a cargo del padre, quedando ésta fijada en la suma de mil doscientos dos euros (1.202 euros) mensuales.

“B) Se mantiene la cuantía de la pensión compensatoria fijada en la sentencia impugnada a favor de la esposa y a cargo del marido, si bien se establece una limitación temporal de percepción de la misma, por un período de tres años, a computar desde la fecha de la resolución apelada.

“Confirmándose la sentencia de instancia en todos sus restantes pronunciamientos y efectos”.

**Tercero** Contra esta sentencia, la procuradora Sra. Cristina Ruiz Santillana, en nombre y representación de la Sra. Maria del Carmen A. R., interpuso recurso de casación que, por auto de esta Sala de fecha 16 de enero de 2003, se admitió a trámite y se trasladó a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**Cuarto.** Por providencia de fecha 17 de febrero de 2003 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de enjuiciamiento civil se señaló la celebración de la votación y fallo, que ha tenido lugar el día 31 de marzo de 2003 a las 10 horas de la mañana.

Se ha designado ponente al Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** La labor de exégesis que tuvo que hacer esta Sala para indagar cuál era en realidad el motivo de casación —*ex* art. 477.1 de la Ley de enjuiciamiento civil— sirve ahora para dilucidar el fondo del recurso. En efecto, en el auto de admisión del recurso, de fecha 16 de enero de 2003, la Sala tuvo que advertir a la parte recurrente que “el recurso no cuida de expresar claramente el motivo en que funda su divergencia jurídica, lo que sería deseable en una correcta técnica procesal, pero un examen del contenido del escrito —que no tendría por qué hacer la Sala si no fuera por su interés en facilitar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los litigantes y el acceso a los recursos— evidencia que la parte recurrente discute la interpretación dada por la Audiencia al art. 41 del Código de familia, Ley 9/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Catalunya”.

Resulta, efectivamente, que los cuatro supuestos *motivos de casación*, no son tales en realidad. La parte recurrente alude, como primer motivo, a la *cuantía del procedimiento*; como segundo, al *interés casacional*; como tercero, al *trabajo doméstico como requisito*; y como cuarto, a la *desigualdad patrimonial que genera enriquecimiento injusto como razón de ser del precepto*. Como se ve, la parte confunde lamentablemente los requisitos de acceso casacional con los motivos de recurso, planteando dos primeros puntos que son, realmente, los que le permitirían —aunque sólo el segundo haya sido admitido por la Sala— vehicular el recurso de casación y otros dos que son los puntos de desacuerdo con la sentencia que se combate, olvidando consignar como motivo *único* de recurso la infracción del art. 41 del Código de familia en la forma en que viene siendo interpretado por este Tribunal Superior (art. 477.1 ya citado y art. 477.3, segundo párrafo).

En cualquier caso, y admitido ya el recurso por el auto al que se ha hecho referencia, procede entrar en el fondo del mismo y analizar si, efectivamente, la sentencia dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona sigue o no la doctrina sentada por esta Sala en interpretación del artículo también aludido del Código de familia.

**Segundo.** La sentencia deniega la compensación económica a D<sup>a</sup>. María del Carmen A. R. sobre la base de una serie de consideraciones que deben ser reproducidas. Dice así la parte que interesa del fundamento de derecho cuarto de la sentencia: “...no consta en las actuaciones que la esposa haya contribuido de forma excepcionalmente gravosa a las tareas del hogar, más allá de lo que se entiende que es una contribución ordinaria (el art. 5 del Código de familia, literalmente distingue entre la aportación propia al trabajo doméstico y la cola-

boración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro). El art. 41 del Código de familia —cual antes se ha apuntado— toma por base la existencia de un cónyuge que haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente (lo que en concordancia con los términos del art. 5 del citado Código excluye el simple trabajo doméstico, y así viene entendiéndolo esta Sala, en sentencias de 20 de diciembre de 1999, 1 y 2 de marzo y 27 de diciembre de 2000 y 22 de marzo de 2001, entre otras), extensible a lo sumo a aquellas contribuciones en las tareas domésticas que excedieran de la ordinaria, como defienden algunos autores y esta Sección también admite, de forma que se haya generado un desequilibrio patrimonial al final del matrimonio, que sea como consecuencia de un enriquecimiento injusto (el cual, obviamente, no se da en el supuesto aquí enjuiciado)”. (El subrayado es propio.) Termina la argumentación afirmando que la inmensa mayoría de los bienes adquiridos constante matrimonio pertenecen en común y proindiviso a ambos cónyuges, que no hay enriquecimiento porque los bienes adquiridos por el cónyuge con mayores ingresos revierten en utilidad de ambos y que el hecho de que el marido haya desviado hacia su patrimonio fuertes sumas de dinero es cuestión ajena a la normativa que regula la peticionada compensación económica, debiendo ventilarse en juicio ordinario las relaciones crediticias entre cónyuges.

La argumentación entera es insostenible.

Ya en la Sentencia de 27 de abril de 2000 declarábamos: “Poco importa, pues, a los efectos de la presencia de un verdadero desequilibrio económico resultante de la división patrimonial, que el trabajo doméstico haya sido mayor o menor, a tiempo completo o a tiempo parcial. Tales circunstancias, es obvio, tendrán su resultancia en la cuantificación de la pensión, pero nunca pueden tenerla en la declaración de existencia del desequilibrio injustificado, si éste efectivamente se da”. La declaración se ha repetido más recientemente en sentencias de 10 de febrero y 26 de marzo de 2003.

Y ello no es más que la consecuencia de la esencia misma de esta compensación. Como se ponía de manifiesto en nuestra Sentencia de 31 de octubre de 1998, “con motivo de la reciente discusión de leyes catalanas que afectan al régimen económico matrimonial, si bien un sector defendió a ultranza lo que se considera discutiblemente tradición jurídica catalana, otros autores que unen a sus conocimientos históricos los que les proporciona el ejercicio profesional sobre la realidad cotidiana, han puesto de relieve que el régimen de separación proporciona una teórica igualdad jurídica a ambos cónyuges pero en la práctica suele perjudicar económicamente a la mujer, especialmente en los supuestos de ruptura matrimonial”. En la sentencia se recordaba la Resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 en orden a arbitrar e introducir en las legislaciones de los estados miembros mecanismos de corrección en los regímenes legales matrimoniales para evitar posibles situaciones de desigualdad a la hora de su extinción. Y, finalmente, declaraba que el anterior art. 23 de la Compilación de derecho civil de Catalunya (redacción de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre), antecedente inmediato del 41 del Código de familia, “compensa desequilibrios pasados, corrige una situación de desigualdad patrimonial generada durante el matrimonio por mor de la dedicación de uno de los cónyuges a la casa o al trabajo del otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente”.

No existe, pues, el más mínimo dato argumental que permita sostener, en contra del cónyuge menos favorecido (y, generalmente, la mujer), que su contribución al matrimonio haya de ser *extraordinaria* o *excepcionalmente gravosa* para tener derecho a ser compensado por



el otro cuando en la crisis matrimonial se produce un desequilibrio económico, como sostiene la Audiencia. La relación entre art. 41 y el 5.1, ambos de dicho Código, es artificial y sólo se sostiene por la literalidad de sus términos. La contribución a las cargas constante matrimonio y la equiparación económica en el momento de la crisis, obedecen a principios y finalidades distintas. La primera es propia del régimen de separación de bienes (significativamente, véase art. 1438 del Código civil), la segunda es un correctivo del régimen, a aplicar en el momento de su disolución.

**Tercero.** Sentado lo anterior, resulta obligado revisar las bases que han conducido, junto a las consideraciones precedentes, a denegar la pensión compensatoria a la ahora recurrente.

La sentencia recurrida afirma, como se ha dicho, que existe un capital común de los cónyuges, que los ingresos del marido han revertido en utilidad de ambos y que el desvío de fondos comunes por parte del marido debe ser examinado en otra clase de juicio.

La sentencia, en este apartado, no tiene en cuenta lo que ha expuesto con anterioridad (fundamento de derecho segundo), a saber, que D. Agustín G. F. percibió, en razón de despido, 6.756.072 pesetas; que tiene unos ingresos anuales superiores a los 6.000.000 de pesetas; que confiesa tener invertidos en bolsa unos 15.000.000 de pesetas; que posee una libreta a plazo con unos 11.000.000 de pesetas; que tiene inversiones en Foncaixa y Argentaria y otros campos de negocio propios de telecomunicación y nuevas tecnologías, además de fondos en planes de pensiones, cuenta vivienda y seguros de vida en Caixa de Catalunya; y que, finalmente, confiesa en juicio que “es cierto que hace cuatro años cambió el dinero o parte del dinero que estaba a nombre de su esposa y del confesante para ponerlo bajo su única titularidad, dado que ya las cosas del matrimonio no iban bien, con la intención de salvar ese dinero para poder hacer frente a la educación de sus hijas tanto en el colegio privado al que ahora van y el día de mañana a la universidad” (aspecto este último que habría tenido que merecer la consideración de la sentencia, pues al atribuir al marido la pensión alimenticia de las hijas, en realidad, dicho pago se hace ahora con dinero común).

Frente a este patrimonio probado del marido nada dice la sentencia del de la esposa. Se incumple, por tanto, lo que ya exigía nuestra Sentencia de 27 de abril de 2000: “La Audiencia debió determinar, en primer lugar, si existió una desigualdad económica a la hora de formar las masas patrimoniales como consecuencia de la disolución del matrimonio; en segundo lugar, si constata esa desigualdad, ésta se hallaba justificada”. Nada de esto se ha hecho.

Y así, hay que buscar los hechos probados y no contradichos de la sentencia de primera instancia para constatar que, frente al anterior patrimonio, D<sup>a</sup>. María del Carmen A. percibió una indemnización por despido de 1.175.000 pesetas; que es titular de una cuenta en Caixa de Catalunya con 415.918 pesetas; de dos fondos de inversión que, a fecha 1 de junio de 2000, se valoraban en 4.848,67 euros el primero y 17.945,06 el segundo; que percibió, en fecha 28 de diciembre de 2000, 2.534.355 pesetas procedentes de un seguro, y, finalmente, que desde el año 2000 presta servicios en una parada del mercado de Santa Eulalia, durante dos días por semana, percibiendo 4.000 pesetas diarias.

A todo ello hay que unir que la Sra. A. se dedicó durante dieciséis años al cuidado del hogar y de las dos hijas fruto del matrimonio.

No existe, en consecuencia, razón alguna que justifique el desequilibrio patrimonial que se ha hecho evidente y en razón a ello debe compensarse económicamente a la recurrente, revocando así la sentencia de instancia.

En orden a cuantificar esa compensación, la Sala no tiene sino que atenerse a los términos que también se dejaron sentados en la repetida Sentencia de 27 de abril de 2000 (“Entendemos que el restablecimiento del equilibrio patrimonial debe quedar al arbitrio del juez o tribunal al tenor de las pruebas practicadas en los autos, huyendo, pues, de fórmulas generalistas que, si aceptables en el marco académico, sólo servirían para encorsetar soluciones. Y claro es, siempre respetando el mandato legal contenido, en este caso, en el art. 23 de la repetida Ley de 1993 que se ha dejado transcrito, esto es, atendiendo a la incidencia familiar de la actividad del cónyuge que la reclama, la cuantía de la desigualdad patrimonial producida y otras circunstancias del caso”) y, en el evento enjuiciado, atendido el desnivel patrimonial y el tiempo de dedicación de la esposa al hogar, se cifra en 42.070,85 euros.

**Cuarto.** De conformidad con el art. 398.2 de la LEC., no se hará expresa condena en costas.

Por todo lo expuesto,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Debemos estimar y estimamos el recurso de casación entablado por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup>. Cristina Ruiz Santillana, en nombre y representación procesal de D<sup>a</sup>. María del Carmen A. R., contra la Sentencia de fecha 31 de julio de 2002 dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona en rollo 298/01, apelación del juicio de separación matrimonial nº 168/00 procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de L'Hospitalet de Llobregat; en su consecuencia, revocamos la misma en el sentido de otorgar a la recurrente una pensión compensatoria a cargo de su marido recurrido D. Agustín G. F. de 42.070,85 euros, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Notifíquese la presente a las partes personadas y, con testimonio de la misma, remítanse el rollo y los autos a la indicada Sección.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

736  
**INTERLOCUTÒRIA DE 14 D'ABRIL DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

Presidente:

Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. D. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra D<sup>a</sup> Núria Bassols i Muntada

**HECHOS**

**Primero.** La representación procesal del Sr. D. Santiago P. R. interpuso en tiempo y forma recurso de casación contra la Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2002 dictada por la Sección. 12<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en su rollo n<sup>o</sup> 374/2002.

**Segundo.** Por providencia de fecha 10 de marzo pasado se formó rollo y se designó ponente, a quien pasaron las actuaciones de conformidad con lo dispuesto en el art. 483 de la LEC. En fecha 24 de marzo pasado se dictó providencia por la cual se trasladaron a las partes por término de 10 días para que formularan las alegaciones que estimaran procedentes sobre la posible causa de inadmisión del recurso.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Invoca el recurrente como de interés casacional el primer motivo de recurso con la base (*ex art. 473.3 de la Ley de enjuiciamiento civil*) de que no existe doctrina de esta Sala sobre los arts. 84, 86 y concordantes del Código de familia de Catalunya, pero, ya en el propio escrito de alegaciones (*ex art. 483.3 de la LEC*) cita el propio recurrente cinco sentencias de este Tribunal, aunque en la última de ellas se diga que no hay doctrina consolidada "sobre los concretos aspectos que en este pleito se han debatido".

El interés casacional, en efecto, se basa en la falta de pronunciamientos del tribunal de casación respecto de la *concreta regla jurídica* aplicada; no, pues, sobre los hechos o su valoración por el tribunal de instancia. No se trata, en consecuencia, de una *consulta* al Tribunal, y así expresamente se ha dicho en auto de 10 de abril de 2003: "No és funció pròpia ni d'aquest Tribunal ni de cap altre procedir al que, en expressió jurisprudencial, s'ha anomenat *evacuar consultes*, que és el mateix que demanar pronunciaments sobre temes aliens a l'objecte del litigi, ja que la funció nomofilàctica d'aquesta Sala no es pot fer inter-

pretant preceptes en abstracte, sinó mitjançant un hermenèutica de concretes normes útils per a resoldre un també concret litigi.”

La parte plantea una pura revisión de los criterios de valoración probatoria y esta no es, hoy, materia de casación.

**Segundo.** Con mayor razón resulta inadmisibile el segundo de los motivos, que nuevamente pretende una revisión probatoria, esta vez sobre la base de que existe doctrina contradictoria de las audiencias provinciales, por cierto sin presentar el texto de las sentencias, defecto insubsanable.

Es claro que existen sentencias de distinto tenor emanadas de las distintas audiencias provinciales, pero esa diferencia viene claramente marcada —en el concreto extremo que propone el recurrente— por los diferentes hechos sometidos a la valoración de los tribunales.

El recurso de casación, tal como viene concebido hoy en la LEC., no es una tercera instancia, y así se ha cansado de repetirlo esta Sala. La casación viene concebida como un grado unificador de la doctrina *jurídica* emanada de las audiencias provinciales. La mera disidencia con la valoración probatoria no genera, hoy, el interés casacional.

**Tercero.** Por lo expuesto, procede la inadmisión del recurso y la imposición al recurrente de las costas.

#### PARTE DISPOSITIVA

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido inadmitir el presente recurso de casación interpuesto por el Sr. D. Santiago P. R. contra la Sentencia dictada el pasado 13 de noviembre de 2002 por la Secc. 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su rollo nº 374/2002, con expresa imposición de costas de la presente incidencia a la parte recurrente.

Así lo acordó la Sala y lo firman el presidente y los magistrados citados al margen.

737  
**INTERLOCUTÒRIA DE 14 D'ABRIL DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació per a la tutela judicial dels drets fonamentals: improcedència de la queixa**

Presidente:

Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. D. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Núria Bassols i Muntada

**HECHOS**

**Primero.** En fecha 27 de marzo de 2003 se presentó ante esta Sala recurso de queja por la procuradora Sra. Viviana López Freixas, en nombre y representación del Sr. D. Evaristo C. P. y de la Sra. D<sup>a</sup> Isabel P. O., contra el auto de fecha 6 de marzo de 2003 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el auto de fecha 15 de enero de 2003 que denegaba la preparación del recurso de casación contra la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2002 de la Sección 18<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona.

**Segundo.** En la misma fecha se formó el presente rollo y se registró con el número 36/2003, designándose ponente al Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Nos encontramos ante un recurso de casación, no ante un recurso de apelación, lo que parece desconocer la parte recurrente que incluso presenta documentos en esta fase procesal. El acceso a la casación se halla tasado y las concretas vías de acceso vienen expresadas en el art. 477 de la Ley de enjuiciamiento civil.

Invoca la parte que pretende preparar el recurso la supuesta inclusión del mismo en el ordinal 1<sup>o</sup> del punto 2 de aquel precepto, cuando la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial (en nuestro caso, por la Sección Decimoctava de la de Barcelona) no lo ha sido "para la tutela judicial civil de derechos fundamentales", cual exige el precepto, sino que ha recaído en un proceso normal de oposición a medidas administrativas de protección de menores, como se deduce de la documentación que tiene a la vista la Sala. En sentido, pues, diferente a la exigencia legal, la parte recurrente entiende que ha habido *vulneración de derechos fundamentales*, lo que, por imperativo del art. 5.4 de la Ley orgánica del poder judicial, no sería competencia de esta Sala. Pero ocurre, además, que el recurrente se limita a una simple enunciación de los preceptos constitucionales pretendidamente

infringidos, con conculcación ahora de la *exposición sucinta* que exige el art. 479.2 de la LEC. Y ya, en definitiva, no cabe la invocación de los artículos 9.2 y 49 de la Constitución, que no contienen derechos fundamentales.

Se alude, en segundo lugar, a normas competenciales, con expresa cita del art. 478.1 de la LEC., lo que, en el recurso de reposición, se intenta subsanar mediante el simple enunciado —otra vez— de determinados preceptos de derecho civil de Cataluña, sin explicitar el núcleo de contradicción jurídica de la sentencia combatida con los preceptos supuestamente vulnerados, como viene exigiendo tanto el Tribunal Supremo como esta Sala en doctrina ya plenamente consolidada.

Finalmente, sin anuncio previo de preparación del recurso extraordinario por infracción procesal, cita el recurrente el art. 469.1 en sus apartados 2º, 3º y 4º como supuestamente infringidos, una vez más sin expresar ni concretar el núcleo de contradicción jurídica.

Así pues, estuvo acertado el Tribunal de Apelación al declarar no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación, y nada aporta el recurrente en la queja que haga variar la bondad de tal pronunciamiento.

El recurso de casación no es una tercera instancia. El recurso de casación sirve para unificar los criterios jurídicos de los tribunales de apelación y adaptarlos a la legalidad. El mero desacuerdo con la decisión reflejada en una sentencia de apelación no justifica por sí mismo el interés casacional.

**Segundo.** Se imponen las costas a la parte recurrente.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido inadmitir el presente recurso de queja interpuesto por los Srs. D. Evaristo C. P. y D<sup>a</sup> Isabel P. O. contra el Auto de fecha 6 de marzo de 2003 por la Secc. 18<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en su rollo nº 409/2002, incidente seguido contra la Dirección General de Atención al Menor, el cual acuerda no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación contra la Sentencia de 21 de noviembre de 2002, con expresa imposición de costas de la presente incidencia a la parte recurrente.

Así lo acordó la Sala y lo firman el presidente y los magistrados citados al margen.

**SENTÈNCIA DE 24 D'ABRIL DE 2003***Esperança i un altre Q.O. / Rafael i un altre Q.O.*

**Desheretament just: requisits, prova i efectes. Desheretament injust: efectes. Desheretament injust: legitimació activa i passiva quan s'exercita l'acció de desheretament injust. Pagament de la llegítima: càrrega de la prova. Acceptació tàcita de l'herència: requisits. Herència jacent: actes que pot realitzar el cridat que no suposen acceptació tàcita de l'herència. Desheretament condicional: ineficàcia. Delació hereditària: efectes. Tradició jurídica catalana. Congruència: modalitats i requisits**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal i Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist el recurs conjunt de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 100/2002 contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 1<sup>a</sup> de l'Audiència Provincial de Girona en el rotlle d'apel·lació núm. 155/2002, com a conseqüència de les actuacions de procediment ordinari núm. 151/01 seguides davant el Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Girona. Els Srs. Esperanza i Alfonso Q. O. han interposat aquest recurs representats pel procurador Sr. Ivo Ranera Cahís i defensats pel lletrat Sr. Alfonso M. Rivero San José. És part contra la qual es recorre els Srs. Rafael i Alberto Q. O., representats pel procurador Sr. José Luis Aguado Baños i defensats pel lletrat Sr. Carles Mascort Yglesias.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora dels tribunals Sra. M. Àngels Vila Reyner, que va actuar en nom i representació dels Srs. Esperanza i Alfonso Q. O., va formular demanda de judici ordinari núm. 151/01 al Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Girona. Seguida la tramitació legal, el Jutjat indicat va dictar Sentència amb data 14 de novembre de 2001, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando en parte la demanda presentada por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Esperanza Q. O. y D. Alfonso Q. O. debo declarar y declaro la inexistencia de la causa de desheredación de malos tratos a ellos imputada, declarando nula y sin efecto alguno la cláusula testamentaria que contradiga tal declaración, exclusivamente en cuanto a tal causa de desheredación se refiere, sin que proceda efectuar ningún otro pronunciamiento. No hago expresa condena en costas".

**Segon.** Contra aquesta Sentència, els Srs. Rafael i Alberto Q. O. van interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i que es va substanciar a la Secció 1<sup>a</sup> de l'Audiència Provincial de Girona, la qual va dictar Sentència amb data 29 de maig de 2002, amb la següent part dispositiva: "ESTIMEM el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de Rafael i Alberto Q. O., revoquem la Sentència dictada en data 14 de novembre de 2001 pel Jutjat núm. 4 de Girona en les actuacions de judici ordinari núm. 151/0,1 anul·lem aquella Sentència declarant defectuosament constituïda la relació juridicoprocessal a falta de legitimació passiva dels ara recurrents. Tot això, sense fer expressa condemna a les costes d'aquest recurs i de la primera instància. Cada part ha d'abonar les produïdes en la seva instància i les comunes per meitat.

"D'acord amb el que estableixen la disposició final setzena i la disposició transitòria tercera de la LEC 1/2000, contra aquesta Sentència es pot interposar recurs de cassació davant del Tribunal Suprem només si concorre la causa prevista en l'apartat tercer del número 2 de l'article 477. També es pot interposar recurs extraordinari per infracció processal davant el mateix Tribunal, previst en els articles 468 i següents, sempre que es doni l'interès cassacional exigít pel recurs de cassació i es formulin de manera conjunta".

**Tercer.** Contra aquesta Sentència, la procuradora Sra. M. Àngels Vila Reyner, en nom i representació del Srs. Esperanza i Alfonso Q. O., va interposar aquest recurs conjunt de cassació i extraordinari per infracció processal davant la Sala 1<sup>a</sup> de la Audiència Provincial de Girona, que va fonamentar en els motius que figuren a l'expedient.

**Quart.** Per mitjà d'una interlocutòria de data 9 de gener de 2003 es va tenir interposat aquest recurs conjunt de cassació i extraordinari per infracció processal, i d'acord amb l'art. 485 de la LLEC de 1/2000 es va traslladar l'escrit d'interposició d'ambdós recursos per tal que es formalitzés l'oposició en el termini de vint dies.

Per mitjà d'una provisió de data 10 de febrer de 2003 i de conformitat amb l'art. 475 i 486.1 de la LEC es va assenyalar per a la votació i la decisió el dia 6 de març de 2003 a les 10.30 hores del matí, la qual va tenir lloc.

Ha estat designat ponent l' Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** S'ha acreditat a les actuacions que:

A/ El senyor Albert Q. i V. va contraure matrimoni amb la senyora Esperança O. i P., i d'aquesta unió matrimonial van néixer cinc fills, els senyors Josep Maria, Rafael, Alfons, Esperança i Albert Q. i O.

B/ El senyor Albert Q. i V. va atorgar testament notarial obert el dia 29 d'abril de 1999, en el qual ordenava un llegat d'usdefruit universal vitalici a favor de la seva esposa, ordenava un llegat a favor dels quatre fills del seu primer matrimoni en pagament dels seus drets de llegítima paterna, instituïa hereus els fills del seu segon matrimoni senyor Josep Maria, Rafael i Albert Q. i O., i en la clàusula C/ del testament establia: "Manifiesta que nada lega a sus otros dos hijos Alfonso y Esperanza, por haber recibido con creces cuanto podría corresponderles en concepto de legítima. En el supuesto de que los nombrados reclamaran derechos en su herencia los deshereda expresamente, debido a los malos tratos recibidos de los mismos". El testador va morir el dia 6 d'agost de 1999.



C/ La senyora Esperança O. i P. va atorgar testament notarial obert el dia 8 de febrer de 2000, en el qual instituïa hereus els seus fills senyors Rafael i Albert Q. i O., ordenava un llegat a favor del seu fill senyor Josep Maria en pagament dels seus drets de llegítima materna i repetia la clàusula de desheretament que havia establert el seu marit en relació amb els altres fills senyors Alfons i Esperança. La testadora va morir el dia 3 d'abril de 2000.

D/ El dia 19 de març de 2001 els senyors Esperança i Alfons Q. i O. van interposar una demanda contra els seus germans senyors Josep Maria, Rafael i Albert Q. i O., en la qual interessaven que al seu dia es dictés sentència que declarés la inexistència de qualsevol causa de desheretament imputable als agents, amb la subsegüent declaració de nul·litat de la clàusula testamentària que estigués en contradicció amb aquesta declaració i, per tant, amb reconeixement del dret dels agents a mantenir la condició de legitimaris en les herències paterna i materna sense limitació de cap mena, amb la finalitat que puguin obtenir tot allò que acreditin pels seus drets legitimaris en les herències de llurs progenitors, amb imposició de costes als defenents.

E/ Els senyors Rafael i Albert Q. i O. van presentar el seu escrit de contesta a la demanda el dia 24 d'abril de 2001, en el qual al·legaven inicialment l'excepció de manca de legitimació passiva per no tenir la condició d'hereus, ja que en cap moment havien acceptat les herències de llurs progenitors; defecte legal en la forma de proposar la demanda segons l'article 416.1.5a de la Llei d'enjudiciament civil, ja que si els agents creuen que tenen dret a reclamar la llegítima en les herències paterna i materna, aquesta pretensió s'ha d'exercitar en un litigi diferent, en el qual es podrien discutir també els altres drets que tal vegada poguessin reclamar els agents sobre les herències paterna i materna i, finalment, acabaven interessant la desestimació de les pretensions dels agents.

F/ El senyor Josep Maria Q. i O. es va aplanar a la demanda.

G/ El Jutjat de Primera Instància de Girona va dictar Sentència el dia 14 de novembre de 2001, que estimava en part la demanda, ja que no donava lloc a l'excepció de manca de legitimació passiva interposada pels defenents, declarava la inexistència de causa de desheretament, declarava la nul·litat de la clàusula testamentària que estigués en contradicció amb aquest pronunciament, però exclusivament en relació amb la causa de desheretament, sense que escaigués fer cap altre pronunciament.

H/ La defenent va interposar recurs d'apel·lació contra aquesta resolució, que va resoldre la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona per Sentència de 29 de maig de 2002, que estima el recurs d'apel·lació en la part que fa referència a la manca de legitimació passiva, que determina l'anul·lació de la sentència de primera instància per haver-se constituït de forma defectuosa la relació jurídica processal, amb la subsegüent innecessarietat d'examinar les altres qüestions que proposa el recurs.

I/ Els senyors Esperança i Alfons Q. i O. han interposat recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal contra la sentència esmentada de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona.

**Segon.** Amb la finalitat ara de fixar les qüestions que són objecte del recurs de cassació i del recurs extraordinari per infracció processal, hem de fer una referència especial als aspectes següents:

A/ El nucli de la qüestió litigiosa es centra, fonamentalment, en la interpretació que cal donar a la clàusula testamentària "Manifiesta que nada lega a sus otros dos hijos Alfonso y Esperanza, por haber recibido con creces cuanto podría corresponderles en concepto de legi-

tima. En el supuesto de que los nombrados reclamaran derechos en su herencia los deshereda expresamente, debido a los malos tratos recibidos de los mismos”.

B/ En el seu escrit de demanda, els fills esmentats neguen de forma expressa l'existència de qualsevol de les causes de desheretament que estableix l'article 370 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya i que mai no van donar cap mal tracte als seus progenitors i, per consegüent, interessen que la sentència declari la inexistència d'una conducta incorrecta dels agents envers els seus pares; interessen també que es declari la nul·litat de la clàusula testamentària que fa referència a una causa de desheretament, inexistent segons la mateixa part agent, i com que la mateixa clàusula estableix que els agents ja han percebut els seus drets legítimis en les herències paterna i materna, la clàusula esmentada no es pot entendre que privi els agents dels seus drets legítimis, sinó a reclamar el suplement de llegítima sobre la base d'una causa de desheretament inexistent que pertoca als hereus acreditar l'existència d'una causa de desheretament justa; i que la nul·litat de clàusula testamentària esmentada determina que els agents poden reclamar els seus drets legítimis a qui correspongui, llegítimes que han de pagar voluntàriament els hereus dels pares o, en el seu cas, per la via d'una reclamació judicial.

C/ En el seu escrit de contesta a la demanda els senyors Rafael i Albert Q. i O. van al·legar, inicialment, l'excepció de manca de legitimació passiva, ja que en cap moment van acceptar de forma expressa o tàcita les herències paterna i materna i, per tant, no havien esdevingut hereus dels seus progenitors; al·legaven també l'excepció de defecte legal en la manera de proposar la demanda; que de la clàusula testamentària controvertida, en resulta, en primer lloc, que els agents ja han percebut els seus drets de llegítima paterna i materna, i si els agents entenen que això no és veritat, han de reclamar els seus drets legítimis en un altre litigi; que de la mateixa clàusula controvertida en resulta, en segon lloc, que si els agents reclamen drets en les herències paterna i materna, que segons els defenents han d'ésser drets hereditaris independents de la llegítima, els nega la possibilitat de reclamar-los pels mals tractes que han rebut dels fills que són ara part agent, prohibició que s'ha de tenir per vàlida, ja que no afecta, segons la part defenent, els drets legítimis dels agents; i finalment els defenents fan una referència a la conducta dels agents envers els seus pares, que acreditaven els maltractes pels quals es deshereta els agents o, en el seu cas, se'ls priva de reclamar altres drets hereditaris.

D/ La sentència de primera instància desestima l'excepció de manca de legitimació passiva, ja que considera acreditat que els defenents van acceptar de forma tàcita les herències paterna i materna; i amb referència al fons de la qüestió litigiosa estableix que no escau fer cap pronunciament respecte a la quantia dels drets legítimis dels agents ni sobre el fet de si han percebut els seus drets legítimis abans de la mort dels pares i estableix, finalment, la inexistència dels maltractaments pels quals els pares deshereten els fills que han estat part agent en el litigi, amb la subsegüent nul·litat de la clàusula testamentària que estigui en contradicció amb aquesta declaració, encara que limitada exclusivament a la causa de desheretament.

E/ En l'escrit de formalització del recurs d'apel·lació que van interposar els defenents, palesen la seva disconformitat amb la sentència recorreguda que desestima l'excepció de manca de legitimació passiva que havien interposat en la primera instància, ja que insisteixen que en cap moment van acceptar les herències dels seus progenitors; en el fet que la sentència recorreguda no fa cap pronunciament sobre la llegítima que segons els testaments patern i matern ja van percebre els agents en vida dels seus pares, circumstància que fa

inviabile l'existència d'una causa possible de desheretament, i que en qualsevol cas determinaria la possibilitat que els agents reclamessin els seus drets legítims en una altre litigi, si realment no els havien percebut en vida dels seus progenitors; i, també, palesen la seva disconformitat amb la sentència recorreguda perquè dona lloc a una confusió entre els drets a l'herència i els drets a la llegítima, en el sentit que el desheretament ordenat pels testadors no es pot referir als drets legítims dels agents, sinó a altres drets que puguin reclamar sobre les herències paterna i materna.

F/ La sentència d'apel·lació revoca la recorreguda, ja que considera que els defenents no han acceptat de forma expressa ni tàcita les herències dels seus pares i, per aquest motiu, anul·la la sentència recorreguda per haver-se constituït de forma defectuosa la relació jurídica processal per manca de legitimació passiva dels defenents i després recurrents en el tràmit d'apel·lació; circumstància que determina no fer cap altre pronunciament sobre els altres punts del recurs d'apel·lació.

**Tercer.** La part agent ha interposat recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal contra la sentència de segona instància, i d'acord amb el que estableix la disposició final setzena, regla sisena, de la Llei d'enjudiciament civil, s'ha de resoldre en primer lloc el recurs extraordinari per infracció processal.

**Quart.** L'apartat primer del recurs extraordinari per infracció processal, que es fonamenta en l'article 469.1, regles segona i quarta, de la Llei d'enjudiciament civil, al·lega incongruència de la sentència recorreguda, amb la vulneració subsegüent de l'article 24.1 de la Constitució, en relació amb els articles 216 i 218 de la Llei d'enjudiciament civil. Segons la part recurrent, la sentència d'apel·lació infringeix els preceptes esmentats perquè atribueix als agents haver exercitat en la seva demanda una acció acumulada de reclamació de llegítima, que segons els mateixos agents, i ara part recurrent, mai van exercir, apreciació que ha predeterminat la decisió de la sentència recorreguda.

Si ens atenem a l'escrit de demanda, resulta que els agents neguen l'existència de qualsevol causa de desheretament i, per aquest motiu, interessen que es declari la inexistència de qualsevol conducta dels agents que pugui fonamentar el desheretament; interessen igualment que es declari la nul·litat de la clàusula testamentària que estableix els efectes del desheretament, nul·litat que determinaria la reclamació per part dels agents dels seus drets legítims i que, davant d'aquesta reclamació, els hereus dels pares haurien de pagar les llegítimes o atènyer-se a les conseqüències de la reclamació judicial que podrien interposar els agents, precisions totes elles que posen de manifest que els agents deixen oberta la possibilitat de reclamar els seus drets legítims en un litigi posterior, una vegada declarada la inexistència de qualsevol causa que pugui fonamentar el desheretament. Si d'aquí passem a l'escrit de contesta a la demanda, en resulta que els defenents al·leguen que si els agents no han percebut els seus drets legítims els poden reclamar en un altre litigi, però no en el que origina aquesta resolució, a més a més d'al·legar la seva manca de legitimació passiva, que fonamenten en el fet d'haver estat demandats per la condició d'hereus dels seus progenitors, condició que neguen per no haver acceptat de forma expressa ni tàcita l'herència paterna ni la materna. I si ens atenem, finalment, a l'audiència prèvia dels articles 414 i concordants de la Llei d'enjudiciament civil, en resulta que en aquest acte l'advocat de la part agent manifesta que els seus clients tenen reconegut el dret a percebre els seus drets legítims.

Centrada d'acord amb aquest paràmetres la qüestió litigiosa, s'ha de desestimar el motiu primer del recurs extraordinari per infracció processal que s'ha interposat contra la sentència recorreguda, en el qual s'al·lega el vici o defecte d'incongruència. Interessa recordar, inicialment i com precisa la Sentència d'aquesta Sala de 4 de març de 2002 fent-se ressò d'un criteri reiterat mantingut pel Tribunal Suprem, que per tal de decidir si una resolució judicial ha incidit o no en incongruència, cal atènyer-se al fet de si concedeix més d'allò que es demana (*ultra petita*) o si es pronuncia sobre qüestions que es troben al marge de les peticions formulades per les parts litigants (*extra petita*) o deixa sense resposta judicial i, per tant, sense resoldre qüestions formulades per les parts litigants (*citra petita*) a menys que el silenci judicial tingui la significació d'una desestimació tàcita. Si projectem ara aquestes consideracions sobre la qüestió objecte del recurs, en resulta sense cap mena de dubtes que en el seu escrit de contesta a la demanda la part defenent va al·legar inicialment l'excepció de manca de legitimació passiva per haver estat demandats com hereus del seus pares, condició que al·legaven no haver assumit per no haver acceptat de forma expressa ni tàcita les herències paterna i materna. És cert que la sentència de primera instància desestima l'excepció de manca de legitimació passiva, però no és menys cert que la part defenent va interposar recurs d'apel·lació contra aquest pronunciament per entendre que la sentència de primera instància havia desestimat de forma errònia l'excepció de manca de legitimació passiva; mentre que la part recorreguda en el recurs d'apel·lació interessa que es confirmi el pronunciament de la sentència de primera instància. D'acord amb aquest plantejament resulta prou clar que la sentència recorreguda no es pot qualificar d'incongruent, ja que es pronuncia de forma expressa sobre una de les qüestions fonamentals que es van plantejar en el litigi, com és la real o suposada manca de legitimació passiva dels defenents, encara que ho faci per la via de revocar la sentència recorreguda, circumstància que ha determinat que la part agent interposi un recurs extraordinari per infracció processal basat en una suposada incongruència que no existeix, ja que la sentència recorreguda estableix una adequació clara entre l'excepció proposada des de l'inici del litigi per la part defenent i la resolució que estableix la sentència d'apel·lació. Tesi que no desmenteix el motiu de recurs que ara s'examina, en el qual s'interessa fonamentar la incongruència en una qüestió clarament substantiva, com és si els defenents han acceptat o no de forma tàcita les herències paterna i materna, que ha d'ésser objecte del recurs de cassació interposat conjuntament amb el recurs extraordinari per infracció processal, com per altra part reconeix la mateixa part recurrent quan esmenta que insistirà sobre la qüestió en el recurs de cassació.

**Cinquè.** El motiu segon del recurs extraordinari per infracció processal, que es fonamenta en la infracció de l'article 469.2n de la Llei d'enjudiciament civil per infringir les normes processals reguladores de la sentència, al·lega que, segons l'article 465.4 de la mateixa llei, la sentència que es dicti en el grau d'apel·lació s'ha de pronunciar exclusivament sobre els punts i les qüestions que planteja el recurs i, si escau, en els escrits d'oposició o d'impugnació a què es refereix l'article 461, i segons la part que ara recorre en cassació, en la formació de la sentència de segona instància hi concorre una manca de congruència en relació amb les pretensions que s'exerciten en la demanda, ja que la Sala d'instància no s'ha pronunciat exclusivament sobre les qüestions que plantejava el recurs d'apel·lació, sinó que ha anat més enllà per haver introduït una qüestió nova en el procés, com és l'acció de reclamació de la llegítima, sobre la base de la qual desestima les pretensions de la part agent per manca de legitimació passiva dels defenents.

També el motiu segon del recurs extraordinari per infracció processal ha d'ésser desestimada, perquè la sentència recorreguda no ha incorregut en cap mena d'incongruència i, per tant, no ha introduït una qüestió nova en el procés. Ja que en cap moment resol la qüestió litigiosa basant-se en la consideració que els agents han exercitat també una acció de reclamació de llegítima, ja que segons el fonament de dret quart de la sentència de l'Audiència és just reconèixer que el cas enjudiciat no presenta una acció de recuperació patrimonial, és a dir, de reclamació de l'import dels drets legítims; atès que estan d'acord ambdues parts litigants s'hauria de fer, si esqueia, en un litigi posterior. Per consegüent, per tal com la sala d'instància no ha resolt sobre la base d'un suposat exercici en el litigi d'una acció de reclamació de llegítima, decau el suposat vici d'incongruència que al·lega la part recurrent.

**Sisè.** Els raonaments que s'han explicat en els fonaments de dret anteriors determinen, per tant, la desestimació del recurs extraordinari per infracció processal interposat per la representació processal de la part agent, circumstància que determina, segons la disposició final setzena, regla 6a, de la Llei d'enjudiciament civil, la procedència d'examinar i resoldre el recurs de cassació que ha interposat la mateixa part processal.

El motiu únic del recurs de cassació, que es fonamenta en l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil, és a dir, en l'interès cassacional, al·lega que la sentència d'instància ha infringit l'article 8, en relació amb els articles 316, 16, 19 i 34, tots ells del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, com a fonament de l'exercici de l'acció que preveu l'article 372 del mateix text legal. Avancem que la qüestió fonamental que planteja el recurs de cassació no és altra que determinar si els defenents han acceptat o no de forma tàcita les herències dels seus progenitors.

Premissa necessària per a resoldre aquesta qüestió és determinar l'abast de la clàusula testamentària que apareix en els dos testaments dels progenitors dels litigants, en la qual no ordenen cap disposició a favor dels dos fills que han estat part agent en el litigi per haver percebut amb escreix amb anterioritat els seus drets legítims, amb la prevenció que si reclamen drets sobre les herències paterna i materna, els deshereten de forma expressa pels maltractaments que n'han rebut. Examinada aquesta clàusula en el seu conjunt, no resulta fàcil determinar-ne l'abast. De totes formes apareix clar inicialment que ens trobem davant d'una clàusula de desheretament, ja que compleix tots els requisits que estableix l'article 369 del Codi de successions, com són els d'haver-se ordenat en testament, haver precisat la causa en la qual fonamenten el desheretament i haver designat nominadament els fills desheretats.

Una segona precisió que cal fer és que el desheretament té com a finalitat privar el legítimari del seu dret de llegítima, segons precisa l'article 368.I del Codi de successions. I en aquest punt cal recordar que el desheretament sols produeix l'efecte de privar del dret de llegítima si compleix, evidentment, els requisits que estableix l'article 369 esmentat, però sense que això sigui suficient, ja que segons l'article 372.I del Codi de successions el legítimari desheretat pot impugnar el desheretament al·legant inexistència de causa, que és el que han fet els agents en el cas que ara s'ha de resoldre, cas en el qual correspon a l'hereu la prova que va existir la causa de desheretament invocada pel testador, si es vol evitar que el desheretament es pugui qualificar d'injust.

D'aquest plantejament en resulta que la legitimació activa per a impugnar el desheretament correspon, evidentment, al legítimari o legítims desheretats, com es desprèn de l'article 372.I del Codi de successions. I del mateix precepte es deriva que si s'exercita l'acció

fonamentada en el desheretament injust, l'acció s'ha d'adreçar contra els hereus, únics legítims segons el precepte per mantenir l'eficàcia del desheretament mitjançant la prova dels fets en els quals el testador fonamenta el desheretament (com resulta de la Sentència del Tribunal Suprem de 8 de novembre de 1967). Per tant, i als efectes que aquí i ara interessin, el problema que cal resoldre no és altre que esbrinar si la legitimació passiva que l'article 372.I del Codi de successions atribueix als hereus, quan s'exercita l'acció fonamentada en el desheretament injust, s'atribueix al cridat que ha esdevingut hereu mitjançant el requisit de l'acceptació que estableix l'article 5 del Codi de successions o si la legitimació passiva s'atribueix al cridat com a hereu, encara que no hagi acceptat l'herència, i sense que la seva intervenció en el litigi amb la finalitat de provar els fets que fonamenten el desheretament impliqui una acceptació tàcita de l'herència.

**Setè.** Existeix acord entre les parts litigants que els defenents, i ara part recorreguda, no han acceptat de forma expressa l'herència dels seus progenitors i, per tant, el problema s'ha de centrar a veure si amb la seva conducta, tal com sembla per les actuacions, ens trobem aquí davant d'un supòsit d'acceptació tàcita de l'herència.

Segons l'article 19.I del Codi de successions "s'entén tàcitament acceptada l'herència quan el cridat realitza qualsevol acte que no pot realitzar si no és a títol d'hereu"; precepte que s'ha de relacionar amb l'article 8.I del mateix Codi, en el qual es preveu que el cridat a títol d'hereu pot realitzar exclusivament actes possessoris, de conservació, vigilància i administració de l'herència, i promoure interdictes en defensa dels béns, sense que aquests actes impliquin acceptació tàcita de l'herència, tret, evidentment, que amb ells es prenguin el títol o la qualitat d'hereu. Als efectes del recurs aquest darrer article no té gaire transcendència, ja que no ha estat objecte de debat la possessió dels béns hereditaris, ni consta que s'hagi promogut cap interdicte possessor i en defensa dels béns hereditaris; i d'altra banda, el fet de contestar la demanda en la qual s'impugna el desheretament fet pels progenitors dels litigants, resta al marge de les previsions que apareixen a l'article 8.I del Codi de successions, ja que no encaixa amb el concepte d'acte de conservació entès com a acte adreçat al manteniment de la situació jurídica que de fet existia en el moment de l'obertura de la successió (per exemple, interrompre la prescripció); ni encaixa amb el d'acte de vigilància, que és l'acte que té per finalitat afirmar la consistència del patrimoni hereditari i assegurar la permanència dels elements singulars que l'integren, ni, finalment, encaixa amb el concepte d'acte d'administració entès en sentit econòmic, que persegueix el manteniment de la capacitat productiva dels béns hereditaris. El problema s'ha de resoldre, doncs, d'acord amb l'article 19.II del Codi de successions i s'ha de determinar si la intervenció dels defenents en el litigi en el qual s'impugna la causa de desheretament, implica un acte que sols podien realitzar si s'atribuïen el títol d'hereu i, per tant, comportava una acceptació tàcita de l'herència.

Interessa esmentar en aquest punt que els defenents són cridats a l'herència dels seus pares com a hereus de forma immediata i sense cap mena de condicionament, amb la conseqüència que des del moment de l'obertura de la successió per la mort dels pares (article 2.I del Codi de successions), podien acceptar de forma immediata les herències paterna i materna que se'ls havien deferit des d'aquell moment (articles 5 i 6 del mateix Codi); circumstància que posa en relleu un fet prou significatiu, com és la possibilitat que la seva conducta s'interpreti com una acceptació tàcita de l'herència, a diferència del que pot succeir respecte a qualsevol altra persona que no té una delació hereditària a favor seu, que pot rea-

litzar els mateixos actes sense que mai puguin configurar-se d'acceptació tàcita, perquè manca el requisit necessari d'una delació hereditària prèvia.

En el cas del litigi ens trobem que els agents interessen que es dicti sentència que declari la inexistència de la causa de desheretament invocada pels pares i que pertoca als hereus acreditar l'existència d'una causa de desheretament justa. D'acord amb aquest plantejament de la qüestió litigiosa ens trobem que els defenents, instituïts hereus pels seus pares, en el seu escrit de contesta a la demanda afirmen que els maltractaments al·legats com a causa del desheretament en els testaments patern i matern van existir realment, i que la conducta dels agents envers els seus progenitors va ésser la d'insults, amenaces i desconsideracions de qualsevol tipus. Aquestes afirmacions no tenen altre sentit que acreditar que la causa de desheretament al·legada en els testaments dels progenitors existia realment i que per tant el desheretament s'havia de qualificar de just, amb la conseqüència que privava els agents de reclamar els seus drets de llegítima paterna i materna (article 368.I del Codi de successions) i amb una segona conseqüència encara, com és que si els legitimaris havien estat justament desheretats, s'extingia la llegítima que gravava l'herència paterna i la materna (article 376 del Codi de successions).

Aquestes consideracions porten a afirmar que si els defenents adopten la posició d'acreditar l'existència dels fets que fonamentaven el desheretament, amb aquesta postura actuen en defensa de l'herència; ja que segons el sistema romà que informa la successió per causa de mort en el dret civil català el desheretament no repercuteix en benefici dels altres legitimaris, sinó en benefici de l'herència, ja que l'hereu no resulta obligat a pagar la llegítima del justament desheretat, és a dir allibera l'herència del gravamen legal que suposa la llegítima, segons resulta de l'article 376.II del Codi de successions. I si això és així, una actuació que té per finalitat alliberar l'herència del gravamen que suposa la llegítima, del pagament de la qual en respon personalment l'hereu segons l'article 366.I del Codi de successions, suposa una actuació que va més enllà dels actes de conservació, vigilància i administració dels béns hereditaris, únics que pot realitzar el cridat a l'herència sense que impliquin acceptació, la qual, d'acord amb l'article 19.II del Codi de successions, suposa la realització d'actes realitzats per una persona que ha assumit de forma tàcita la condició d'hereu, perquè es tracta d'uns actes que objectivament pressuposen adquisició de l'herència en atenció a la seva transcendència. Raonaments que porten a considerar que quan l'article 372.I del Codi de successions confereix a l'hereu legitimació passiva per tal que es mantingui el desheretament impugnat pel legitimari, el precepte es refereix no al cridat a succeir, sinó a la persona que ja ha esdevingut hereva per haver acceptat l'herència. Afirmació que no contradia la tesi dels defenents i ara recorreguts de no haver acceptat les herències paterna i materna, encara que es reserven el dret d'acceptar-les en un moment posterior si ho consideren escaient; perquè de l'article 19.I del Codi de successions en resulta que en l'acceptació tàcita no s'investiga si el cridat ha tingut o no una voluntat d'acceptar, sinó, i com diu el precepte, si ha realitzat o no actes que sols pot realitzar a títol d'hereu, cosa que porta a la conseqüència de no reconèixer eficàcia a una manifestació de voluntat contrària de no haver adquirit l'herència, si aquesta voluntat contradia actes realitzats pel cridat a títol d'hereu.

**Vuitè.** De totes aquestes consideracions en resulta que s'ha de revocar la sentència recorreguda que estima l'excepció de manca de legitimació passiva al·legada pels defenents i, per tant, hem de declarar que la relació jurídica processal s'ha establert de forma correcta com a conseqüència d'haver acceptat els defenents de forma tàcita les herències dels seus pares.

L'estimació del recurs determina també que per no haver-se provat l'existència dels fets en els quals es fonamenta el desheretament, aquest s'ha de qualificar de desheretament injust segons l'article 368.II del Codi de successions, que legitima els fills injustament desheretats per a reclamar els seus drets legítims enfront dels hereus de les herències paterna i materna. Ja que si bé és cert que en la clàusula que ha originat el litigi els pares manifesten que no ordenen cap llegat a favor dels seus fills que han estat part agent en el litigi perquè ja han percebut amb escreix els seus drets legítims, els agents neguen haver percebut els drets de llegítima paterna i materna, i com que el desheretament s'ha qualificat d'injust, conserven els seus drets legítims que podran reclamar eventualment en un litigi posterior, en el qual escaurà discutir si els agents van percebre o no en vida dels progenitors els seus drets legítims i si les atribucions percebudes són o no imputables a les llegítimes paterna i materna, així com la determinació quantitativa dels seus drets legítims.

Una darrera precisió que cal fer, és amb referència a la interpretació que proposa la part recorreguda de la clàusula que ha originat el litigi, en la part que estableix que pel supòsit que els fills que han estat part agent en el litigi reclamin drets en les herències paterna i materna, els deshereta expressament. Segons la part defenent la clàusula fa referència a qualsevol altre dret hereditari que puguin reclamar els agents amb independència de les seves llegítimes, perquè aquestes ja les han percebudes en vida dels seus progenitors. Interpretació que no es pot admetre. En primer lloc perquè no s'ha acreditat que els agents ja hagin percebut en vida dels seus progenitors les llegítimes paterna i materna. I en segon lloc perquè els testadors de forma clara precisen que si els fills esmentats reclamen drets en les herències paterna i materna, els deshereten de forma expressa, i com que el desheretament comporta privar de la llegítima segons l'article 268.I del Codi de successions, sembla prou clar que els testadors es refereixen precisament al supòsit que els fills reclamin la llegítima, ja que amb referència a qualsevol altre dret hereditari no té cap sentit el desheretament, paraula que hem d'entendre que apareix a les disposicions testamentàries en un sentit tècnic, com resulta de fets tan significatius com són que els testaments fossin autoritzats per un notari i l'acreditada formació jurídica del pare, recorreguda per ambdues parts litigants. Que des d'aquesta perspectiva determina també que no s'hagi de conferir eficàcia al desheretament, ja que es tractaria d'un desheretament condicional establert per al cas que els fills reclamessin drets en les herències paterna i materna; i d'acord amb la tradició jurídica catalana, d'una importància significativa a l'hora d'interpretar el dret vigent segons l'article 1.II de la Compilació del dret civil de Catalunya, el desheretament no es pot sotmetre a condició segons el Digest 28.2.3.1, i així resulta també de l'article 368.II del Codi de successions quan precisa que la causa en la qual es fonamenti el desheretament ha d'ésser certa.

**Novè.** Els raonaments anteriors determinen la desestimació del recurs extraordinari per infracció processal i l'estimació del recurs de cassació, circumstància per la qual no és procedent fer una condemna expressa en costes, segons preveuen els articles 394 i 398 de la Llei d'enjudiciament, i que tampoc és procedent fer una condemna en costes amb referència a les instàncies inferiors, ateses les complexitats i els dubtes legals que ha presentat la qüestió litigiosa, les quals seran pagades per meitat les comunes i cada part haurà d'abonar les produïdes a instància seva.

Vistes les disposicions legals esmentades i les concordants d'aplicació, per tot el que s'ha exposat



## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decidim que hem de desestimar el recurs extraordinari per infracció processal i hem d'estimar el recurs de cassació que ha interposat la procuradora dels tribunals senyora Maria Àngels Vila i Reyner, que actua en nom i representació de la senyora Esperança Q. i O. i del senyor Alfons Q. i O., contra la Sentència que va dictar en grau d'apel·lació la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona el dia 29 de maig de 2002 en el rotlle d'apel·lació 155/2002; i en conseqüència revoquem la sentència esmentada en el sentit de desestimar l'excepció de manca de legitimació passiva dels defenents i declarem la inexistència de la causa de desheretament que s'imputava als agents; sense fer una condemna expressa en costes en el recurs de cassació ni en les instàncies inferiors.

Notifiqueu aquesta resolució a les representacions processals de la part recurrent i de la part recorreguda.

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

739  
**SENTÈNCIA DE 28 D'ABRIL DE 2003**  
*Carles F.B. / Josep B.T. i altres*

**Emfiteusi: naturalesa jurídica. Emfiteusi: necessitat de la pensió i el seu abast. Divisió del cens emfiteutic: obligatorietat de la divisió i les seves limitacions en relació amb els censos sense pensió. Contracte: interpretació.**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist el recurs de cassació núm. 14/2003 contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotllo 535/2002, com a conseqüència de les actuacions de judici de cognició núm. 2/2001 seguides davant el Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Terrassa. Els Srs. Josep, Joan i M. Rosa B. T. han interposat aquest recurs representats pel procurador Sr. Àngel Joaniquet Ibarz i defensats pel lletrat Sr. Àngel Bigorra González. És part contra la qual es recorre el Sr. Carlos F. B., representat pel procurador Sr. Juan E. Dalmau Piza i defensat pel lletrat Sr. Domènec Argemí i Madurell.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. Montserrat Puig Alsina, que va actuar en nom i representació del Sr. Carlos F. B., va formular demanda de judici de cognició núm. 2/2001 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Terrassa. Seguida la tramitació legal, el jutjat indicat va dictar sentència amb data 5 de febrer de 2002, la part dispositiva de la qual diu el següent:

“Amb estimació de la demanda de la procuradora Montserrat Puig Alsina, en representació de Carlos F. B.,

“1) Condemno els hereus de Luis B. X. a consentir la redempció del domini directe que grava la finca de la descripció registral següent:

‘Urbana: casa compuesta de planta baja, un altillo y cubierta de tejado, teniendo un cuerpo de edificio en la parte posterior, en la que existe la cocina y el excusado, sita en la calle XXX de esta ciudad, señalada con el número XX, que ocupa en junto, con una superficie de ciento cincuenta y cuatro metros cuadrados. LINDA: por su frente, Norte, con dicha calle, por su izquierda entrando, Este, con la casa número XX de Gertrudis X. B.; por la derecha, con la XX de Vicente A. P.; y por su espalda, con Miguel B. F.’

I és inscrita al Registre de la Propietat núm. 3 de Terrassa, al tom XXX, llibre XXX de la secció primera de Terrassa, folis XXX girat, XXX i XXX girat, com a finca núm. XXXX.

I, com a conseqüència d'això,

“2) Condemno els mateixos hereus a concórrer amb Carlos F. B. a l'atorgament d'una escriptura de redempció d'aquest dit domini directe,

“3) I a pagar com a preu de la redempció la suma de 3.557,99 ? (tres mil cinc-cents cinquanta-set euros, amb noranta-nou cèntims d'euro),

“4) Sense condemnar cap de les parts a costes.”

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i que es va substanciar a la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 7 de novembre de 2002, amb la següent part dispositiva: “Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Josep, Joan y María Rosa B. T. contra la sentencia dictada en fecha 5 de febrero pasado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Terrassa en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso”.

**Tercer.** Contra aquesta sentència, el procurador dels tribunals Sr. Àngel Joaniquet Ibarz, en nom i representació dels Srs. B. T., va interposar aquest recurs de cassació. Per mitjà d'una provisió de 17 de febrer de 2003 es va admetre el recurs de cassació, el qual, de conformitat amb l'art. 485 LEC, es traslladà per vint dies a la part recorreguda perquè formalitzés un escrit d'oposició; un cop efectuat, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 7 d'abril de 2003 a les 10.30 hores del matí, la qual va tenir lloc.

Ha estat designat ponent el magistrat Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 16) de 7 de novembre de 2002 desestima el recurs d'apel·lació interposat per la representació dels germans Srs. Josep, Joan i Maria Rosa B. T. i confirma la del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 4 de Terrassa, de 5 de febrer de 2002, per la qual es condemnava els hereus del Sr. Luis B. X. a consentir la redempció del domini directe que gravava determinada finca i a pagar com a preu de tal redempció la suma de 3.557,99 euros.

Per a la resolució del recurs cal tenir en compte el següent:

a) La finca de referència fou segregada el 9 de gener de 1925 de la finca registral núm. 6255, la qual, al seu torn i el mateix dia, fou segregada de la finca núm. 1629. Sobre ella pesava un cens amb domini directe per raó de l'esmentada procedència. El 17 de març de 1950 es redimí tal domini directe. L'operació es troba perfectament descrita en la sentència recorreguda: “al estar en indivisión, el censatario que redimió el censo en 1950 tuvo que abonar la totalidad de las pensiones que se debieran y la totalidad del capital. En esto, la indivisión benefició a los censatarios de las fincas segregadas, que se encontraron con la extinción de estos pagos, bien que irrisorios. Lo que no hizo el censatario del resto de la finca matriz es pagar la totalidad de los derechos dominicales correspondientes a lo que había sido la finca matriz, porque implica bastante dinero y no tenía por qué hacerlo en soli-

tario. Por eso extinguió los derechos dominicales de su porción y eso es lo que se declaró extinguido en aquella escritura ('redime y absuelve el dominio directo que afecta al resto de la finca reseñada'). No se redimió entonces el dominio directo por lo que afecta a las fincas segregadas y, en particular, nunca se ha redimido el derecho dominical de la finca de los demandados".

b) Sobre aquesta realitat històrica projecta el recurrent la seva censura jurídica mitjançant un únic motiu de recurs en el qual denuncia la infracció de l'art. 1281 del Codi civil, en relació amb l'art. 22 de la Llei de 31 de desembre de 1945, sobre inscripció, divisió i redempció de censos a Catalunya.

S'ha d'aclarir, doncs, que si bé el censatari sol·licità en l'apel·lació que es declarés l'extinció del cens "por carecer de pensión, por indivisión y por prescripción", en el present recurs no efectua el menor esment a la prescripció, raó per la qual la crítica jurídica queda circumscrita als dos primers aspectes. Clarament diu el recurrent que "el artículo invocado como infringido y motivo de este recurso es el 22 de la Ley de 31 de diciembre de 1945 [es diu, per simple error material, aquest numeral en lloc de l'ordinal correcte, o sigui el 23], vigente en la fecha de otorgamiento de la citada escritura, que decía 'la redención deberá comprender necesariamente la pensión y los demás derechos inherentes al censo, incluso los llamados dominicales. No obstante podrá efectuarse la redención de parte de la pensión'".

Entorn d'aquest únic precepte invocat com a infringit, el recurrent efectua manifestacions com ara que "de la lectura de dicha escritura conviene este recurrente que la redención del censo fue total (...) no sólo porque así se declara en el texto de dicha escritura, sino también por no determinarse la parte proporcional no redimida"; que "de la lectura de la citada escritura de redención, antecedente III, resulta que, pagada la pensión total de la finca, el censalista declaró 'la redención total del censo y en la luición del dominio este último por lo que respecta al resto de finca descrito'; si el pago fue total, el censo está extinguido"; que "este recurrente sostiene que si sobre las fincas segregadas anteriores se extingue la pensión y, en su caso, sólo les afecta el laudemio, lo cierto es que las condiciones del censo se modificaron a partir de aquella escritura y debía de cumplirse las previsiones de inscripción, art. 40 de la ya vigente Ley de 31-12-1945, en relación al art. 5.c de la misma, por lo que, al no hacerse la división, el censo modificado debe declararse extinguido, para la finca de mi representado y para todas aquellas que traigan causa de aquélla" i, en fi, que "la sentencia impugnada, en cuanto declara que la división es imposible, está en contradicción con la de 19 de enero de 2000 y contradice el art. 40 de la Ley de 1945, que establece la obligatoriedad de la división cuando se refiere a laudemio".

c) Aquestes manifestacions del recurrent poden reordenar-se i simplificar-se al voltant de les qüestions jurídiques següents:

1a) Interpretació de l'escriptura de redempció del cens de 17 de març del 1950 i del seu contingut i abast

2a) Possibilitat o no de l'existència de censos sense pensió

3a) Abast de l'imperatiu legal de divisió dels censos

Sobre aquestes qüestions, estrictament jurídiques i de caràcter general, no existeix jurisprudència d'aquest Tribunal. A més a més, es produeix la circumstància que dues seccions de la mateixa Audiència Provincial de Barcelona (la núm. 17 en la Sentència de 19 de gener de 2000 i la núm. 16 en la que ara es recorre, de 7 de novembre de 2002) s'han pronunciat davant idèntica casuística (fins al punt de referir-se a la mateixa finca) en sentit diametralment oposat. En la primerament indicada s'afirma que "resulta de ello que el censo referido

que gravaba la totalidad de la finca matriz se hizo constar como subsistente en la porción segregada que fue adquirida por el padre del actor en 1930, no fue objeto de la preceptiva división que imponía la Ley de 1945 y en el resto de la finca matriz que seguía perteneciendo a los vendedores fue objeto de redención y cancelado totalmente... Si esta cancelación fue total, como dice la certificación registral, pudo y debió llevarse constancia de ello a la porción segregada". Aquesta mateix resolució havia dit també, en contrast amb la que ara es recorre, que "no existe esta figura jurídica [es refereix a la de cens sense pensió] por cuanto la pensión es esencial a la enfiteusis (...) ya la Ley de 1945 exigía que en toda inscripción de censo se hiciera constar en el Registro la pensión a pagar por el enfiteuta, exigiéndose también, caso de segregación o división, que se procediera a la división del gravamen entre las fincas resultantes (...) y en la Ley 6/1990 se dice que 'la pensión o prestación periódica constituye el contenido esencial del censo'".

En aquesta tesiura, cal palesar el respecte que a aquest Tribunal mereixen ambdós criteris dels referits òrgans judicials, prou defensables cadascun d'ells malgrat la seva radical antinòmia.

#### **Segon.** Interpretació de l'escriptura de redempció de cens de 17 de maig del 1950

D'entrada, s'ha de significar que és reiterada la jurisprudència segons la qual "la interpretación de los contratos es función privativa del Tribunal de Instancia, cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido y respetado en casación, a no ser que el mismo llegue a conclusiones ilógicas, desorbitadas, erróneas o conculcadoras de un precepto legal" (S. del T.S. de 23 de noviembre de 1992, per totes).

Aquest Tribunal s'ha de manifestar, doncs, no sobre la interpretació que donaria a l'escriptura controvertida (ja que un pronunciament semblant violentaria els límits naturals de la cassació), sinó sobre si la de la sentència recorreguda és absurda, arbitrària o contrària a norma valorativa de la prova.

I respecte d'això, i encara que la interpretació de l'Audiència Provincial podria no ser l'única possible, tampoc ho és menys que està molt lluny d'acusar alguns dels indicats defectes, ja que, malgrat que la redacció del document de 17 de març de 1950 no fou precisament reeixida, el que resulta evident és la voluntat dels atorgants de distingir, per una banda, entre la finca objecte del negoci jurídic i la resta de la finca mare i, per l'altra, entre el "censo" i la "luición del dominio", aquest darrer pel que fa al "resto de la finca descrito", expressió que es va repetint constantment i que no tindria cap explicació si la voluntat dels atorgants hagués estat la d'extingir i cancel·lar tots els drets del cens en totes les finques afectades per la dita càrrega real. L'escriptura, en efecte, insisteix que el censalista "redime y absuelve en su integridad el repetido censo en su totalidad y el dominio directo por lo que afecta al resto de la finca reseñado, los que en el menester cede al Señor M., que consolida en sí, desde ahora, el pleno dominio del descrito resto de la finca" i que "ambas partes convienen en la redención del total censo y en la luición del dominio este último por lo que respecta al resto de la finca descrito". Doncs bé; aquesta tan utilitzada expressió "resto de la finca descrito" va referida inequívocament a la superfície que assenyala l'escriptura de redempció de 1950 i significa també que totes les segregacions anteriors a aquesta data resten gravades pel repetit domini directe o cens sense pensió; possibilitat jurídica plausible com s'analitza tot seguit.

#### **Tercer.** Possibilitat de l'existència de censos sense pensió

Encara que la doctrina, des d'una visió eminentment historicista i de configuració romana de la institució, havia conceput el cens com un supòsit de domini dividit, és obvia l'evolució de la institució i la seva actual condició de residual d'un fenomen medieval, de tal manera que l'actual regulació de l'emfiteusi (Llei 6/1990) qualifica el cens de simple càrrega real que grava la propietat de l'antic emfiteuta o vassall. Per això, ni històricament ni en la actualitat fou o esdevindria intel·ligible la constitució d'un cens sense pensió. Tan inherent va la pensió al cens (no cal oblidar que històricament s'identificava el nom de *cens* amb el de *pensió*) que ja en la Llei 1a del títol *Si ager vectigalis, id est emphyreuticarius petatur* es fa esment de la pensió o *cens* com d'una condició de possibilitat de l'emfiteusi. També FONTANELLA deia de la pensió que "*est de necessitate et essentia emphyteusis, alias ipse consistere non potest*". Tanmateix, BROCCÀ i AMELL també es referien al cànon com a element substancial a la emfiteusi. ALMEDA-TRIAS en el seu avantprojecte d'*Apéndice del derecho catalán al Código civil*, ja postulaven (art. 382) la necessitat de consignar-se la pensió censal en constituir-se l'emfiteusi, sota pena de nul·litat. En el mateix sentit s'expressen BORRELL Y SOLER i PELLA I FORGAS (aquest darrer, per exemple, deia que no era lícit a l'emfiteuta deixar de satisfer el cànon per compensació, ja que no es tractava pròpiament de pagar un deute a un creditor, sinó de reconèixer en favor del senyor directe el seu domini). En definitiva, la trajectòria de la institució ha estat inequívoca, fins a arribar a l'art. 7.1 de l'actual Llei de censos, que ja dóna per sobreentesa l'existència de cànon en referir-se al cens i "la pensió que implica", de tal manera que, tal com estableix l'art. 8.1 de la Llei, "la pensió o prestació periòdica constitueix el contingut essencial del dret de cens"; és més, per tal com el mateix numeral disposa que la finca respon del pagament de les pensions vençudes i no satisfetes, gairebé podria evocar-se un dret obligacional amb garantia real.

Ara bé, en l'exposició de motius de la Llei de 31 de desembre de 1945 es pot llegir que "aunque *de iure* no pueden existir censos sin pensión, como *de facto* existen algunos, se permite practicar posteriores inscripciones de censos sin pensión inscritos con anterioridad a esta Ley", que és precisament el que s'esdevé en el cas.

En efecte, comentant aquesta Llei del 1945, ha assenyalat la doctrina que "en Cataluña el valor de tal requisito [la pensió, cànon o *cens*] no ha sido tan acusadamente relevante más que en el momento inicial de creación del establecimiento, de nacimiento del censo. No se concibe, en efecto, que pueda *nacer* un censo enfiteútico si en la escritura de establecimiento no se consigna una pensión: pero, contrariamente a lo que en el derecho de Castilla acontece y como consecuencia de la reserva que del dominio suele hacerse por el establecimiento, cabe en lo posible que redima o desaparezca la pensión posteriormente, quedando subsistente el establecimiento en razón de los dominios reservados por el establecimiento o por los subestabilientes posteriores. Así opinaron PLA I DANIEL y FAUS, y su opinión parece compartida por BORRELL. Y así se deduce de las razones que en la exposición de motivos se consignan para fundamentar las normas de los arts. 23 y 24... En cuanto a los censos sin pensión cuya existencia constare al promulgarse esta Ley en el Registro de la Propiedad, el párrafo 2º del artículo que glosamos (...) por respeto a la situación anterior consiente que se inscriban en el Registro aquellos que, con anterioridad a la Ley, figurasen también inscritos en los libros registrales". Altres autors afegixen també que "una cosa es que no pueda constituirse la enfiteusis sin estipular una pensión a favor del censalista y otra que, constituida la enfiteusis con la correspondiente pensión, ésta después se extinga. Conforme al derecho vigente creemos que esta posibilidad no puede darse, pero sí que era factible bajo la legali-

dad anterior, en la que era posible la redención de la pensión, si bien dejando subsistentes los demás derechos a favor del censalista”, havent comentat també ROCA SASTRE que “en la práctica se encuentran casos en que el dominio directo aparece inscrito únicamente en cuanto al laudemio, principalmente a consecuencia de haberse redimido tan sólo la pensión”.

Atès que aquest és el cas del qual es tracta i que resulta aplicable la referida Llei especial de 1945, s’ha de concloure, doncs, que, per via d’excepció, com a fenomen purament residual i en els molts limitats terme expressats, continuen essent possibles actualment expressions jurídiques tan anòmales com la de *vigència d’un cens sense pensió*.

#### **Quart.** Obligatorietat de divisió del cens

L’obligatorietat de la divisió resulta, amb caràcter general, inqüestionable. Així ho disposa amb rotunditat la Llei 6/1990 i el mateix preveia la de 31 de desembre de 1945 i la de 26 de desembre de 1957. Més en concret, la Llei ara vigent disposa (disposició transitòria primera) que “transcorreguts tres anys de l’entrada en vigor d’aquesta Llei, tots els censos, de qualsevol classe que siguin, que, afectant diverses finques, no hagin estat objecte de divisió entre aquestes, resten extingits i poden ser cancel·lats a petició del censatari, segons les disposicions de la Llei hipotecària”.

Ara bé, la millor doctrina ha significat també que “aquesta norma no afectarà, però, aquells censos sense pensió que, com a residu de la legislació anterior a la Llei de 1945, es poden trobar encara inscrits al Registre de la Propietat, perquè, si l’objectiu de la divisió dels cens és distribuir la pensió entre les diverses finques resultants de la divisió material de la finca gravada, la distribució no és òbviament possible”.

I això és precisament el que va ocórrer en el cas, ja que l’avantpassat causant dels recurrents adquirí per compravenda la finca litigiosa, o sigui, la registral núm. 6263 l’any 1960, pagant el corresponent lluïsm (inscripció 5a i nota marginal). Fins a l’any 1950, és a dir, molt abans de l’esmentada compravenda existia una finca (la registral núm. 1629, de la qual nasqué la registral 6255, de la qual, al seu torn, nasqué la dels ara recurrents, finca núm. 6263), gravada, en forma indivisa amb les altres segregacions fetes i amb la finca mare, amb la pensió i amb els restants drets dominicals. En redimir-se l’any 1950 la pensió en tota la finca i els drets dominicals només en una part que no afectava la finca dels ara recurrents, aquesta darrera seguí arrossegant la càrrega inherent al domini directe sense cànon, a un “cens sense pensió”. Per tant i, contràriament a allò que raona la recurrent, no sorgí cap dret *ex novo*, sinó que simplement continuà, encara que només referit als anomenats *drets dominicals* (bàsicament, lluïsm i fadiga), el mateix cens, si bé reduït per tal com s’extingí el dret de cobrar la pensió. I és evident que, després de 1950 (data en la qual encara no havien transcorregut els cinc anys que per a la divisió atorgava la Llei de 31 de desembre de 1945) no es podia procedir a la divisió a què obligava la dita Llei perquè ja no hi havia res per dividir, ja no hi havia cap pensió per distribuir entre les finques que suportaven l’emfiteusi. Molt bé ho expressa la sentència combatuda quan assenyala que “ni el demandante ha percibido nunca la compensación por los derechos dominicales respecto de esta porción segregada ni es razonable concluir tal extinción como consecuencia de la división forzosa impuesta por la Ley de 1990 a una situación que ya no era factible dividir”; raonament compartit per la Sala, que no detecta, en conseqüència, cap de les infraccions denunciades, cosa que comporta la claudicació del recurs.

**Cinquè.** Pel que fa a les costes d'aquesta alçada, el Tribunal, fent ús de la facultat que li atorga l'art. 394 de la Llei d'enjudiciament civil, declara que cada part aboni les causades a instància seva i les comunes per meitat, ja que el cas, com amb encert també apreciaren tant la sentència de primera instància com la de l'Audiència Provincial, presentava seriosos dubtes de dret.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix que desestima el recurs de cassació interposat per la representació dels Srs. Josep, Joan i Maria B. T. contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 16a) de 7 de novembre de 2002, en el rotlle d'apel·lació núm. 535/2002, derivat del judici de cognició núm. 2/2001 del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 4 de Terrassa, sense imposició de les costes d'aquesta alçada a cap litigant.



740  
**INTERLOCUTÒRIA DE 28 D'ABRIL DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia. Recurs de cassació: requisits de l'escrit de preparació del recurs**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTEDECENTS DE FET**

**Únic.** El procurador dels tribunals Sr. Daniel Font Berkhemer, en nom i representació de P. M., SA, va interposar recurs de queixa contra la Interlocutòria de 19 de març de 2003 que desestima el recurs de reposició interposat contra la de data 30 de gener de 2003 en què no es té per preparat recurs de cassació contra la Sentència dictada el 5 de desembre de 2002 per la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació 871/2002. Per provisió de 24 d'abril passat es van passar les actuacions al magistrat ponent per a resoldre l'esmentat recurs.

Ha estat ponent el magistrat d'aquesta Sala l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Contra la Interlocutòria de l'A.P. de Barcelona (Secció 17) de 19 de març passat confirmatòria de la del 30 de gener anterior per la qual es denegava a la representació de P. M., SA, tenir per preparat recurs de cassació contra la Sentència de l'esmentat Tribunal de 5 de desembre de 2002, es formula el present recurs de queixa, respecte al qual convé ponderar el següent:

a) La raó per la qual es refusa tenir per preparat el recurs de cassació esmentat és doble:

1r) Per una banda, l'Audiència Provincial, invocant determinada doctrina del Tribunal Suprem sobre el caràcter exclouent dels supòsits habilitadors de la cassació recollits en l'art. 477.2 de la nova LEC i al·ludint al fet que el núm. 2.2 d'aquest numeral només va referit als assumptes tramitats per raó de la quantia, a diferència de l'apartat 3r, que és el destinat als substanciats per raó de la matèria, conclou que no es pot recórrer contra la sentència que es pretén combatre perquè "cuando, como en el caso de autos, el juicio se ha seguido por razón de la cuantía (...) solamente seran susceptibles de recurso de interés

casacional las sentencias recaídas en juicio ordinario cuya cuantía sea superior a 25 millones de pesetas, quedando excluidas las dictadas en juicios de cuantía inferior, indeterminada o inestimable”, per la qual cosa, ”siendo la cuantía del presente juicio muy inferior a dicha cantidad, no ha lugar a tener por preparado el recurso” (Interlocutòria de 30 de gener de 2003). I s’hi afegeix que “al diferenciar los supuestos de recurribilidad y configurarlos con el reiterado carácter excluyente, en absoluto contradice la Ley 1/2000, de 7 de enero, ni fija pautas ilógicas ni arbitrarias, sino que ha establecido un criterio que es plenamente acorde con el que el propio legislador plasmó en la exposición de motivos” (Interlocutòria de 19-3-2003).

2n) Per altra banda, la Resolució combatuda rebutja tenir per preparada la cassació també perquè “invocándose interés casacional, la parte se limita a enumerar una serie de sentencias, faltando en todo caso esa exposición sucinta de la contradicción indispensable para que el recurso pueda estimarse bien preparado, al ser ésta una carga de la recurrente que no puede ser suplida por el órgano judicial” (Interlocutòria de 30-1-2003) i considerant, en fi, que “la escueta cita de las sentencias que hace el recurrente, que se limita a consignar el tribunal que las dictó y las fechas [respecte a les resolucions pretesament contradictòries, és clar], es evidente que no responde a estos criterios” (els de la doctrina del Tribunal Suprem que es ressenya).

b) Això considerat, també s’ha de pronunciar aquesta Sala separadament i en el següent sentit:

1r) Pel que fa a la primera crítica jurídica, la queixa que es formula hauria estat acollida, atès que aquest Tribunal ja ha dit (per totes, Interlocutòria de 18 d’abril de 2002) que “és un principi de dret ininterrompudament aplicat per la jurisprudència que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (Sentència del Tribunal Suprem de 12 de gener de 1884 seguida per les d’11 de març de 1885, 27 de febrer de 1909, 31 de maig de 1949, 13 de maig de 1950, 11 de maig de 1964, 12 d’abril de 1988, 2 d’abril de 1990, 22 de febrer de 1993, 31 de desembre de 1994, etc.); i (...) l’Audiència, en interpretar el núm. 3r esmentat, fa unes distincions entre els processos substanciat per raó de la matèria o els especials, i els tramitats per raó de la quantia, que aquell precepte no fa; i per tal com no existeix justificació legal per donar-hi suport, caldrà entendre que l’Audiència ha distorsionat aquell precepte i la voluntat del legislador pel que fa a la interpretació de les sentències que són susceptibles de ser impugnades en cassació (...) En efecte, el núm. 2n de l’art. 477.2 diu que són susceptibles de ser recorregudes en cassació per la seva via les sentències dictades en segona instància per les audiències ‘quan la quantia de l’afer excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes’, sense fer cap mena de distinció de procediments (ni dels substanciat per raó de la matèria, els especials, o els tramitats per raó de la quantia); per la qual cosa escau concloure, sense més additaments, que qualsevulla que hagi estat el procediment que s’hagi seguit i la classe de procés que s’hagi emprat, si la quantia de l’afer ultrapassa els 25.000.000 de peses. el recurs de cassació per aquesta via del núm. 2n s’haurà d’admetre; i s’haurà d’admetre per la via del núm. 3r ‘quan la resolució del recurs presenti interès casacional’, i en presentarà si concorre algun dels quatre supòsits de l’apartat 3 de l’art. 477 qualsevulla que sigui la quantia de l’afer i la classe de procediment emprat, ja que segons el núm. 3r de l’art. 477.2, l’únic que cal és que la resolució del recurs presenti interès cassacional”.

En el cas, és evident que la transcrita doctrina esdevindria aplicable, circumstància que comportaria l’èxit del present recurs de queixa.

2n) Ocorre, però, que la interlocutòria combatuda acumula a aquesta primera causa d'inadmissió del recurs, una segona consistent en el ja esmentat defecte legal inescapable en la seva preparació.

Respecte d'això, el recurrent en queixa addueix, literalment, que “en cuanto a la falta de argumentación y razonamiento en relación a las sentencias señaladas como contradictorias, alegada por la resolución que se recurre, manifestar que el art. 479.4 de la LEC no dice nada de lo expresado en dicha resolución en cuanto a una exposición amplia del contenido de las sentencias que se aleguen como contraposición jurisprudencial, sino que únicamente habla de sentencias contradictorias”.

**Segon.** Aquestes alegacions del recurrent resulten inexactes perquè la Resolució combatuda no ha exigít, per tenir per ben preparada la cassació, cap mena d'exposició àmplia de les sentències que es diuen contradictòries. Si així hagués estat, també hauria resultat viable aquesta segona censura jurídica, ja que, efectivament, no seria raonable un rigor semblant per a aquesta fase de simple preparació del recurs. Sí, en canvi, que esdevé imprescindible que, com ha repetit aquesta Sala des de la Interlocutòria de 30 d'abril de 2001, assumint — ara sí— la doctrina del T.S. sobre aquest particular, la part recurrent “argumenti de quina forma, quan o en quin sentit la sentència d'apel·lació ha vulnerat la doctrina jurisprudencial (...), requisit que té una justificació evident, ja que sols en aquest supòsit l'Audiència Provincial pot examinar, si escau, la revocabilitat que s'invoca i decidir sobre la preparació del recurs, segons preveu l'art. 479.4 de la LEC" (per totes, Interlocutòria de 9 de maig de 2002), tenint present que també ha dit aquest Tribunal que no s'ha de confondre una argumentació exhaustiva —òbviamment mai exigible en el tràmit de preparació del recurs— amb l'absència total i absoluta de la menor exposició indicativa de l'existència d'alguna contradicció jurisprudencial, per a la qual cosa, és a dir per al compliment del requisit, resulta suficient una simple ressenya, per mínima que sigui, sobre la contradicció jurisprudencial invocada en els termes indicats, fenomen que no s'ha produït en el cas.

Tot això mena, doncs, a la confirmació de la Resolució combatuda, si bé només parcialment quant a la seva fonamentació jurídica

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de queixa interposat per la representació de P. M., SA, contra la Interlocutòria de data 19 de març de 2003 dictada per la Secció 17 de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 871/2002 i confirmar tal resolució en els termes esmentats, sense imposició de costes.

Trameteu al president de la Secció esmentada la certificació corresponent, juntament amb les actuacions originals.

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

741  
**INTERLOCUTÒRIA DE 28 D'ABRIL DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte.

Els escrits anteriors dels procuradors Srs. Bach Ferre i Anzizu Furest, uniu-los a les actuacions i doneu-ne sengles còpies a l'altra part. Es té per evacuat el tràmit que se'ls va atorgar per la provisió de 3 d'abril de 2003; i

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** Per una provisió de 3 d'abril passat, la Sala va acordar posar de manifest a les parts personades les possibles causes d'inadmissió d'aquest recurs de cassació per tal que en el termini de 10 dies poguessin formular les al·legacions que estimessin adients.

**Segon.** En el termini esmentat ambdues parts han presentat l'escrit respectiu. El recurrent demana l'admissió del recurs i l'altra part la seva inadmissió.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Quan es pretén recórrer contra una sentència a l'empara del núm. 3r de l'apartat 2 de l'art. 477 de la Llei d'enjudiciament civil, l'escrit de preparació del recurs ha d'expressar, a més de la infracció legal que es consideri que ha estat comesa, les sentències que posin de manifest la doctrina jurisprudencial o jurisprudència contradictòria en què es basi l'interès cassacional que s'al·legui (art. 479.4 de la Llei processal civil). I en la interpretació i aplicació d'aquest precepte és unànime la jurisprudència del Tribunal Suprem (interlocutòries de 9, 16, 23 i 30 d'abril, 7, 14 i 28 de maig, 4 i 11 de juny de 2002, etc.) i d'aquesta Sala (interlocutòries de 30 d'abril, 21 de maig, 10 de setembre, 4 d'octubre i 15 de novembre de 2001, 3 i 10 de gener, 18 d'abril, 6 de març de 2002, etc.), en què es diu que esdevé indispensable que l'escrit de preparació del recurs exposi la identitat entre el punt de la sentèn-

cia contra la qual es vol recórrer i el de la jurisprudència que s'invoqui com a contradictòria; que s'expliqui on rau el nucli de la contradicció i es raoni com, en què i per què ha estat vulnerada la jurisprudència que s'addueixi com a contradictòria. I hem declarat també que s'incorre en una preparació defectuosa que fa inadmissible el recurs quan es mencionen les sentències que es diuen contradictòries i el seu contingut, però no es raona la vulneració de la seva doctrina per la resolució recorreguda o no es demostra la identitat del supòsit contra el qual es vol recórrer amb el de la jurisprudència que s'invoça.

**Segon.** En aquest cas, l'escrit de preparació del recurs s'empara en el supòsit “previsto en el número 3º del apartado 2, en relación con el apartado 3, del art. 477 de la Ley de enjuiciamiento civil”, i al·lega que la Sentència de la Secció 18ª de l'Audiència Provincial de Barcelona que motiva la preparació del recurs “es susceptible de recurso de casación, pues presenta evidente interés casacional, tanto por su mismo contenido como por la aplicación indebida de los preceptos legales, sin pacífica doctrina jurisprudencial al respecto”; i es limita a continuació a fer una relació de sentències (una d'aquesta Sala, altres del Tribunal Suprem, altres de les seccions 12a i 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, i una última de l'Audiència de Balears) de les quals transcriu el contingut d'una manera fragmentària i sempre sense raonar ni explicar per què i com la sentència contra la qual es vol recórrer vulnera aquella jurisprudència i sense posar de manifest la identitat eventual d'aquest cas amb els resultats en aquella jurisprudència. Identitat que ni s'evidencia ni apareix perquè no es veu que cap d'aquelles sentències hagin resolt un cas com el que ha decidit aquí l'Audiència referent a l'obligatorietat, transcorreguts 16 anys sense haver canviat les circumstàncies, de mantenir subsistent un pacte establert voluntàriament en un conveni regulador homologat judicialment en una sentència de divorci en què es va atribuir amb caràcter indefinit a un dels consorts la vivenda propietat d'ambdós que va ser el domicili conjugal. L'escrit de preparació no expressa tampoc la infracció legal que considera comesa (amb infracció del núm. 4 de l'art. 479 de la Llei d'enjudiciament civil) i el d'interposició no compleix el requisit del 481.2 (acompanyar el text de les sentències que s'addueixen com a fonament de l'interès cassacional).

Les raons anteriors porten a la inadmissió del recurs de cassació segons allò que determinen l'art. 483.2.1r, 2n i 3r de la Llei d'enjudiciament civil, sense que l'escrit del recurrent del dia 16 del mes en curs hagi pogut esmenar els defectes acusats, ja que la jurisprudència del Tribunal Suprem que invoca no fa referència al supòsit de conveni voluntari dels cònjuges homologat per sentència —a què es refereix la sentència objecte d'aquestes actuacions (art. 83.1 del Codi de família de Catalunya i paràgraf primer de l'art. 96 del Codi civil); no s'al·lega que hi hagi jurisprudència contradictòria de les audiències provincials (tota la que s'al·lega és coincident entre ella), i la Sentència d'aquesta Sala que s'esmenta considera també un supòsit ben diferent a l'actual; raons per les quals escau declarar la inadmissibilitat d'aquest recurs de cassació.

**Tercer.** Les costes que s'han produït s'han d'imposar al recurrent.

Consegüentment, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, d'acord amb l'art. 483.4 de la Llei d'enjudiciament civil, ha decidit:

### **PART DISPOSITIVA**

Declarar la inadmissió d'aquest recurs de cassació i la fermesa de la sentència que n'era objecte. S'imposen al recurrent les costes del recurs.

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

742  
**SENTÈNCIA DE 5 DE MAIG DE 2003**  
*M. del Pilar M.V. / Josep P.M.*

**Pensió compensatòria en les situacions de crisi matrimonial: naturalesa jurídica, criteris per a la fixació del seu import i durada de la pensió**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el recurs extraordinari de cassació interposat per la representació de la Sra. M<sup>a</sup> Pilar M. V. i no personada en aquestes actuacions, contra la Sentència dictada per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Lleida el 13 de desembre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Lleida de 31 de juliol de 2002 en les actuacions de separació contenciosa 117/02. El Sr. Josep P. M., aquí part recorreguda, ha estat representat davant aquesta Sala pel procurador Sr. Santiago Puig de la Bellacasa i Vandellós i defensat pel lletrat Sr. Carles Alaman Badia.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de la Sra. M<sup>a</sup> Pilar M. V. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència dictada en data 13 de desembre de 2002 per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Lleida en el seu rotlle d'apel·lació núm. 101/02, que en la seva part dispositiva deia: "Estimem en part el recurs de apel·lació interposat per Josep P. M. i desestimem la impugnació formulada per Maria del Pilar M. V. contra la Sentència de 31 de juliol de 2002 del Jutjat de 1a Instància i Instrucció número 1 de Lleida, que revoquem en l'únic punt de fixar en dos anys la durada màxima de la pensió compensatòria fixada a favor del cònjuge, amb confirmació de la resta de pronunciaments de la dita sentència i sense que escaigui especial condemna a les costes d'aquesta segona instància".

**Segon.** Per Interlocutòria d'aquesta Sala de data 6 de març de 2003 la Sala va decidir admetre el recurs de cassació interposat, al qual ha efectuat oposició la part recorreguda. Posteriorment es va assenyalar dia per a la celebració de la votació i decisió, que es va efectuar el 7 d'abril passat.

Ha estat ponent la magistrada Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Són antecedents de referència obligada per tal de facilitar la comprensió del recurs de cassació que correspon resoldre a aquest Tribunal, els següents:

a) La Sentència de 31 de juliol de 2002 que va resoldre el litigi de què ara es tracta en primera instància, en la seva part dispositiva deia: “Que estimando parcialmente la demanda promovida por el Procurador Sr. Rodrigo en nombre y representación de Dña. M<sup>a</sup> Pilar Moral Vila contra D. Josep Puig Martínez representado por la Procuradora Sra. Moll debo decretar y decreto la separación del matrimonio formado por los litigantes que se celebró el día 3 de septiembre de 1977, con todos los efectos legales inherentes a tal separación y, en particular, los siguientes:

“1. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de la convivencia conyugal.

“2. Quedan revocados los poderes que recíprocamente se hubieran otorgado ambos cónyuges.

“3. Se fija en 250 euros la suma que en concepto de alimentos deberá satisfacer el padre a favor de la hija mayor de edad. Dicha suma se abonará por meses anticipados, los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada por la esposa y será actualizada anualmente con efectos desde el día 1 de agosto de 2003, con arreglo al índice de precios al consumo que fije el INE u organismo que lo sustituya. Las ayudas que la entidad bancaria Ibercaja otorgue para subvencionar los estudios de los hijos de sus empleados serán para la hija sin computarse en la pensión alimenticia.

“4. Se fija en 350 euros la suma que en concepto de pensión compensatoria deberá abonar el Sr. P. a su esposa. Dicha suma se abonará por meses anticipados, los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta designada por la esposa y será actualizada anualmente con efectos desde el día 1 de agosto de 2003, con arreglo al índice de precios al consumo que fije el INE u organismo que lo sustituya.

“5. Se produce la disolución del régimen económico del matrimonio aprobándose la liquidación efectuada por los esposos mediante convenio de 22 de julio de 2002 cuyas cláusulas se dan íntegramente por reproducidas testimoniándose e incorporándose a esta sentencia.

No procede hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales”.

b) Contra l'esmentada decisió, el demandat, que alhora era demandant reconvençional, hi va interposar recurs d'apel·lació, en resolució del qual va ser dictada Sentència en data 13 de desembre de 2002 que ordenava: “Estimem en part el recurs d'apel·lació interposat per Josep P. M. i desestimem la impugnació formulada per Maria del Pilar M. V contra la Sentència de 31 de juliol de 2002 del Jutjat de 1a Instància i Instrucció número 1 de Lleida, que revoquem en l'únic punt de fixar en dos anys la durada màxima de la pensió compensatòria fixada a favor del cònjuge, amb confirmació de la resta de pronunciaments de la dita sentència i sense que escaigui especial condemna a les costes d'aquesta segona instància”.

c) Contra la sentència dictada en segona instància s'alça la demandant senyora Maria del Pilar M. V., que amb empara en l'article 477.3 de la Llei d'enjudiciament civil, addueix que la sentència dictada per l'Audiència presenta interès cassacional, pel fet que sobre la necessitat de fixar un termini en relació amb la pensió compensatòria regulada en l'article 84 del Codi de família no s'ha forjat doctrina jurisprudencial d'aquest Tribunal Superior de



Justícia, pel fet que, en el moment en què es va presentar el recurs de cassació esmentat aquest Tribunal s'havia pronunciat en relació amb el *thema decidendi* únicament en la Sentència de 4 de març de 2002.

En el cos del recurs de cassació la part recurrent mostra la seva disconformitat més radical amb la sentència que combat, la qual, com s'ha avançat, fixa un termini de dos anys per a la pensió compensatòria en una quantia de 350 euros mensuals que la sentència de primera instància havia atorgat en favor de la senyora Maria Pilar M. V. per mor del que disposa l'esmentat article 84 del Codi de família.

En el recurs de cassació es fa esment que, segons entén la recurrent, no concorre cap raó ni teleològica ni sistemàtica per considerar que els òrgans judicials, a l'hora de determinar la pensió compensatòria de l'article 84 del Codi de família, forçosament hagin de fixar apriorísticament la duració temporal de la susdita pensió.

També s'insisteix en el recurs en la circumstància que la necessitat ineludible de fixar *a priori* un termini per a la pensió compensatòria regulada en l'article 84 del Codi de família exigiria als jutges i tribunals una tasca de mera elucubració circumscrita al futur econòmic de la persona afavorida per la pensió compensatòria.

Posa en relleu el recurs que aquesta mateixa Sala, en la Sentència suara esmentada de 4 de març de 2002, feia ressaltar que “no se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar *ex ante* la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la ley ofrece, como veremos, mecanismos suficientes para modular una situación que se fija *rebus sic standibus*”.

Finalment la part que recorre afirma que la hipotètica possibilitat d'establir *a priori* un termini per a la pensió compensatòria de què ara es tracta dependrà de les circumstàncies que concorrin en el cas concret, i per consegüent procedeix a abordar aquestes circumstàncies i ressaltar que es tracta d'un matrimoni de vint-i-cinc anys de duració, que l'esposa que ha de percebre la pensió compensatòria té cinquanta anys i està afectada per una síndrome depressiva, que ha seguit uns cursos de reflexoteràpia i que té uns ingressos de 480,69 euros mensuals.

El recurs al·ludeix al fet que l'espòs percep una remuneració d'uns 2.217,49 euros al mes, per virtut del seu treball que de forma estable desenvolupa en l'entitat bancària Ibercaja.

**Segon.** Amb els precedents anteriors escau ara determinar quin es el substrat fàctic del qual parteix l'Audiència i en el qual justifica la limitació només a un període de dos anys de la pensió compensatòria en favor de l'esposa, que la sentència de primera instància havia fixat de forma indefinida: “El fet que el que fou domicili conjugal ha estat atribuït l'esposa i que aquesta és propietària, ja des d'abans de casar-se, d'un altre pis a Lleida, pel qual percep un lloguer mensual de 401,18 euros, a més que a la mateixa sentència es fixa en favor de la filla comuna del matrimoni una pensió alimentària de 250 euros, sembla que permet considerar aquesta xifra com la quantia adient per a compensar (...). Pel que fa, però, a la seva durada, la Sala ha de valorar les circumstàncies següents: *a*) l'esposa té solament cinquanta anys d'edat, i encara que sembla que pateix un procés depressiu, com també el va patir al seu moment el marit, no consta que li impedeixi, amb caràcter total i permanent, desenvolupar una tasca per compte propi o per compte aliè econòmicament productiva; *b*) l'esposa, que va cessar per interès particular en la feina que llavors exercitava (en aquella data la seva

única filla tenia quatre anys d'edat i per tant ja podia ser escolaritzada) disposa de qualificació professional suficient (llavors era secretària de direcció a la Fira de Lleida), que li pot permetre, encara que probablement després d'un reciclatge, obtenir alguna feina de tipus administratiu; c) durant el temps que ha dedicat a les tasques de la llar, ha cursat estudis de reflexologia que res li impedeix per exercir per compte propi o aliè; d) la filla comuna, estudiant de medicina i que també desenvolupa tasques en els seus dies lliures, és la seva única càrrega familiar, per la qual cosa disposa de temps suficient per a treballar, encara que sigui a temps parcial; e) els ingressos del marit, segons la declaració de la renda corresponent a l'any 2000, única a valorar com a prova en aquest judici, vénen a ser d'uns 1.900 euros mensuals líquids per a tots conceptes”.

El criteri de l'Audiència no pot ésser mantingut per aquesta Sala per diverses i poderoses circumstàncies:

a) Cap interès té a l'efecte de fixar la pensió compensatòria en anàlisi el fet que en la sentència contra la qual es recorre s'hagi fixat una pensió alimentària en favor de la filla del matrimoni en una quantia de 250 euros, ja que, en tot cas, aquesta quantitat ha d'anar destinada a la filla, i en cap cas és lícit deduir que es tracti d'una suma de diners molt elevada (atès el nivell de vida de la família, l'edat de la filla, el fet que cursi estudis universitaris...) que permeti a la filla disposar d'un sobrer per ajudar a la mare.

b) L'edat de cinquanta anys i el fet de patir una depressió, no ha de facilitar a la senyora Maria Pilar M. V., la reincorporació al mercat laboral, després de més de quinze anys de desenvolupar únicament tasques domèstiques.

c) La circumstància que l'esposa cessés en el desenvolupament de tasques per compte aliè quan la filla del matrimoni tenia només quatre anys, no es pot considerar provocada “per l'interès particular” de l'esposa, quan esdevé provat que aquesta dedicà el seu temps a la cura de la casa i de la família. És un fet notori que una filla de quatre anys, encara que estigui escolaritzada, tal com és obligatori, requereix temps per a la seva educació i atenció personal.

d) També es inqüestionable que un treball que s'ha deixat durant més de quinze anys difícilment pot ser recuperat encara que es faci un treball de reciclatge.

Les anteriors consideracions posen en relleu que la Sala considera difícil la nova incorporació de l'esposa al mercat laboral, circumstància que òbviament ha de pesar a l'hora de decidir en relació amb la temporalitat de la pensió de l'article 84 del CF.

**Tercer.** Esdevé ara d'interès fer una breu anàlisi de la naturalesa de la pensió compensatòria regulada en l'article 84 del Codi de família, i a aquest efecte és escaient fer expressa referència a la Sentència d'aquesta Sala de 4 de març de 2002 en la qual se sustenta el recurs de cassació.

Com ja s'ha exposat, l'esmentada decisió deia: “No se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar *ex ante* la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la ley ofrece, como veremos, mecanismos suficientes para modular una situación que se fija *rebus sic standibus*”.

Una lectura acurada de l'article 84 del Codi de família permet afirmar que la pensió compensatòria que acull té una naturalesa molt semblant a la regulada en l'article 97 del Codi civil, però és procedent posar en relleu algunes particularitats en què s'incideix en el Codi de família:

a) Aquest article diu que la pensió no ha d'excedir el nivell de vida de què el cònjuge beneficiat gaudia durant el matrimoni.

b) L'autoritat judicial per a fixar-la ha de tenir en compte la situació econòmica resultant per als cònjuges com a conseqüència de la nul·litat, del divorci o de la separació judicial i les perspectives econòmiques previsible per a un i altre.

c) L'article 86 del CF diu que la pensió compensatòria s'extingeix per transcurs del termini pel qual es va establir.

A criteri d'aquesta Sala la determinació *ex ante*, o sigui en el moment d'ordenar el pagament de la pensió compensatòria, del termini de durada d'aquesta, si bé és quelcom potestatiu no és, en cap cas, un imperatiu legal. Serà recomanable la fixació del discutit termini en casos en què la persona beneficiària de la pensió estigui en una edat en què la incorporació al món laboral no hagi de ser difícil, tingui una preparació acadèmica o professional qualificada, el seu matrimoni hagi tingut una curta durada... Però en casos com el que ara es debat, en què el matrimoni ha durat aproximadament vint-i-cinc anys, la beneficiària té una edat crítica per accedir al món laboral i una salut que tampoc li facilita l'accés..., és aconsellable no determinar *a priori* la durada de la pensió de l'article 84 del CF.

L'anterior afirmació es deriva del fet que les prediccions que hauria de fer el Tribunal per tal de determinar la temporalitat haurien d'assentar-se en circumstàncies futures que amb facilitat podrien convertir-les en previsions errònies, la qual cosa comportaria unes conseqüències molt perjudicials per a la beneficiària.

Contràriament a l'exposada argumentació, resulta molt més aconsellable deixar la pensió sense termini final, amb la garantia que, en cas de "millora de la situació econòmica del cònjuge creditor, que deixi de justificar-la, o per empitjorament de la situació econòmica del cònjuge obligat al pagament que justifiqui l'extinció", l'article 86 del Codi de família autoritza l'obligat al pagament a acudir als òrgans judicials per, si escau, reduir o suprimir la pensió compensatòria.

Corol·lari del que s'ha exposat és la necessitat d'estimar el recurs de cassació i deixar sense efecte la limitació temporal imposada per l'Audiència amb expressa ratificació del decidit en primera instància.

Atès el que disposa l'article 398.2 de la Llei d'enjudiciament civil, no és procedent fer expressa imposició de les costes processals, ni en relació amb les causades en apel·lació ni pel que fa a les d'aquest recurs de cassació.

Vistos els preceptes legals esmentats i altres de legal i pertinent aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix estimar el recurs de cassació interposat pel procurador senyor José Luis Rodrigo Gil, en nom i representació de la senyora Maria Pilar M. V., contra la Sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida en el rotllo d'apel·lació número 101/2002. Conseqüentment s'ha d'anul·lar aquesta resolució i ratificar íntegrament el decidit en la Sentència de Primera instància de 31 de juliol de 2002.

No escau imposició de costes processals ni pel que fa a les d'apel·lació ni tampoc en relació amb aquesta cassació.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 8 DE MAIG DE 2003****Recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal de la Sra. Ana L. B. va interposar recurs extraordinari per infracció processal contra la Sentència dictada en data 4 d'octubre de 2002 per la Secció primera de l'Audiència Provincial de Girona. Un cop rebudes les actuacions, per provisió de 3 d'abril passat es van posar de manifest a les parts personades i al Ministeri Fiscal les actuacions per formular les al·legacions pertinents sobre la possible incompetència d'aquest Tribunal per conèixer del recurs interposat. El Ministeri Fiscal va emetre el corresponent informe considerant la no-procedència de l'admissió a tràmit.

Ha estat ponent el magistrat d'aquesta Sala Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** La part que recorre formula únicament recurs extraordinari per infracció processal, que fonamenta en l'article 24 de la Constitució per entendre que ha sofert indefensió en el decurs del procediment per tal com s'han vulnerat l'article 267 de la Llei orgànica del poder judicial i l'article 394 de la Llei d'enjudiciament civil, i per incongruència de la sentència d'apel·lació.

**Segon.** Com ha tingut ocasió de precisar aquesta Sala en la seva Interlocutòria de 24 de març de 2003, l'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial imposa declarar la seva incompetència per a conèixer del recurs de cassació o, en el seu cas, del recurs extraordinari per infracció processal que es fonamenta en la infracció de precepte constitucional, i a establir en aquest supòsit la competència de la Sala Civil del Tribunal Suprem. Ja que si bé és cert que l'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial només fa referència al recurs de cassació i no al recurs extraordinari per infracció processal, aquesta omisió es deriva del fet que en el moment en què es va dictar la llei esmentada, no estava vigent la nova Llei d'enjudiciament civil. Cal afegir, encara, que la regulació actual del recurs extraordinari per

infracció processal determina que aquest recurs presenta una afinitat molt acusada amb l'anterior recurs de cassació per trencament de forma.

Vistos els preceptes legals esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit declarar la seva manca de competència per a conèixer del recurs extraordinari per infracció processal interposat per la procuradora dels tribunals senyora Maria del Carme Ramió i Costa, que actua en nom i representació de la senyora Anna L. i B., contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona el dia 4 d'octubre de 2002 en el rotlle 399/2002.

Retorneu a la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona les actuacions amb un testimoni d'aquesta resolució, per tal que procedeixi d'acord amb la normativa vigent en relació amb l'esmentat recurs extraordinari.

Contra aquesta resolució no escau cap mena de recurs.

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

744  
**SENTÈNCIA DE 8 DE MAIG DE 2003**  
*Antoni M.P. / Maria M.P.*

**Dret de retenció en els casos d'accessió immobiliària: naturalesa jurídica. Bona fe del constructor. Facultats del titular del dret de retenció. Actes propis. Abús de dret. Recurs de cassació: qüestions noves en el recurs. Cosa jutjada: no es produeix en el procediment de l'article 41 de la Llei hipotecària**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el recurs extraordinari de cassació interposat per la representació del Sr. Antonio M. P., representat davant d'aquest Tribunal per la procuradora Sra. Cristina Borrás Mollar i dirigit per l'advocat Sr. Pere J. Rubinat i Forcada, contra la Sentència dictada per la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Lleida el 21 d'octubre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Cervera de 9 de novembre de 2001 en les actuacions de judici de menor quantia 238/00. La Sra. Maria M. P. i el Sr. Josep M. C. C., aquí part recorreguda, han estat representats per la procuradora Sra. Laura Espada Losada i defensats per l'advocat Sr. Luis del Agua Razquin.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal del Sr. Antonio M. P. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència de data 21 d'octubre de 2002 dictada per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida en el seu rotlle d'apel·lació núm. 273/02, que en la seva part dispositiva deia: "Que desestimant com desestimem el recurs d'apel·lació interposat pels procuradors Simó i Trilla contra la Sentència de data 9 de novembre de 2001 del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 1 de Cervera, confirmem la dita sentència en tots els seus punts imposant a cada part les costes causades pel seu recurs".

**Segon.** Per interlocutòria d'aquesta Sala de data 10 de març de 2003 es va admetre a tràmit el present recurs de cassació únicament en el seu primer motiu, al qual s'ha oposat la part recorreguda. Es va assenyalar dia i hora per a la votació i decisió, que s'ha celebrat el dia 24 d'abril de 2003.

Ha estat ponent el magistrat d'aquesta Sala Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** S'ha acreditat a les actuacions:

A/ Que el senyor Antoni M. i P., que ha estat part deferent en el litigi i ara part que recorre en cassació, és propietari d'una casa que es troba a la població de Vilanova de Bellpuig, que inicialment estava formada per una planta baixa i una planta primera, que constituïa l'habitatge del seu propietari, esposa i filla del matrimoni.

B/ Durant l'any 1977 la filla del propietari i el seu futur espòs, amb autorització del pare, varen aixecar a expenses seves sobre l'edifici una segona planta i més golfes i van reforçar de forma escaient l'estructura de l'edifici. Aquesta segona planta ha estat i és actualment l'habitatge familiar de la filla, el seu marit i fills del matrimoni.

C/ L'any 1998 la senyora Pilar P. i A. va interposar una demanda de separació contra el seu marit senyor Antoni M. P., que va originar la Sentència del Jutjat de Primera Instància número 1 de Cervera de data 29 de juliol de 1999, que va ésser confirmada en grau d'apel·lació per la Sentència dictada el dia 23 de desembre del mateix any que decretava la separació judicial del cònjuges i l'atribució a l'esposa de la planta primera de l'edifici que fins aleshores havia estat l'habitatge conjugal, que, com s'ha esmentat fa uns moments, és propietat del marit.

D/ El mes de febrer de 1999 el senyor Antoni M. P. va interposar una demanda segons el procediment de l'article 41 de la Llei hipotecària contra la seva filla, senyora Maria M. P., i contra el seu marit senyor Joan Maria C. C., en la qual interessava que es decretés el desallotjament dels defenents de la planta segona de l'edifici propietat de l'agent que ocupaven sense cap títol que legitimés la seva situació possessòria. En el seu escrit de demanda de contradicció els deferents van al·legar que es trobaven en possessió de la segona planta de la casa propietat del seu pare pel dret de retenció que estableix l'article 278 de la Compilació del dret civil de Catalunya. El Jutjat de Primera Instància número 1 de Cervera va dictar, el dia 7 de desembre de 1999, Sentència que estimava la demanda de contradicció i desestimava la demanda inicial. Aquesta resolució va ser confirmada per la Sentència que va dictar la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida el dia 22 de maig de 2000.

E/ El mes de setembre de 2000 els senyor Josep Maria C. C. i la senyora Maria M. P. van interposar una demanda de judici declaratiu de menor quantia contra el senyor Antoni M. P., en la qual interessaven que al seu dia es dictés sentència que reconegués als agents el dret de retenció, que preveu l'article 278 de la Compilació del dret civil de Catalunya, sobre la planta segona de la casa propietat del deferent, fins que aquest els pagués la quantitat de 23.971.880 pessetes amb els seus interessos legals o, en el seu cas, la que resulti de les proves practicades; amb caràcter subsidiari, que es reconegués el dret de retenció esmentat únicament a favor de la senyora Maria M. i P.; i també amb caràcter subsidiari, que es declarés que els agents són propietaris de la planta segona de la casa i que es fixés en període d'execució de sentència les quotes i el règim de propietat horitzontal. El defenent va interessar la desestimació de la demanda i va formular a la vegada una demanda reconventional, en la qual interessava que es declarés que l'agent és propietari de la finca que ha originat el litigi, que es determinés la quantitat que en concepte de despeses corresponents a materials i mà d'obra han pagat els agents per tal de quantificar la indemnització garantida pel dret de

retenció i, prèvia consignació d'aquesta, es condemnés els agents a desallotjar la planta segona de l'edifici. En el seu escrit de contesta a la reconvençió els agents es van aplanar a la petició de l'agent de desallotjar la planta segona de l'edifici una vegada s'hagués consignat la quantitat que reclamaven.

F/ El Jutjat de Primera Instància número 1 de Cervera va dictar Sentència el dia 9 de desembre de 2001, que estimava parcialment la demanda i la reconvençió i declarava que el deferent i reconvenient és propietari de la finca que ha originat el litigi, que els agents tenen un dret de retenció sobre la planta segona de l'edifici per un import de 12.495.000 pessetes i que mitjançant la consignació d'aquesta quantitat o mitjançant el seu pagament el reconvenient podrà extingir el dret de retenció esmentat.

G/ Ambdues parts litigants van interposar recurs d'apel·lació contra la resolució esmentada, que va resoldre la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida mitjançant Sentència de 21 d'octubre de 2002, que desestimava ambdós recursos d'apel·lació.

H/ El senyor Antoni M. P. ha interposat recurs de cassació contra aquesta sentència, que articulava en tres motius de recurs. Mitjançant interlocutòria d'aquesta Sala de data 18 de març de 2003 es va acordar no admetre a tràmit els motius segon i tercer del recurs i admetre a tràmit únicament el motiu primer del recurs de cassació.

**Segon.** El motiu primer del recurs de cassació es fonamenta en la infracció de l'article 278 de la Compilació del dret civil de Catalunya, que reconeix a la persona que amb bona fe ha edificat en sòl d'altri, la facultat de retenir l'edificació fins que el propietari reintegri o consignï judicialment el preu dels materials i dels jornals dels operaris. Al·lega, inicialment, la part que recorre, que el dret de retenció d'un bé immoble té com a finalitat única que el propietari privat de la possessió material de la finca indemnitzi el crèdit del tercer, amb la conseqüència que no es pot entendre un dret de retenció al marge del dret de crèdit de què porta causa. I afegeix la mateixa part recurrent que el dret de retenció no implica la possibilitat d'ús de la cosa retinguda, segons resulta de l'article 5.2 de la Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa mòble, criteri que s'ha d'aplicar igualment al dret de retenció quan recau sobre béns immobles, i en el cas del litigi els agents s'han beneficiat de l'ús de la planta segona de l'edifici propietat del deferent sense pagar cap mena de contraprestació durant més de vint anys, fet que suposa anar més enllà de la facultats que el dret de retenció atorga al seu titular.

En relació amb aquest apartat del recurs hem de precisar que la correlació entre el dret de retenció que han exercitat els agents i el dret de crèdit de què porta causa, existeix de forma clara, com resulta de l'escrit de demanda, i més concretament de l'apartat a) de la seva pètitiva, i resulta també de la pètitiva de l'escrit de reconvençió de la part ara recurrent, en el qual interessa que es determini l'import dels materials i mà d'obra que els agents han invertit per a la construcció de la planta segona de l'edifici, amb la finalitat de quantificar el màxim d'indemnització garantit pel dret de retenció que es pugui reconèixer als agents; per tant, no pot ara al·legar la part recurrent, sense contravenir el principi general d'anar contra els seus actes propis, posar en dubte en el tràmit de cassació la correlació que existeix entre el crèdit a favor dels agents derivat de la construcció en finca aliena i el dret de retenció que exerciten en garantia del seu crèdit.

Al·lega també la part recurrent, en aquest mateix apartat del seu recurs, que el dret de retenció sols faculta el seu titular per a retenir la cosa, però no per fer-ne ús, i en el cas que ara s'ha de resoldre els agents segueixen gaudint de la planta segona de l'edifici després



d'haver exercit el dret de retenció sense pagar cap mena de contraprestació, fet que segons la part recurrent origina un abús de dret manifest, que proscriu l'article 7.2 del Codi civil. Aquesta al·legació ha d'ésser igualment desestimada. En primer lloc perquè es tracta d'una qüestió nova que s'introdueix en el tràmit de cassació, i és doctrina jurisprudencial reiterada que la qüestions noves no poden tenir accés a la cassació per tal de no causar indefensió a la part adversa (sentències d'aquesta Sala de 12 de novembre i 3 de desembre de 1998, que recullen la doctrina establerta sobre aquest punt pel Tribunal Suprem). I en segon lloc perquè la mateixa part ara recurrent, en la pètica del seu escrit de demanda reconvençional interessa que es condemni els agents a desallotjar la planta segona de l'edifici "previa la consignación judicial de dicha cantidad" per la part ara recurrent, que una vegada més va contra els seus propis actes quan qualifica d'abusiva la conducta dels agents, els quals segueixen ocupant l'habitatge en virtut del dret de retenció, que la mateixa part recurrent admet com a legítima mentre no consigni la quantitat garantida pel dret de retenció.

**Tercer.** A l'apartat segon del motiu de cassació que ara s'examina, al·lega la part recurrent que en la demanda inicial els agents exerciten una acció declarativa del dret de retenció desvinculada d'una potencial reclamació de la quantitat derivada de l'article 278 de la Compilació del dret civil de Catalunya, ja que mai van exercitar cap acció de reclamació de quantitat respecte del valor dels jornals i materials i que fins ara no s'ha efectuat cap mena de reclamació extrajudicial.

També aquest apartat del recurs de cassació ha d'ésser desestimat. No oblidem que ens trobem aquí davant d'una situació litigiosa que s'ha originat entre persones unides per uns vincles estrets de parentiu, com són un pare i la seva filla, i que la construcció de la planta segona de la finca per la filla i pel seu marit es va fer amb autorització expressa del propietari de la finca, amb la conseqüència que s'ha de qualificar de construcció feta de bona fe sobre finca aliena, que origina el dret de retenció segons l'article 278 del text compilat català.

S'ha de precisar també que, com resulta de l'escrit de reconvençió, la part ara recurrent, després d'haver fet crisi les relacions que tenia amb la seva família i després d'haver de desallotjar la planta primera de l'edifici com a conseqüència de la sentència de separació matrimonial que atribuïa l'ús de l'habitatge familiar a l'esposa, va requerir els agents mitjançant una carta certificada amb acusament de recepció perquè desallotgessin la planta segona de l'edifici, i després ho va intentar per la via del procediment de l'article 41 de la Llei hipotecària, encara que amb un resultat advers. Però com que la sentència recaiguda en aquest procediment no produeix excepció de cosa jutjada (segons resultava de l'apartat darrer del precepte) i el propietari ja havia manifestat la seva voluntat de recuperar la possessió de la planta segona de l'edifici, els constructors interposen la demanda que ha originat el recurs que ara s'ha de resoldre, en la qual interessen que es declari l'existència a favor seu del dret de retenció en garantia del pagament de les quantitats que havien abonat per a la construcció de la planta segona de l'edifici, que fins i tot especifiquen provisionalment.

La posició dels agents s'ha de qualificar de correcta, ja que el dret de retenció s'ha de qualificar jurídicament d'excepció que limita la pretensió de la contrapart, en el sentit i en relació amb la matèria objecte del recurs que el propietari sols pot recuperar la possessió de la finca després d'haver pagat o consignat el crèdit a favor del titular del dret de retenció i, per tant, si el titular del dret de retenció vol que l'organisme jurisdiccional prengui en consideració la seva excepció, ha d'al·legar-la en el procés, encara que sigui com a part agent, ja que es tracta d'una excepció de caràcter material i no processal. Per tant hem d'entendre

que mitjançant l'al·legació en l'escrit de demanda de l'excepció material del dret de retenció, la part agent palesa la seva voluntat de reclamar les quantitats garantides pel dret de retenció i així ho va entendre la part deferent, quan en la pètica del seu escrit de reconvençió interessa que es decreti l'extinció del dret de retenció i el desallotjament dels agents de la planta segona de l'edifici després d'haver consignat les quantitats garantides pel dret de retenció, posició de la part reconvenient que no té altre sentit que admetre que en la demanda s'exercitava l'acció de reclamació de les quantitats que els agents van invertir en la construcció de la planta segona de l'edifici.

Tots aquests raonaments determinen, doncs, la desestimació del motiu primer del recurs de cassació i la confirmació subsegüent de la sentència recorreguda, és a dir, la procedència del dret de retenció, a favor dels agents, fins que la part que ara recorre en cassació pagui o consignï judicialment la quantitat que estableix la sentència d'instància, que determinarà que els agents hagin de desallotjar la planta segona de l'edifici i deixar-la a disposició del seu propietari, com per altra part ja havia interessat la part ara recurrent en el seu escrit de reconvençió i la part agent en el fet tercer de l'escrit de contesta a la reconvençió.

**Quart.** La desestimació total del recurs de cassació determina la imposició de les costes originades a la part recurrent, segons preveuen els articles 394 i 398 de la Llei d'enjudiciament civil.

Per tot el que s'ha exposat,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit que ha de desestimar i desestima el recurs de cassació interposat pel procurador dels tribunals senyor Isidre Genescà i Llenes, que actua en nom i representació del senyor Antoni M. i P., contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida el dia 21 d'octubre de 2002 en el rotlle número 273/2002, que es confirma en tots els seus punts, amb imposició de les costes originades pel recurs de cassació a la part recurrent.

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

745  
**INTERLOCUTÒRIA DE 8 DE MAIG DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** El procurador Sr. Ildfonso Lago Pérez, en nom i representació de la Sra. Àfrica G. G., va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de queixa contra la Interlocutòria de 28 de març de 2003 que desestimava el recurs de reposició interposat contra la de data 4 de març de 2003 que denega la preparació de recurs de cassació contra la Sentència de 19 de febrer de 2003 dictada per la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el seu rotlle d'apel·lació 697/02.

Per provisió de 24 d'abril passat i d'acord amb el que disposa l'art. 495.4 de la LEC, va passar les actuacions al magistrat ponent per a resoldre l'escaient.

Ha estat ponent el magistrat d'aquesta Sala Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Les interlocutòries objecte del recurs de queixa deneguen la preparació del recurs de cassació basat en l'interès cassacional que, a l'empara de l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil, vol interposar la senyora Àfrica G. G. contra la Sentència dictada en el tràmit d'apel·lació per la Secció Dinovena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 19 de febrer de 2003, en el rotlle d'apel·lació 607/02. La Sala d'instància fonamenta la seva decisió denegatòria en el fet que la sentència d'apel·lació contra la qual ara es vol recórrer en cassació sobre la base de l'interès cassacional, va recaure en un judici declaratiu ordinari de menor quantia que, segons la documentació que ha pogut examinar la Sala, tenia per objecte la liquidació d'un règim econòmic matrimonial de separació de béns (en l'escrit de preparació del recurs s'al·lega infracció de l'article 40 del Codi de família); i d'acord amb aquesta circumstància i d'acord també amb el criteri que va adoptar la Junta General dels Magistrats de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 12 de desembre de 2000, la sentència d'apel·lació considera que únicament tenen accés a la cassació sobre la base de l'interès cas-

sacional les sentències dictades en processos declaratius substanciats per raó de la matèria, però no els ordinaris ni els verbals substanciats per raó de la quantia, com succeeix en el cas que origina aquesta resolució.

**Segon.** Com ha tingut ocasió de precisar aquesta Sala en les seves interlocutòries de 18 d'abril i 11 de juliol, 26 de setembre i 3 d'octubre de 2002 i sentències de 16 de setembre i 21 d'octubre del mateix any, segons l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil escau el recurs de cassació basat en l'interès cassacional si concorre qualsevol dels supòsits que esmenta l'apartat tercer del mateix precepte, i aquest interès pot concórrer amb independència de la quantia del litigi i la modalitat del procediment que s'ha seguit, ja que l'article 477.3 de la Llei processal civil únicament exigeix que la resolució del recurs presenti interès cassacional, interès que apareix quan no existeix doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, que és precisament la circumstància que al·lega la part recurrent en relació amb l'article 40 del Codi de família.

**Tercer.** Fonamenta també l'Audiència Provincial el seu criteri contrari a tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional en un altre argument, com és el fet d'haver infringit la part recurrent el requisit d'esmentar les sentències del Tribunal Suprem o, en el seu cas, no haver argumentat en quin sentit la sentència d'apel·lació ha infringit la doctrina jurisprudencial, segons exigeix l'article 479.4 de la Llei d'enjudiciament civil. Tesi clarament recusable, ja que la part recurrent fonamenta el seu recurs basat en l'interès cassacional en la manca de jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya sobre aquest precepte, supòsit en el qual no és possible esmentar les sentències de cassació que hagi pogut contradir la sentència dictada en el grau d'apel·lació.

Escau, per tant, acollir el recurs de queixa.

Per tot el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

## **PART DISPOSITIVA**

Acollir el recurs de queixa interposat pel procurador dels tribunals senyor Ildelfons Lago i Pérez, que actua en nom i representació de la senyora Àfrica G. G. contra les interlocutòries de la Secció Dinovena de l'Audiència Provincial de Barcelona de 4 i 28 de març de 2003 dictades en el seu rotlle d'apel·lació 697/2002-A i, amb anul·lació d'aquestes interlocutòries, disposar que l'Audiència Provincial tingui per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional anunciat de l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil contra la Sentència de 19 de febrer de 2003 dictada per la secció esmentada.

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

746  
**SENTÈNCIA DE 12 DE MAIG DE 2003**  
*Josep D.M. / Teresa M.C.*

**Autotutela: eficàcia. Tradició jurídica catalana. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional i recurs extraordinari per infracció processal: procedència. Recurs extraordinari per infracció processal amb referència a la valoració de la prova pericial i la prova documental: improcedència**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats per la representació del Sr. Josep D. M., representat davant aquest Tribunal per la procuradora Sra. Glòria Ferrer Massanas i dirigit per l'advocat Sr. Jaume Riutord Ramis, contra la Interlocutòria dictada per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona el 18 de maig de 2002 en entendre de sengles recursos d'apel·lació interposats pels germans Srs. Joan i Josep D. M. contra la Interlocutòria del Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Figueres de 8 d'octubre de 2001, en la peça separada sobre nomenament de tutor a la mare d'aquells, Teresa M. C., derivada de les actuacions de judici declaratiu de menor quantia instat pel Sr. Joan D. sobre declaració d'incapacitació i mesures tutelars respecte de l'esmentada Sra. Teresa M. C. El Sr. Joan D. M., aquí part recorreguda, ha estat representat en aquest Tribunal per la procuradora Sra. Alicia Barbany Cairó i dirigit per l'advocat Sr. Sebastià Salellas. Amb la deguda intervenció del Ministeri Fiscal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En la peça separada sobre nomenament de tutor del judici esmentat anteriorment, el Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Figueres va dictar una Interlocutòria el dia 8 d'octubre de 2001, en què va decidir: "PARTE DISPOSITIVA: Acuerdo dejar sin efecto la autorización del ingreso de Teresa M. C. en la Residencia Las Acacias de Barcelona acordada por Auto de fecha 23 de junio de 2001.

"Acuerdo nombrar tutor personal de Teresa M. C. a su hijo Joan D. M. y administrador de sus bienes a su otro hijo Josep D. M. a quienes se hará saber el nombramiento para que sin demora comparezcan en este Juzgado a fin de aceptar y jurar o prometer el cargo, dándoseles posesión del mismo y proveyéndoseles del correspondiente título. Verificado inscri-

base la tutela en el Registro Civil librando el oportuno testimonio de la presente Resolución y de la aceptación y juramento del cargo, requiérase al administrador para que formalice el oportuno inventario de bienes y hágasele saber que deberá rendir cuentas anuales de su gestión. Practicado el inventario se acordará lo procedente en orden a la prestación de caución y a la fijación de retribución al tutor y al administrador de los bienes.

“A los efectos previstos en el párrafo anterior se señala el día 15 de octubre de 2001 a las 11.00, quedando Joan y Josep D. M. citados para su comparecencia con la notificación de la presente a través de sus respectivas representacions procesales.

“Oficiese, acompañando testimonio de esta Resolución, a los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Bascara para que controlen y fiscalicen el desempeño del cargo tutelar y adopten las medidas necesarias para garantizar que Josep podrá visitar a su madre en condiciones adecuadas de intimidad, informando al Juzgado ante cualquier eventualidad que pudiera suponer un perjuicio para la incapaz y en todo caso al menos trimestralmente.

“Se fija como domicilio de Teresa M. C. el que ya tenía en la calle XXX, número XX, de Bascara y se autoriza a Joan D. M. para eliminar con cargo al patrimonio de la tutelada las barreras arquitectónicas existentes para la comunicación entre su domicilio y el de la tutelada.

“Se encarga a Joan D. M. el traslado de Teresa M. C. desde la Residencia Las Acacias de Barcelona hasta su domicilio en la calle XXX, número XX, de Bascara”.

**Segon.** Disconformes amb la decisió precedent, tant el Sr. Joan D. M. com el seu germà Josep D. M. van interposar sengles recursos d'apel·lació davant la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona, la qual, en data 18 de maig de 2002, va dictar una Interlocutòria amb la decisió següent: “PART DISPOSITIVA: Estimem el recurs d'apel·lació formulat per Joan D. M. i desestimem el recurs interposat per Josep D. M. contra la Interlocutòria de data 8 d'octubre de 2001, dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Figueres en les actuacions de judici de menor quantia núm. 38/2000, del qual dimana aquest rotlle, i el revocuem parcialment i, en conseqüència, nomenem Joan D. M. com a administrador dels béns de la incapaç Teresa M., sense pronunciament de les costes causades en aquesta alçada.”

**Tercer.** No conforme el Sr. Josep D. M. amb la interlocutòria anterior, va preparar i seguidament interposar contra ella aquests recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació, els quals van ser admesos per aquesta Sala mitjançant una interlocutòria de data 9 de gener passat.

**Quart.** Per provisió de 5 de maig darrer, va assenyalar-se el dia 8 del mes en curs per a la celebració de la votació i decisió dels recursos; i en tal data varen tenir lloc.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** La interlocutòria d'aquesta Sala de 9 de gener passat va acordar admetre a tràmit el present recurs de cassació, malgrat ser-ne objecte la Resolució de la Secció 1a de l'Audiència de Girona adoptada en forma d'interlocutòria, perquè tot i haver-se adoptat amb

aquesta forma havia de revestir la de sentència, la qual és susceptible del recurs de cassació per interès cassacional que ha estat interposat, com assenyalava la interlocutòria esmentada, en què també es va donar tràmit al recurs extraordinari per infracció processal per tal com concorrien els requisits necessaris.

Caldrà ara, per consegüent, examinar en primer terme aquest darrer recurs (el d'infracció processal), com ordena la regla 6a de la disposició final 16a.1 de la Llei d'enjudiciament civil; per resoldre després el que escaigui respecte del de cassació, d'acord amb allò que determinen les regles 6a o la 7a de la mateixa disposició.

**Segon.** El recurs extraordinari per infracció processal s'ha encarrilat per la via de l'apartat 2n de l'art. 469,1 de la Llei d'enjudiciament civil ("infracció de les normes processals reguladores de la sentència") i el recurrent denuncia la infracció dels articles 218 i 348 de la Llei processal i de la jurisprudència que esmenta pel que fa a la valoració de la prova pericial emesa en les actuacions per la psicòloga Sra. Olga García Muñoz, i la violació dels articles 218, 319 i 326 de la mateixa llei quant a la valoració de la prova documental que es troba a les actuacions.

Aquests motius han de ser desestimats: el referent a la prova pericial, perquè la decisió de l'Audiència no té el seu fonament o *ratio decidendi* en aquesta prova, la qual és esmentada a la Sentència com un simple *obiter* a l'últim paràgraf del seu fonament legal tercer. I és inútil la seva impugnació per destruir la decisió de la Sentència; fins i tot la de primera instància, que en aquest punt l'Audiència confirma, ho diu així expressament (a l'apartat 2.3) del seu fonament segon, on, després d'al·ludir a tal prova pericial en el punt 2.2 del mateix fonament, assenjala "que no es necessària la assistència de ningú perito para decidir". Així, doncs, resulta ineficaç atacar una prova que no constitueix la base decisòria de la Sentència. Per aquesta raó cal rebutjar aquest primer motiu del recurs extraordinari per infracció processal.

I pel que fa al motiu segon, referent a la denúncia d'error en la valoració de la prova documental, escau constatar que el nucli de la Sentència impugnada no rau en una valoració errònia de la prova documental, sinó en la interpretació i aplicació, encertada o no, que ha fet l'Audiència de l'art. 172.2 del Codi de família de Catalunya, la qual cosa podrà donar lloc, si és el cas, al recurs de cassació també interposat, però no a aquest segon motiu del d'infracció processal el qual, per tant, escau també desestimar.

Consegüentment, passem a examinar el recurs de cassació.

**Tercer.** Són fets no discutits amb què cal integrar el *factum*, els següents:

a) En escriptura pública atorgada per la Sra. Teresa M. C. davant el notari de Figueres Sr. Rogelio Pacios Yáñez el 25 de gener de 1999, a l'empara de l'art. 172.1 del Codi ja esmentat, la Sra. M., en previsió del cas de ser declarada incapaç, va nomenar tutor de la seva persona i béns el seu fill Sr. Josep D. M., major d'edat, casat, veí de Barcelona, amb domicili al carrer XXX, núm. XX (així consta en l'escriptura indicada al foli 11 del volum III dels testimoniatges de les actuacions de 1a instància); previsió que la Sra. M. va adoptar atès que quatre mesos abans, el 23 de setembre de 1998, el seu fill gran, el Sr. Joan D. M., havia instat la seva declaració d'incapacitat davant el Jutjat de 1a Instància núm. 6 de Figueres.

b) El 18 d'octubre de 1999 (10 mesos després que la Sra. M. hagués atorgat l'escriptura d'autotutela esmentada) el jutjat va dictar Sentència en què va desestimar aquella deman-

da d'incapacitació amb el fonament que exposa l'últim paràgraf de la sentència, que diu que "la conclusión de la prueba pericial practicada revela la existencia de un leve deterioro cerebral que no impide a doña Teresa M. continuar desarrollando la misma vida que hasta ahora, apareciendo capaz de realizar los actos normales de una administración ordinaria de sus bienes. Es posible que con el paso de los años y habida cuenta de la avanzada edad de la demandada los signos de atrofia cerebral apreciados mediante la práctica del TAC se extiendan e impidan a Dña. Teresa regirse por sí misma. Sin embargo en la actualidad ello no es así, debiendo denegarse la pretensión deducida en la demanda. Debe señalarse que el Ministerio Fiscal comparte el criterio del juzgador considerando que la demandada es capaz de administrarse y gobernarse por sí misma" (foli 31 del volum I del testimoniatge). Aquesta sentència va esdevenir ferma.

c) Malgrat el contingut i la decisió de la Sentència anterior denegatòria de la incapacitació, quan encara no havien transcorregut quatre mesos d'ençà que es va dictar, l'11 de febrer de 2000, el mateix fill Joan va presentar al mateix jutjat una altra demanda tornant a demanar la incapacitació de la seva mare. El 3 d'abril següent la representació processal d'aquesta la va contestar tot manifestant que "...la Sra. M. no está dispuesta a padecer de continuo toda la serie de pruebas, exámenes y periciales médicas a las que se pudiera ver obligada a pasar por las demandas de incapacitación que la parte actora tuviera a bien disponer". I afegia que "ese es el motivo añadido al hecho que desde el año 1999, mediante mecanismo de la autotutela, tenga solucionados los problemas que de la incapacitación de su persona pudieran surgir, que mi representada haya expresado su voluntad de ser declarada incapaz cuando aún tiene posibilidad de discernir cuáles son sus necesidades básicas y cómo quiere solventarlas". I reconeixia que "... de cualquier modo, la enfermedad de Alzheimer que padece la Sra. M. ha sufrido una leve evolución, encontrándose en la actualidad en el estadio 1 de la afección referida. Esa es la razón de que no descartemos la posibilidad de que deba ser declarada incapaz".

d) El 6 de febrer de 2001, quan ja havia transcorregut un any des de la formulació de la segona demanda d'incapacitació, el jutjat va dictar Sentència en què va declarar la incapacitat de la Sra. M. per regir la seva persona i administrar els seus béns, de manera que restava en endavant subjecta a tutela (folis 334 i següents del volum II del testimoniatge).

e) Un cop ferma la sentència anterior, el 13 de març de 2001 el jutge de la instància va dictar una provisió en què va acordar: "Siendo firme la sentencia en la que se declara incapaz a doña Teresa M. C., ábrase pieza separada **para la tramitación del nombramiento de tutor**" (foli 339 del volum II del testimoniatge). (La negreta és d'aquesta Sala.)

f) El 8 d'octubre del mateix any 2001 el jutge va dictar una interlocutòria en la qual va disposar: "Acuerdo nombrar tutor personal de Teresa M. C. a su hijo Joan D. M. i administrador de sus bienes a su otro hijo Josep D. M. (...) inscribase la tutela en el Registro Civil (...) requiérase al administrador para que formalice el oportuno inventario de bienes y hágasele saber que deberá rendir cuentas anuales de su gestión. Practicado el inventario se acordará lo procedente en orden a la prestación y a la fijación de retribución al tutor y al administrador de los bienes.

"Oficiese a los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Báscara para que controlen y fiscalicen el desempeño del cargo tutelar y adopten las medidas necesarias para garantizar que Josep podrá visitar a su madre en condiciones adecuadas de intimidad, informando al Juzgado ante cualquier eventualidad que pudiera suponer un perjuicio para la incapaz y en todo caso al menos trimestralmente.



“Se fija como domicilio de Teresa M. C. el que ya tenía en la calle XXX, núm. XX, de Báscara y se autoriza a Joan D. M. para eliminar con cargo al patrimonio de la tutelada las barreras arquitectónicas existentes para la comunicación entre su domicilio y el de la tutelada.

“Se encarga a Joan D. M. el traslado de Teresa M. C. desde la Residencia Las Acacias de Barcelona hasta su domicilio en la calle XXX, núm. XX, de Báscara.

“No se hace especial pronunciamiento en relación con las costas procesales causadas en la tramitación de este procedimiento”.

g) Disconformes ambdós germans, Joan i Josep, amb les decisions anteriors, van interposar sengles recursos d'apel·lació davant la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona, la qual, el 18 de maig de l'any passat, va dictar una interlocutòria en què va desestimar el recurs d'en Josep, va estimar el d'en Joan i, amb revocació parcial de la interlocutòria apel·lada, va nomenar Joan administrador dels béns de la incapaç Teresa M.; amb la qual cosa l'esmentat Joan va restar tutor de la persona i administrador dels béns de la repetida incapaç.

h) I és contra aquesta interlocutòria que el Sr. Josep D. M. ha interposat aquest recurs de cassació, en el motiu únic del qual al·lega que ha estat vulnerada la institució catalana de l'autotutela, consagrada a l'art. 172 de Codi de família, pel fet d'haver-se nomenat Joan tutor de la incapacitada, en contra de la voluntat d'aquella, la qual havia deferit la seva tutela en l'escriptura pública esmentada de 25 de gener de 1999 al seu fill Josep, i no pas a en Joan, com ha realitzat la interlocutòria impugnada contravenint la seva voluntat.

I, per últim, són també fets no contradits que resulten de les actuacions i que escau consignar per a la integració completa del *factum*:

i) Que el 24 de setembre de 1996 la Sra. Teresa M. C. havia adreçat una instància a l'Ajuntament de Bàscara en què li manifestava que havia considerat oportú, “entre altres per motius d'edat, que qualsevol relació que aquest Ajuntament hagi de tenir amb mi, ja sigui per trametre informacions, notificacions, etc. es dirigeixi al meu fill Josep D., que desitjo que em substitueixi”; tot indicant-li que “l'adreça del meu fill Josep D. M. és: carrer XXX, XX, Barcelona, codi postal XXX. Tel. XXXX. D'altra banda, com suposo que deueu saber, de tant en tant, el meu fill Josep D. es troba a Bàscara” (foli 115 del volum I del testimoniatge).

j) Que per una provisió del Jutjat de 1a Instància núm. 2 de Figueres de 21 d'octubre de 1997, dictada en el judici executiu 192/97 que havia instat un tercer en reclamació de la quantitat principal de 780.000 ptes. més interessos i costes contra Joan, van embargar-se a aquest darrer els seus drets hereditaris sobre l'herència del seu pare mort l'any 1994 sobre tres finques propietat de la seva mare, la Sra. Teresa M., com a hereva del seu marit Sr. Josep D. F. (foli 97 i 117 del volum I del testimoniatge).

k) Que el 18 d'agost de 1998 la Sra. M. s'havia presentat a la Policia-Mossos d'Esquadra davant la qual havia manifestat que el seu fill Joan “ha amenaçat de mort en dos ocasions el seu altre fill el Sr. José D. M. estant la declarant present. Que el Sr. Joan D. M. li fa signar documents que en moltes ocasions no sap què són, i si la declarant no vol signar l'acusa que no ho fa perquè el Sr. José D. M. li diu que no ho faci. Que la declarant té por que el seu fill Joan D. M. compleixi les amenaces de matar el seu altre fill José D. M. Que creu que el Sr. Joan D. M. és capaç de complir les amenaces, ja que a ella també la crida, la insulta i amenaça en algunes ocasions” (foli 118 del volum I).

l) Que dos dies després de la declaració anterior, és a dir, el 20 d'agost de 1998, la Sra. Teresa M. havia comparegut novament a la Policia-Mossos d'Esquadra acompanyada del

seu fill Josep i presentat una altra denúncia contra en Joan, quan aquest volia que la seva mare li signés una pòlissa i va denunciar que “en Joan li havia dit que ‘si demà o passat no vas a signar la pòlissa anirem d’enterrament’. Que aquests fets no han estat presenciats pel seu fill José, qui pensa que l’enterrament a què es refereix el comentari és el seu. Que la compareixent viu a la mateixa casa al pis de sota del seu fill Joan, on aquests dies s’hi troba de vacances el seu fill José. Que la declarant i el seu fill José tenen por que les manifestacions del Sr. Juan es compleixin i el Sr. José D. i la declarant estan pensant en la possibilitat d’anar-se’n d’aquesta casa, en principi per alguns dies” (Foli 119 del Volum I).

m) Que al foli 116 del mateix volum hi ha la còpia d’una segona instància datada el 7 de setembre de 1998 dirigida a l’alcalde de Bàscara en què la Sra. M. li recordava l’anterior escrit de 24 de setembre de 1996 i reiterava la seva manifestació “que la meua voluntat és que qual-sevol relació que aquest Ajuntament hagi de tenir amb mi es dirigeixi al meu fill Josep D., que desitjo que em substitueixi”. I li recordava que el seu fill Josep tenia el seu domicili habitual a Barcelona. I també deia que no volia que l’Ajuntament s’entengués amb en Joan.

n) Que el 23 de setembre de 1998 (16 dies després de l’escrit anterior de la Sra. M.) el seu fill Joan havia presentat al Jutjat de Figueres la primera demanda per incapacitar la seva mare, desestimada 13 mesos més tard per la sentència avants dita de 18 d’octubre de 1999; i 11 mesos abans d’aquesta Sentència, el 2 de novembre de 1998, la Sra. M. havia atorgat a favor del seu fill Josep uns amplis poders notariaus per administrar, comprar, vendre, parcel·lar i urbanitzar les seves finques i per a representar-la en tot lliurement (folis 105 i ss.); que el 10 del mateix mes de novembre de 1998 la Sra. M. havia atorgat uns altres poders notariaus a favor de procuradors dels tribunals i advocats (foli 135 i seg. del mateix volum I); i el 25 de gener de 1999 la Sra. M. va disposar l’autotutela en l’escriptura pública de què ja hem fet esment a l’apartat a) d’aquest mateix fonament tercer.

o) Que posteriorment, el 30 de juliol de 1999, la Sra. M. va comparèixer per tercera vegada a la comissaria de Policia-Mossos d’Esquadra de Figueres, on va manifestar que era propietària de la casa on residia a Bàscara; que la casa estava dividida en tres plantes, i que a la última hi vivia el seu fill Joan, amb qui últimament no tenia bona relació; i que “com no té bona relació amb el Sr. Joan (...) ja que l’ha espantat en més d’una ocasió (...) anunciava que canviaria el pany d’un magatzem propietat de la manifestant” (foli 260 del volum III del testimoniatge).

p) En la tramitació del segon procés d’incapacitació el jutge va procedir el 2 de juny de 2000 al preceptiu examen de la presumpta incapaç, la qual va manifestar: “que trabaja en su casa realizando las tareas propias del hogar, realiza la compra diaria y ella misma cuida su aseo personal. Manifiesta que tiene dos hijos, Josep y Joan, y que se lleva mejor con el primero; asimismo manifiesta que ella misma va al banco a tratar sobre sus asuntos” (foli 195 del volum II).

q) El 26 de març de 2001, un mes després de ser declarada incapaç per la ja indicada Sentència de 6 de febrer de 2001, en la peça separada pel nomenament de tutor, el jutge va entrevistar la incapaç, la qual li va manifestar: “que ha acudido al Juzgado junto con su hijo Josep D. que es éste con el que mantiene una relación más estrecha y que aunque vive en Barcelona acude a verla los fines de semana. Que con Joan hace tiempo que no tiene ninguna relación y preguntada por cuál de sus hijos desea que se nombre como tutor para que se encargue de todo lo necesario para su persona y sus bienes manifiesta que se nombre a Josep. Que entre semana y siempre que se le dice una señora va a su casa mañana y tarde a cuidarla” (foli 4 del volum III).

r) Atès que la incapacitada es trobava al seu domicili de Bàscara sense tutor i sense les atencions necessàries (per causa de les relacions conflictives dels germans), en Josep va sol·licitar autorització al jutge, com a mesura cautelar, per ingressar-la en una residència especialitzada en malalts d'Alzheimer de Barcelona, molt pròxima al seu domicili; cosa que el jutge va autoritzar mitjançant una interlocutòria de 23 de juny de 2001, prèvia una compareixença de la incapacitada a la presència judicial (de què s'aixecà un acta on consta que la Sra. M. manifesta “que le agrada ingresar en una residencia tal como le ha dicho su hijo Josep”. En el curs de la mateixa compareixença també va expressar “su deseo de quedarse en casa y dice que en ocasiones está con gente y en ocasiones no y que ya se puede cuidar ella sola”. I també va dir “que sí le gustaría estar cerca de su hijo Josep para que pueda visitarla”).

s) Va ser ingressada a la residència de Barcelona esmentada, on va fer una bona adaptació (foli 124 del volum III); però el dia 8 d'octubre de 2001 el jutge de Figueres va dictar la interlocutòria que hem esmentat a l'apartat f) anterior, amb el fonament que expressa aquella resolució la qual diu que “siendo posible la vida en la propia casa y dentro del núcleo familiar no pueden valorarse otras opciones para Teresa M. C.; el internamiento en un centro, por muy frecuentes que sean las visitas de familiares, no puede ser deseado por la incapaz cuando tiene la posibilidad de vivir rodeada de sus hijos y nietos, extremo sobre el que no es necesaria la asistencia de ningún perito para decidir ya que es notorio que sería preferido por cualquier persona y en cualquier situación; existiendo un familiar directo dispuesto a asumir la carga de su cuidado resulta absurdo confiar a una institución tutelar el cuidado de un incapaz; por último, si bien en una residencia especializada la atención médica podría ser más efectiva, la incapaz tiene recursos económicos más que suficientes para recibir esa atención de forma adecuada en su domicilio, aunque ello vaya a suponer en la práctica una reducción de su patrimonio y por tanto del futuro caudal hereditario. El único tutor que puede nombrarse en estas circunstancias es Joan...” i va anomenar tutor Joan, la qual cosa va confirmar l'Audiència en la interlocutòria de 18 de maig de l'any passat que és l'objecte d'aquest recurs de cassació.

**Quart.** Com ja hem exposat a l'apartat e) precedent, un cop ferma la Sentència d'incapacitació de 6 de febrer de 2001, el Jutjat de Figueres va dictar una provisió en què acordà l'obertura d'una peça separada **para la tramitación del nombramiento de tutor** (el remarcant és nostre), disposició la qual no va tenir en compte **que el tutor ja l'havia nomenat la interessada en l'escriptura pública d'autotutela suara esmentada** de 25 de gener de 1999 (foli 11 del volum III) i que, per tant, no s'havia de nomenar cap tutor sinó purament i simple constituir la tutela complint la voluntat de la interessada tal com aquesta l'havia disposat en l'escriptura pública d'autotutela de 25 de gener de 1999, d'acord amb l'art. 172.1 del Codi de família de Catalunya, en un moment en què tenia capacitat indiscutible (com va reconèixer 10 mesos més tard la Sentència de 18 d'octubre del mateix any 1999 en què es va denegar la declaració d'incapacitat que havia sol·licitat en Joan); tot sense perjudici que aquest pogués impugnar el nomenament fet en l'autotutela conforme al paràgraf 2 del mateix art. 172 si s'hagués produït alguna modificació sobrevinguda de les causes explicades o que presumiblement s'haguessin tingut en compte en atorgar l'escriptura pública; cosa que no va pas succeir en el cas, com indicarem després.

El respecte a l'autonomia de la voluntat i el respecte a la llibertat individual han estat consubstancials en el dret civil de Catalunya. Com recorda l'exposició de motius de l'actual

Codi de família (apartat II), el dret català ha considerat sempre la família la institució social bàsica i la primera cèl·lula de la societat; però també recorda que el vigor que el nostre dret ha conferit a la institució familiar i el sentit proteccionista que hi impera han estat tothora compatibles “amb el reconeixement de la personalitat individual i amb la màxima llibertat de les persones que en formen part”; i per aquesta raó de respecte a *la màxima llibertat*, l'exposició de motius esmentada també diu que: “en aquest mateix marc del respecte de l'autonomia de la voluntat pot incardinar-se la institució de l'autotutela, segons la qual qualsevol persona amb plena capacitat d'obrar pot designar i establir les condicions del seu organisme tutelar, en previsió d'una futura declaració d'incapacitat”. I tot seguit, l'art. 172.1 del Codi esmentat estableix que: “Qualsevol persona, en previsió d'ésser declarada incapaç, pot nomenar, en escriptura pública, les persones que vulgui que exerceixin algun o alguns dels càrrecs tutelars establerts per aquest Codi (...) i que també pot establir el funcionament, la remuneració i el contingut, en general, de la seva tutela, especialment pel que fa a la cura de la seva persona”.

**Cinquè.** En el cas present s'ha tramitat una peça separada pel nomenament de tutor, en què els jutjadors d'instància han actuat amb la intenció lloable de procurar el que van considerar que era el millor interès per a la incapacitada, però prescindint de la seva voluntat, exterioritzada no solament en l'escriptura pública referida (que ja n'hi hauria prou per a detectar la infracció de l'art. 172.1 del Codi de família) sinó a través de tots i cada un dels actes inconfusibles que hem ressenyat en els apartats *i*) a *s*) del fonament tercer precedent. D'aquests actes es desprèn inconcussament que ja des de l'any 1996 la Sra. M. va anar manifestant de manera repetida (per totes les circumstàncies que allà s'esmenten) la seva voluntat que fos el seu fill Josep, no en Joan, qui s'ocupés de la seva persona i dels seus béns si fos declarada incapaç; i com que aquesta voluntat inequívoca no ha estat respectada en la resolució impugnada ni en la de 1a instància, amb clara infracció de l'art. 172.1 del Codi de família de Catalunya i de la tradició catalana (respectuosa sempre amb l'autonomia de la voluntat), escaurà cassar i anul·lar ambdues resolucions i disposar la tutoria a favor d'en Josep, tal com va ordenar la interessada. I per fer aplicable el 2n. paràgraf de l'art. 172 no podrà argüir-se que si la Sra. M. hagués previst que en Josep la ingressaria en un centre sense la possibilitat de tornar a viure al seu domicili habitual a la localitat de Bàscara, no hauria atorgat la autotutela a favor seu, perquè ella sabia perfectament en atorgar-la que en Josep vivia i treballava a Barcelona des de feia 20 anys (foli 48 del volum I) i que no podria prendre cura adequadament i deguda si la deixava a Bàscara —i menys amb l'altre germà: només cal veure el que resulta dels apartats *i*) i seg. del fonament tercer anterior—, sense que s'hagi produït o que es pogués presumir que hi hagués alguna circumstància que hagués de determinar la modificació de la designació feta per la interessada en l'escriptura d'autotutela esmentada segons allò que assenyala aquell segon paràgraf de l'art. 172.

**Sisè.** Per les raons precedents caldrà revocar les dues resolucions d'instància i, donant plena efectivitat a l'escriptura d'autotutela, s'haurà de declarar que el titular de la tutela de la incapacitada Sra. Teresa M. C. és el seu fill Josep D. M., a favor del qual es constituirà la tutela amb l'obligació de fer inventari del patrimoni de la tutelada en els termes dels art. 190 i següents del Codi de família, i quedarà autoritzat per ingressar la incapacitada en un establiment adequat conforme a l'art. 219.1.a del mateix Codi.

**Setè.** Les costes de la primera instància de la peça separada de nomenament de tutor s'imposaran al Sr. Joan D. M.; es confirmarà el pronunciament que sobre la no-imposició de les costes de sengles recursos d'apel·lació es conté en el fonament cinquè de la interlocutòria de l'Audiència; i no es farà tampoc condemna en costes en aquests recursos extraordinaris perquè l'obtenció de l'efectivitat del dret que reconeixem en aquesta resolució al Sr. Josep D. M. justifica plenament la seva interposició (art. 394, 397 i 398 de la Llei processal).

Per tot el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

### **PART DISPOSITIVA**

Desestimar el recurs extraordinari per infracció processal interposat pel Sr. Josep D. M. contra la Interlocutòria de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona de 18 de maig de 2002 i, al contrari, estimar el de cassació interposat pel mateix recurrent contra la mateixa interlocutòria; i, com a conseqüència, aquesta Sala acorda:

Anul·lar la interlocutòria esmentada de l'Audiència.

Anul·lar la interlocutòria del Jutjat de 1a Instància de 8 d'octubre de 2001.

I, en el lloc d'ambdues resolucions, aquest Tribunal declara i disposa que el titular de la tutela de la incapacitada la Sra. Teresa M. D. és el Sr. Josep D. M., a favor del qual es constituirà la tutela; el tutor haurà de fer l'inventari del patrimoni de la tutelada en els termes de l'art. 190 i seg. del Codi de família de Catalunya, i se l'autoritzarà per ingressar la incapacitada en un establiment adequat.

c) Un cop el nou tutor hagi acceptat el càrrec, s'oficiarà al Registre Civil

corresponent, amb testimoni d'aquesta resolució, per tal que anul·li la inscripció que havia efectuat de la tutela personal i administració de la incapacitada en compliment de la interlocutòria de 8 d'octubre de 2001 del Jutjat núm. 6 de Figueres, i practiqui la inscripció de la tutela a favor del nou tutor Sr. Josep D. M.

d) Oficiar als Serveis Socials de l'Ajuntament de Bàscara a fi que es deixi sense efecte el control i fiscalització que s'havia acordat en la interlocutòria del Jutjat núm. 6 de Figueres de 8 d'octubre de 2001.

I,

e) Condemnar el Sr. Joan D. M. al pagament de les costes de la primera instància de la peça separada pel nomenament de tutor a la incapacitada; i no fer pronunciament sobre les costes meritedes a l'Audiència ni en aquest Tribunal.

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

**SENTÈNCIA DE 15 DE MAIG DE 2003**  
*Concepció C.V. / Hospital General de Catalunya, SA*

**Despeses familiars pel sosteniment de la família: concepte i delimitació amb referència a les despeses per assistència mèdica. Responsabilitat solidària d'ambdós cònjuges pels deutes familiars**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el recurs extraordinari de cassació interposat per la representació de la Sra. Concepción C. V., representada davant d'aquest Tribunal per la procuradora Sra. Cristina Cornet Salamero i dirigida per l'advocat Sr. José Luis Cornet Julià, contra la Sentència dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 7 de maig de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Rubí de 30 de juliol de 2001, en les actuacions de judici de cognició núm. 1/00. L'Hospital General de Catalunya, SA, avui Catalana de Diagnòstic i Cirurgia, SL, aquí part recorreguda, ha estat representat pel procurador Sr. Francisco Javier Manjarín Albert i defensat per l'advocat Sr. Daniel Vigo Prevost.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de la Sra. Concepción C. V. es va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència de data 7 de maig de 2002 dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el seu rotlle d'apel·lació núm. 823/01, que a la seva part dispositiva deia: "FALLAMOS: Con estimación del recurso interpuesto por la representación del Hospital General de Cataluña contra la Sentencia de 30 de julio de 2001 recaída en proceso de cognición 1/2000 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Rubí, en el que ha sido parte demandada D<sup>a</sup> Concepción C. V., debemos revocar y revocamos los pronunciamientos de la sentencia apelada, y con estimación de la demanda condenamos a la demandada al pago a la parte actora de la cantidad reclamada de 799.825 ptas., equivalentes a cuatro mil ochocientos euros con cinco céntimos (4.807,05 euros), los intereses legales desde la interposición de la demanda y abono de costas de primera instancia, sin hacer condena de las causadas en la alzada procedimental en que cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad".

**Segon.** Per interlocutòria d'aquesta Sala de data 10 de març de 2003 es va admetre a tràmit el present recurs de cassació, al qual s'ha oposat la part recorreguda. Es va assenyalar dia i hora per a la votació i decisió, que s'ha celebrat el dia 8 de maig de 2003.

Ha estat ponent el magistrat d'aquesta Sala Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Per tal de centrar les qüestions que s'han de resoldre en el recurs de cassació, resulta oportú fer una referència breu als fets següents:

A) El senyor Guillem C. J. va ingressar d'urgències a l'Hospital General de Catalunya el dia 21 de desembre de 1998 amb sospita de dissecció aòrtica; el dia següent es va decidir la conveniència d'intervenir quirúrgicament el pacient i implantar-li una pròtesi vascular, amb la circumstància que el pacient va morir en el decurs de l'operació. Resulta de les actuacions que els dies 21 i 22 de desembre de 1998 el senyor Guillem J. J. va signar uns documents en els quals autoritzava l'Hospital General de Catalunya perquè procedís al tractament de la seva malaltia segons aconsellessin les circumstàncies.

B) El dia 21 de juny de 2000 l'Hospital General de Catalunya, SA, va interposar una demanda de judici de cognició contra la senyora Concepció C. V., en la seva condició de vídua del senyor Guillem C. J., en la qual reclamava la quantitat de 799.825 pessetes, import de la pròtesi vascular que es va implantar al pacient, que fonamentava en els articles 4 i 5 del Codi de família sobre despeses familiars i contribució a les despeses del manteniment familiar. En el seu escrit de contesta a la demanda la defenent va al·legar l'excepció dilatòria de manca de personalitat o de legitimació activa de l'agent per manca de les qualitats necessàries per a comparèixer en judici (article 533.2n de la Llei d'enjudiciament civil), ja que l'Hospital General de Catalunya es trobava en situació de fallida voluntària; i al·legava també que l'entitat agent no estava legitimada per reclamar la quantitat objecte de la demanda a la vídua del pacient, ja que els fets que van determinar la intervenció quirúrgica no es poden qualificar de despeses necessàries per al manteniment de la família, i manca d'acció de l'entitat agent enfront de la vídua del pacient, ja que l'obligació de pagar les quantitats que reclama l'Hospital General de Catalunya, SA, correspondria, en qualsevol cas, a l'entitat asseguradora Mapfre Vida, amb la qual el difunt havia concertat una pòlissa d'assegurances que garantia el "reembolso de gastos médicos completos" o també a la Seguretat Social, ja que el difunt hi estava afiliat.

C) El Jutjat de Primera Instància número 5 de Rubí va dictar, el dia 30 de juliol de 2001, Sentència que desestimava la demanda, ja que donava lloc a l'excepció de manca de personalitat o de legitimació activa de l'agent per a presentar en nom seu la demanda per trobar-se en situació de fallida.

D) L'Hospital General de Catalunya, SA, va interposar recurs d'apel·lació contra aquesta resolució, que va resoldre la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona per Sentència de 7 de maig de 2002, que va estimar el recurs i, per tant, va resoldre després el fons de la qüestió litigiosa, en el sentit de condemnar la defenent a pagar les quantitats que es reclamen en la demanda.

E) Per interlocutòria dictada per aquesta Sala el dia 5 de desembre de 2002 es va tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional, recurs que va interposar la part defenent mitjançant un escrit de 10 de gener de 2003 i que articulava en dos motius, el

primer dels quals al·legava infracció per inaplicació indeguda dels articles 4.1 i 8 del Codi de família, i el segon, aplicació indeguda del mateix article 8 del Codi de família.

**Segon.** En el motiu primer del recurs de cassació al·lega la part recurrent la seva disconformitat amb la interpretació que dona la sentència recorreguda a l'expressió "les atencions de previsió, mèdiques i sanitàries" que estableix l'article 4.1.c del Codi de família com una de les manifestacions del concepte "despeses familiars per al sosteniment de la família", ja que segons la mateixa part recurrent el precepte esmentat es refereix a les despeses de caràcter ordinari que es concreten en les derivades de pòlisses d'assegurances mèdiques, despeses farmacèutiques per malalties habituals i altres semblants, mentre que les despeses extraordinàries i no previsibles, com és la implantació d'una pròtesi com a conseqüència de la intervenció quirúrgica d'un aneurisma d'aorta, no es pot incloure en el concepte de despeses familiars de l'article 4.1.c del Codi de família pel seu caràcter de despesa imprevisible i extraordinària.

Es pot estar d'acord amb la part recurrent que l'article 4.1.c del Codi de família, com el seu precedent l'article 8.1.2 de la Compilació del dret civil de Catalunya segons la redacció derivada de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, considera despeses familiars les que es deriven del pagament de pòlisses d'assegurances mèdiques i despeses farmacèutiques derivades de malalties habituals, però la Sala discrepa de la tesi del recurrent, segons les quals únicament aquestes despeses i altres semblants són les que regula l'article 4.1.c del Codi de família. El precepte parla en primer lloc d'"atencions de previsió", que serien les derivades de primes d'assegurança personals, per exemple d'una assegurança de vida, i també les primes d'assegurança sobre els béns d'ús familiar, amb inclusió de la responsabilitat que es pot derivar del seu ús. El precepte es refereix també a les despeses derivades d'atencions "mèdiques i sanitàries", sense distingir entre les despeses que podem anomenar *ordinàries* i les extraordinàries o imprevisibles, circumstància que d'una forma o altra posa en relleu que no ha estat voluntat del legislador diferenciar el règim jurídic d'unes i altres despeses, posició que s'ha de considerar correcta, ja que moltes vegades la distinció entre malalties ordinàries i extraordinàries o, si es vol, despeses mèdiques de caràcter ordinari o extraordinari, es difícil d'establir, especialment si no oblidem que totes les despeses derivades de malalties són en part extraordinàries, ja que suposen gairebé sempre una despesa afegida a les ordinàries pel sosteniment de la família.

Es pot afegir encara que aquest article 4.1.c del Codi de família s'ha de relacionar amb el seu apartat 1.c, que atribueix la condició de despeses familiars a "les originades en concepte d'aliments en el seu sentit més ampli, d'acord amb la definició que en fa aquest Codi", remissió que ens porta al seu article 259, que estableix com a contingut possible dels aliments "l'assistència mèdica de l'alimentat". I si, segons l'article 4.1.a, el concepte d'aliments s'ha d'entendre en el seu sentit més ampli, hem de concloure que les despeses que reclama l'entitat agent, i que han originat el litigi, s'inclouen en el concepte de despeses familiars per assistència mèdica, ja que es tracta d'unes despeses necessàries per a la recuperació de la salut o, en qualsevol cas, per a millorar les seves condicions de salut i qualitat de vida i per a permetre el desenvolupament lliure del malalt. I si a aquestes consideracions hi afegim que en cap moment s'ha acreditat que les despeses mèdiques que reclama l'entitat agent no eren les adequades als usos i al nivell de vida familiar, tal com exigeix l'article 4.1 del Codi de família, sense necessitat de més argumentacions s'ha de desestimar el motiu primer del recurs de cassació.



**Tercer.** El motiu segon del recurs de cassació al·lega infracció de l'article 8è del Codi de família, que estableix la responsabilitat solidària d'ambdós cònjuges per raó de les despeses familiars adequades als usos i al nivell de vida de la família. En aquest motiu segon del seu recurs insisteix la part recurrent que l'article 4.1 del Codi de família no inclou les atencions mèdiques i extraordinàries de caràcter extraordinari, tesi que ja s'ha refusat en el fonament de dret anterior i sobre la qual, per tant, no s'ha d'insistir ara. I afegeix que quan es va presentar la demanda la recurrent no tenia la condició d'esposa del malalt, sinó la condició de vídua per haver mort el seu marit a causa de la intervenció quirúrgica que ha originat les despeses que es reclamen en el litigi, amb la conseqüència —segons la mateixa part recurrent— que aquestes despeses no es troben sotmeses al règim de la responsabilitat solidària dels cònjuges per raó de despeses familiars. Argumentació igualment desestimable, ja que el crèdit que reclama l'entitat agent, i ara part recorreguda, va néixer en vida d'ambdós cònjuges, que responen solidàriament del seu pagament segons l'article 8 del Codi de família per la seva condició de despesa familiar; circumstància de la qual es deriva la legitimació de l'entitat agent per a reclamar-lo en la seva totalitat enfront de l'esposa per la seva condició de codeutora solidària, segons resulta dels articles 1137 i 1144 del Codi civil.

**Quart.** Els raonaments anteriors determinen la desestimació total del recurs de cassació i la imposició de costes a la part recurrent, segons preveuen els articles 394 i 398 de la Llei d'enjudiciament civil.

Vistos els preceptes legals esmentats i altres de pertinent aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit que desestima el recurs de cassació interposat per la procuradora dels tribunals senyora Cristina Cornet i Salamero, que actua en nom i representació de la senyora Concepció C. V., contra la Sentència d'apel·lació dictada per la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 7 de maig de 2002 en el rotlle d'apel·lació 823/2001; amb imposició de les costes originades pel recurs de cassació a la part recurrent.

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

748  
**INTERLOCUTÒRIA DE 12 DE MAIG DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** Amb data 30 de setembre de 2002 la Secció XVII de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Interlocutòria que en la seva part dispositiva deia: "No ha lugar a tener por preparado el recurso de casación contra la Sentencia dictada con fecha 16/07/02 por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el presente rollo, que había solicitado el procurador Sr. Ángel Montero Brusell en nombre y representación de José R. R."

Contra l'esmentada interlocutòria, el procurador senyor Ángel Montero Brusell, en nom i representació dels senyors Josep R. R. i Josep R. S. va interposar recurs de reposició, a conseqüència del qual va ser dictada nova Interlocutòria amb data 3 de desembre de 2002 que decidia: "Desestimar el recurso de reposición previo al recurso de queja contra el auto dictado en el presente rollo, con fecha 30/09/02, y que había sido solicitado por el procurador Sr. Ángel Montero Brusell en nombre y representación de José R. R."

Contra la darrera interlocutòria, la procuradora dels tribunals senyora Consuelo Rodríguez Chacón, en nom i representació dels senyors Josep R. R. i Josep R. S. va recórrer en queixa davant del Tribunal Suprem, que per Interlocutòria d'1 d'abril de 2003 va decidir: "Inadmitir a trámite el recurso de queja interpuesto por la procuradora Dª Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de D. José R. R. y D. José R. S., contra el Auto de fecha 30 de septiembre de 2002, por el que la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) denegó tener por preparado recurso de casación contra la Sentencia de 16 de julio de 2002, por ser funcionalmente competente para conocer del mismo la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, debiendo ponerse este Auto en conocimiento de la referida Audiencia para su constancia, con devolución del rollo de apelación 273/2002"

Finalment el procurador senyor Ángel Montero Brusell, en nom i representació dels senyors Josep R. R. i Josep R. S., va interposar recurs de queixa davant d'aquest Tribunal Superior de Justicia per mor del rebuig del recurs de cassació preparat al seu dia.

Ha estat ponent la magistrada d'aquesta Sala Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** La part que ara recorre en queixa va preparar recurs de cassació contra la Sentència dictada per la Secció XVII de l'Audiència Provincial de Barcelona amb data 16 de juliol de 2002 per entendre que l'esmentada resolució presentava interès cassacional.

Només cal una lectura de l'escrit pel qual es preparà la cassació per detectar que la recurrent emparava el seu recurs en el fet de no haver-hi doctrina del Tribunal Superior de Justícia en relació amb l'article 9 de la Llei catalana 13/1990, de 9 de juliol, d'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge.

Tal com es deriva del antecedents històrics d'aquesta resolució, l'Audiència de Barcelona va denegar la preparació del recurs de cassació per la raó que "en el caso de autos la resolució dictada no es susceptible de casación, ya que por el cauce del art. 477.2.3 LEC que se invoca solo pueden acceder las de los procesos sustanciados por razón de la materia, así como los especiales, excepto los ejecutivos. Y siendo que el presente es un asunto sustanciado por razón de la cuantía, su cauce era el del art. 477.2.2 de la LEC, que tampoco procedería al no exceder de 25.000.000 ptas".

La part recurrent va posar en relleu en el recurs de reposició davant de l'Audiència que el tribunal competent per a resoldre la cassació seria en tot cas el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, que seguia criteri diferent a l'acollit en la resolució que no va tenir per preparat el recurs de cassació, però el seu interès tampoc va reeixir pel fet que l'Audiència considerà: "el referido TSJC no es competente para conocer del mismo, ya que lo que se está enjuiciando es un problema de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, y no de servidumbre".

**Segon.** Amb aquests antecedents, i després de pronunciar-se el TS en favor de la competència d'aquest Tribunal per conèixer de la queixa, els recurrents insisteixen davant d'aquest en el fet que contra la sentència dictada hi escau cassació.

És cert que és doctrina d'aquesta Sala la forjada, entre d'altres, en la Interlocutòria de 18 d'abril de 2002, que diu: "És un principi de dret ininterrompudament aplicat per la jurisprudència que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (Sentència del Tribunal Suprem de 12 de gener de 1884, seguida de les d'11 de març de 1885, 27 de febrer de 1909, 31 de maig de 1949, 13 de maig de 1950, 11 de maig de 1964, 12 d'abril de 1988, 2 d'abril de 1990, 22 de febrer de 1993, 31 de desembre de 1994, etc.); i (...) l'Audiència, en interpretar el núm. 3r esmentat, fa unes distincions entre els processos substanciats per raó de la matèria o els especials, i els tramitats per raó de la quantia, que aquell precepte no fa; i per tal com no existeix justificació legal per donar-hi suport, caldrà entendre que l'Audiència ha distorsionat aquell precepte i la voluntat del legislador pel que fa a la interpretació de les sentències que són susceptibles de ser impugnades en cassació (...). En efecte, el núm. 2n de l'art. 477.2 diu que són susceptibles de ser recorregudes en cassació per la seva via les sentències dictades en segona instància per les audiències 'quan la quantia de l'afer excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes' sense fer cap mena de distinció de procediments (ni dels substanciats per raó de la matèria, els especials, o els tramitats per raó de la quantia); cosa per la qual escau concloure, sense més additaments, que qualsevulla que hagi estat el procediment que s'hagi seguit i la classe de procés que s'hagi emprat, si la quantia de l'afer ultrapassa els 25.000.000 de ptes. el recurs de cassació per aquesta via del núm. 2n s'haurà d'admetre; i s'haurà d'admetre per la via del núm. 3r 'quan la resolució del recurs presenti

interès cassacional', i en presentarà si concorre algun dels quatre supòsits de l'apartat 3 de l'art. 477, qualsevulla que sigui la quantia de l'afer i la classe de procediment emprat, ja que segons el núm. 3r de l'art. 477.2, l'únic que cal és que la resolució del recurs presenti interès cassacional; interès que, com diu l'apartat 3, presentarà si la sentència s'oposa a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia, o resol punts i qüestions sobre els quals existeixi jurisprudència contradictòria de les audiències provincials o si aplica normes que no fa més de cinc anys que estan en vigor, sempre que en aquest darrer supòsit no hi hagi doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia relativa a normes anteriors de contingut igual o similar".

En aquesta mateixa Interlocutòria afegia la Sala que el núm. 3 de l'art. 477.2n "estableix la possibilitat de recórrer en cassació quan la resolució de l'assumpte presenta interès cassacional. I no imposa cap més condició. Són coses diferents les que regulen els art. 249.2 i 250.2 i el 477.2.2n; i són també coses diferents les que regulen els art. 249.1 i 250.1 i les que considera el 477.2.3r. I com que són coses diferents, la seva concordança no és possible i, per tant, aquesta Sala així ho ha d'entendre i d'aplicar en exercir la seva competència jurisdiccional per admetre (i aquí ara per tenir per preparat) els recursos de cassació que estableix la llei d'acord amb la previsió de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i en execució d'aquest, d'acord amb allò que disposa l'art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial".

**Tercer.** L'anterior doctrina comporta, doncs, la possibilitat d'accés a cassació de les sentències quan concorri interès cassacional, amb independència que hagin estat dictades en processos seguits per raó de quantia o per raó de matèria, però escau remarcar que en el cas en debat hi incideix un fet notori que impedeix l'estimació de les pretensions dels recurrents.

Des de l'anterior perspectiva, una lectura de l'escrit de preparació del recurs permet detectar que els recurrents centren l'interès cassacional en una genèrica invocació de l'article 9 de la Llei catalana reguladora de les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge.

En relació amb això és procedent recalcar que els recurrents obvien una obligació essencial, a saber, concretar quina és la *ratio decidendi* de la sentència que es pretén recórrer, que de forma necessària hauria de girar al voltant de l'esmentat article 9 de la LANISRV, per tal de fer palès a aquesta Sala quin és l'aspecte concret d'aquest article que cal interpretar amb la finalitat de complir la funció nomofilàctica que es reserva per a la cassació.

Les anteriors consideracions posen de manifest que els interessos del recurrents son de caràcter fàctic, ja que el que cerquen és l'anàlisi del cas concret debatut per aquesta Sala, i no la funció d'interpretar la norma jurídica que esmenten.

El que s'ha exposat condueix de forma ineludible a la inadmissibilitat del recurs de cassació pretès, ja que no s'ha concretat el nucli que conforma l'interès cassacional i, consegüentment, les pretensions dels recurrents queden ben allunyades dels objectius de la cassació i no poden ser ateses.

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit desestimar el present recurs de queixa interposat pel procurador Sr. Ángel Montero Brusell, en nom

i representació dels Srs. Josep R. R. i Josep R. S., contra la Interlocutòria de 3 de desembre de 2002 que desestimava el recurs de reposició interposat, dictada per la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d'apel·lació núm. 273/02-C.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 19 DE MAIG DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en la quantia: improcedència de la queixa. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** El procurador dels tribunals Sr. Àngel Joaniquet Ibarz, en nom i representació de la Sra. Marta P. O., ha interposat davant d'aquesta Sala un recurs de queixa contra les interlocutòries de 17 de febrer i 20 de març últim de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Girona que varen denegar a l'ara recurrent en queixa tenir preparat un recurs de cassació contra la Sentència de 16 de gener últim dictada per la Secció 2a esmentada, en el seu rotlle núm. 369/02, el qual dimanava de les actuacions núm. 117/01 del Jutjat núm. 5 de la Instància d'aquella ciutat.

Actua com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** En l'escrit de preparació del recurs de cassació la recurrent reconeix que en la seva demanda va fixar en 9.607.467 ptes. la quantia del procediment perquè corresponia al valor cadastral de la finca a l'any 2000.

Determinada així per l'actora la quantia del procediment d'acord amb l'últim incís de la regla 2a de l'art. 251 de la Llei processal civil, és obvi que no escau el recurs de cassació del núm. 2n de l'art. 477 de la mateixa llei, que exigeix que la quantia superi els 150.253 euros, corresponents a 25.000.000 de les antigues pessetes. I no és possible canviar la quantia fixada a la demanda en un moment posterior, perquè corresponia a l'actora assenyalar-la precisament a la demanda, i ho hauria pogut fer pel preu real de l'immoble, tal com especifica la regla 2a de l'art. 251 de la llei; però va optar per atribuir-li el valor cadastral, com també l'autoritzava a fer l'últim incís del precepte, i ara no pot anar contra els seus propis actes.

Cal, doncs, ratificar la decisió denegatòria de l'Audiència sobre aquest punt.

**Segon.** També escau confirmar la denegació de la cassació per interès cassacional del núm. 3 de l'art. 477 per les raons ben encertades que dóna l'Audiència en el fonament tercer de la Interlocutòria de 17 de febrer d'enguany, ja que l'escrit de preparació no exposa en què, com i per què la Sentència impugnada vulnera la doctrina de les sentències d'aquest Tribunal Superior que s'esmenten, és a dir, no diu on rau el nucli de la pretesa contradicció entre la sentència que impugna i la doctrina de les sentències d'aquesta Sala. Això fa que no es pugui tenir per preparat el recurs de cassació per aquesta via, d'acord amb la jurisprudència constant tant del Tribunal Suprem (interlocutòries de 9, 16, 23 i 30 d'abril, 7, 14 i 28 de maig, 4 i 11 de juny de 2002, etc.) com d'aquest Tribunal (interlocutòries de 21 de maig, 30 d'abril, 10 i 20 de setembre, 4 d'octubre, 15 de novembre i 27 de desembre de 2001; 3 i 10 de gener i 18 d'abril de 2002; 6 de març i 28 d'abril de 2003, etc.).

Cal, per tant, denegar la queixa.

Atès el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Denegar el recurs de queixa de què s'ha fet esment a l'antecedent de fet únic d'aquesta resolució.

Poseu-ho en coneixement del tribunal *a quo* mitjançant testimoni d'aquesta resolució perquè consti en les actuacions.

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

750

**SENTÈNCIA DE 19 DE MAIG DE 2003**  
*Brígida L.H. i un altre /Inmobiliària Lles, SA*

**Usucapió: possessió en concepte d'amo i la seva apreciació en el recurs de cassació. Interversió del concepte possessori: requisits. Recurs de cassació: naturalesa jurídica**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist el recurs de cassació núm. 7/2001 contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotllo 1391/99, com a conseqüència de les actuacions de judici de menor quantia núm. 370/98 seguides davant el Jutjat de 1a Instància núm. 43 de Barcelona. El Sr. José M. H. ha interposat aquest recurs representat pel procurador Sr. Àngel Quemada Ruiz i defensat per la lletrada Sra. Laura Maniega Jáñez. És part contra la qual es recorre la Inmobiliària Lles, SA, representada pel procurador Sr. Àngel Montero Brusell i defensada pel lletrat Sr. Luis Granados Montal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. Sales, que va actuar en nom i representació de la Sra. Brígida Leonor H. D. i del Sr. José M. H., va formular demanda de judici declaratiu de menor quantia núm. 370/98 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 43 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el jutjat indicat va dictar Sentència amb data 17 de novembre de 1999, la part dispositiva de la qual diu el següent: "FALLO: Estimando la excepción de defecto en el poder del procurador respecto a Brígida Leonor H. absuelvo en la instancia respecto a ella y desestimando tanto la excepción de litisconsorcio necesario opuesta por la demandada como la demanda de José M. H. y Brígida Leonor H. contra Inmobiliaria Lles, SA, absuelvo a la demandada de todas las pretensiones en su contra ejercitada imponiendo a José M. H. las costas del juicio.

"Y estimando parcialmente la demanda reconvenzional de Inmobiliaria Lles, SA, declaro la plena propiedad de la misma sobre la finca objeto de la discusión y declaro que el Sr. José M. H. y los demás ocupantes de la misma deben abandonarla, dejándola libre, vacua y expedita a disposición de la actora, sin dar lugar a indemnización alguna y sin hacer imposición de las costas de la reconvencción".



**Segon.** Contra aquesta sentència, la part actora va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i que es va substanciar a la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 14 de novembre de 2000, amb la següent part dispositiva: "FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. José M. H. y D<sup>a</sup>. Brígida Leonor H. D. contra la Sentencia de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 43 de Barcelona, en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia pero únicamente en cuanto a la excepción de defecto en el poder del procurador de los actores respecto a la señora H. D. y a las costas ocasionadas por la demanda en primera instancia, de tal modo que desestimamos dicha excepción y extendemos a la nombrada señora los efectos de la absolución de Inmobiliaria Lles, SA, en cuanto al fondo del asunto, pronunciada por el Juzgado y que se confirma y no hacemos especial pronunciamiento respecto a las costas de primera instancia ocasionadas por la demanda de los señores M. y H. D. Confirmamos la sentencia apelada en todo lo demás, sin hacer especial pronunciamiento tampoco respecto a las costas del recurso".

**Tercer.** Contra aquesta Sentència, el procurador dels tribunals Sr. Àngel Quemada, en nom i representació dels Srs. H. D. i M. H., va interposar aquest recurs de cassació. Per mitjà de provisió de 30 d'abril de 2001 es va tenir per interposat el recurs de cassació, i de conformitat amb l'art. 1709 LEC de 1881 es traslladar al Ministeri Fiscal, que va emetre el corresponent informe en el sentit de no considerar procedent l'admissió a tràmit del recurs. Es va traslladar a les parts i, posteriorment, es va dictar interlocutòria en data 25 de juny de 2001 declarant la incompetència de la Sala i remetent les actuacions al Tribunal Suprem, prèvia la citació a termini de les parts.

**Quart.** Mitjançant interlocutòria de data 23 d'abril de 2002 la Sala Civil del Tribunal Suprem va declarar la competència d'aquesta Sala per a conèixer del motiu segon del recurs de cassació interposat. El Ministeri Fiscal va emetre el seu informe en el sentit de considerar procedent l'admissió, parcial, a tràmit del recurs, el qual va ser degudament impugnat per la representació processal de la part recorreguda.

**Cinquè.** Finalment, es va assenyalar per a la celebració de vista el dia 15 de maig a les 10.30 hores del matí, la qual va tenir lloc.

Ha estat designat ponent el magistrat Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Contra la Sentència de l'A.P. de Barcelona de 14 de novembre de 2000, que, confirmant en part la de primera instància, desestima la demanda interposada pel Sr. José M. H. i Sra. Brígida Leonor H. contra Inmobiliaria Lles, SA, i acull, en canvi, la reconvecció formulada per aquesta societat, s'alça l'esmentada part demandant mitjançant el present recurs de cassació, respecte al qual convé precisar el següent:

a) Per Interlocutòria de 25 de juny de 2001, aquest Tribunal acordà declarar la seva incompetència per a conèixer de la present cassació i la remetre les actuacions al Tribunal Suprem, atès que en el recurs s'invocaven infraccions de drets fonamentals. L'Alt Tribunal

es pronuncià en el sentit d'inadmetre el primer motiu de cassació i la part del segon pertocant a la infracció del dret a la tutela judicial efectiva, declarant la competència d'aquest Tribunal, només “para conocer de aquella parte del motivo segundo del recurso de casación (...) no inadmitida por el Auto de esta Sala del día 11 de septiembre de 2001”.

Per tant, i com molt bé assenyalen els litigants “l'únic motiu admès pel Tribunal Suprem fóra el relacionat amb l'art. 342 de la Compilació catalana” (part recurrent), de tal manera que “ha superado el trámite de admisión únicamente el motivo segundo del recurso en cuanto en él se alega supuesta infracción del art. 342 de la Compilación del dret civil de Catalunya” (part recorreguda).

El recurs, doncs, haurà de quedar limitat al coneixement de la infracció de tal ordinal que s'imputa al tribunal *a quo*.

b) Més en concret, s'addueix que, malgrat la concurrència de tots el requisits que estableix l'article 342 de l'esmentada Compilació, la sentència combatuda no reconeix a la part demandant que ha esdevingut propietària de la finca litigiosa per prescripció adquisitiva. S'argumenta que, contràriament a allò apreciat en la Resolució combatuda, s'ha acreditat tant la possessió immemorial de la finca reclamada com el fet que aquesta possessió sempre l'ha ostentat la part demandant en concepte d'amo.

c) Tracta el litigi, en síntesi, del posseïdor d'una finca que al·lega que fou comprada pel seu pare en la dècada dels cinquanta, mitjançant un document privat, a qui llavors n'era el propietari, document que —es diu— es va perdre en ocasió de les inundacions que afectaren la zona el 1971. La finca quedava en aquell temps als afores o als suburbis de la capital, però en l'actualitat s'integra en el seu àmbit urbà. S'afegia que durant tot aquest temps s'han produït un seguit d'actes possessoris per part de la demandant. La sentència de primera instància refusà que aquests actes tinguessin significació possessora en concepte d'amo, criteri que confirma la d'apel·lació ara combatuda, de la qual cal destacar la següent realitat fàctica:

1r) Que no s'ha demostrat que “los padres de D. José M. H. o él mismo realizasen públicamente sobre la finca esos actos que identifican socialmente a una persona como propietaria de un inmueble”.

2n) Que, respecte als contractes d'arrendament que es diuen atorgats per la part demandant, “(...) de la existencia de ese contrato de arrendamiento nada se desprende respecto a que el señor M. actuase realmente como arrendador con referencia al Sr. F., cuya vivienda fue entregada por su hermana al aludido señor a la muerte del último arrendatario, lo que, a su vez, resta toda trascendencia al hecho de que los actores poseyesen el contrato y el recibo de pago, dado que en efecto el Sr. M. recibió la posesión de la vivienda ocupada por D. Alfonso F. Ha de tenerse en cuenta que ninguno de estos documentos va a nombre de ninguno de los demandantes (el recibo del pago de la renta lo expide aparentemente una inmobiliaria), de manera que no demuestra que actuasen como arrendadores, de la misma manera que la tenencia de recibos de pago de la contribución territorial no demuestra tampoco la posesión a título de dueño, cuando esos recibos no van a nombre del poseedor”.

3r) Que, “en fin, los demás documentos aportados con la demanda hacen referencia a la residencia de los actores en la finca de que se trata, lo que es irrelevante para demostrar que poseían a título de dueños”.

4t) Que “puede dudarse incluso de que el hecho de abrir un restaurante en el inmueble demuestre que sus titulares poseían a título de dueños, pues es bien evidente que un restaurante puede abrirlo también un arrendatario o un ocupante en precario. Pero lo cierto es que

esa apertura del restaurante data de 1990, de manera que no demuestra la posesión a título de dueño durante el plazo de treinta años que la ley exige”.

5è) Que després d’analitzar la sentència combatuda i, de forma exhaustiva, la que es considera “la única prueba clara a favor de la posesión a título de dueño por D. José M. H. y sus padres” s’afegeix que aquesta prova és insuficient per acreditar la pretensió actora, i es conclou que “faltan pruebas de que D. José M. o sus padres hayan poseído a título de dueños la finca de autos”. En canvi, i en relació amb la part demandada, la sentència recorreguda afirma que “ha demostrado actos posesorios a título de dueña, de ella o de la sociedad que le transmitió la finca en escritura pública”.

**Segon.** Com ja s’ha anticipat, el recurrent denuncia la infracció de l’art. 342 de la Compilació del dret civil de Catalunya. Respecte d’això, la recurrent, després de recordar amb caràcter general algunes de les característiques de la prescripció adquisitiva, s’absté de formular cap mena de qüestió jurídica per a centrar la censura en un únic debat relatiu a l’apreciació probatòria, ja que la vulneració de l’ordinal indicat la situa en el fet que “se cumplen todos los requisitos que dicho artículo establece para la concesión de la prescripción adquisitiva de la finca objeto de la presente litis”, i afegeix que “esta representación ha aportado toda la prueba que obraba en su poder, incluso la referida a tiempo inmemorial, y acreditado el concepto de dueño con el que se ha poseído desde inicio, de conformidad con lo estipulado en el art. 436 del Código civil, que contiene una presunción *iuris tantum* de que el poseedor posee la finca en el mismo concepto en que la tuvo de inicio”. A continuació, i després d’afirmar que “la acreditación del *animus domini* se evidencia en la prueba aportada por esta parte”, analitza la prova amb la finalitat que aquesta Sala, compartint la seva valoració probatòria, consideri acreditats els elements fàctics que permetrien inserir el cas en les previsions de l’art. 342 de la Compilació.

**Tercer.** Aquesta pretensió s’ha de refusar per:

a) La naturalesa jurídica del recurs de cassació, el qual és de caràcter extraordinari i no permet, com si d’una tercera instància es tractés, procedir *ex novo* i *in totum* a una valoració distinta de la prova practicada, ja que el tribunal d’instància és sobirà en relació amb “los elementos fàcticos y actuaciones de prueba, función juzgadora que sólo es revisable en casación cuando de la misma se desprenden conclusiones que pugnan con la más elemental lógica, racionalidad, proporcionalidad de las cosas, supongan perpetración de ilegalidades o lleguen a intentar hacer de la arbitrariedad, el abuso o la ignorancia por profesional, justicia decisoria de las contiendas litigiosas (S. del T.S. d’11 de febrer de 1993). Si en virtud d’aquesta plenitud de facultats valoratives, l’A.P. dóna com a provada una determinada realitat fàctica, aquesta esdevé, doncs, irreversible si no concorre l’arbitrarietat esmentada; arbitrarietat del tot absent en el cas, i això entenent que, respecte a aquesta valoració racional, “es el recurrente quien ha de demostrar que ello no ha sucedido así” (S. del T.S. de 8 de novembre de 1996).

b) No s’invoca com a infringit cap precepte valoratiu de la prova i, amb aquesta renúncia, el recurrent traça un cercle tancat del qual li és impossible sortir, ja que, perquè prosperessin les seves tesis, s’hauria d’assumir un *factum* diferent al de la sentència, pretensió inviable perquè es cauria en el vici de fer supòsit de la qüestió, “vicio procesal tradicionalmente así denominado (...) por el que se trata, como en el presente caso, de alterar algunos de los datos declarados probados, partiendo de la base de establecer como probado lo que no está declarado así” (S. del T.S. de 30 de març de 1998).

c) Es barregen en aquest segon motiu de recurs aspectes fàctics i jurídics, i es qüestiona el *factum* de la sentència combatuda sense cap cita d'infracció de norma valorativa de la prova, de manera que es negligeix que "la alteración de la base fáctica sólo podrá producirse como *questio iuris*, es decir, alegando error en su valoración, con cita de la norma hermenéutica que resulte infringida" (S. del T.S. de 5 de febrer de 1996, per totes).

d) Pel que fa a l'*ánimus domini*, és prou sabut que "la fijación, en el proceso, de la realidad o existencia de estos actos o circunstancias pertenece a la *questio facti*, por lo que su apreciación corresponde al juzgador de instancia, la cual solo puede ser combatida en casación mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba fundada en el conculcación de una regla legal de prueba, pero, en cambio, el juicio de calificación mediante el cual se atribuye a los datos fácticos previamente fijados la significación jurídica de 'en concepto de dueño' (concepto jurídico indeterminado) constituye una *questio iuris*, y, por ende, es susceptible de revisión en casación. (S. del T.S. de 17 de maig de 2002).

En el cas, però, s'intenta, d'una banda, establir una nova realitat fàctica, i, d'una altra, considerar que, fins i tot si es manté el *factum*, no resultaria identificable amb el concepte jurídic de possessió a títol d'amo.

Aquestes crítiques tampoc poden acollir-se en assumir la Sala els criteris de la sentència combatuda, en el sentit que "faltan pruebas de que los padres de D. José M. H. o él mismo realizasen públicamente sobre la finca esos actos que identifican socialmente a una persona como propietario de un inmueble"; que "así se puso de relieve en la diligencia de reconocimiento judicial, en la que parecieron poseedores de parte de la finca que no era poseída por los demandantes"; que "residir en un inmueble no es algo que socialmente sea exclusivo de los propietarios, ya que también residen en los inmuebles sus arrendatarios o sus simples ocupantes sin título alguno"; que "una sola declaración testifical no puede servir para decidir una cuestión de tanta trascendencia como la que nos ocupa"; que "un solar de la finca a la que se refiere el proceso fue poseído por la sociedad que la transmitió a la hoy demandada, a título de propietaria (la arrendó, y, antes, permitió su uso sin contraprestación alguna por parte de otra empresa, cosas ambas que son características de la posesión a título de dueño); que "el contrato de seguro fechado en marzo de 1972 no confirma las tesis de los actores, sino más bien al contrario, dado que es un seguro contra incendios (...) en el que los contratantes aparecen como inquilinos, pues se asegura la responsabilidad civil que, como inquilinos, pudiese exigirles el propietario del edificio que contenía los objetos asegurados, hablándose después, en las condiciones particulares, de 'seguro de riesgo locativo'".

En conseqüència, la qualificació de la sentència combatuda respecte al fet que aquests elements fàctics no resulten integrables en el concepte jurídic indeterminat de possessió a títol d'amo, resulta del tot ajustada a dret, sobretot si es pondera (S. del T.S. de 17 de maig de 2002) que "la Jurisprudencia viene reiterando que el requisito no es un concepto puramente subjetivo o intencional (sentencias de 20 de noviembre de 1964, 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 19 de junio de 1984, 5 de diciembre de 1986, 10 de abril y 17 de julio de 1990, 14 de marzo de 1991, 28 de junio de 1993, 18 de octubre de 1994, 25 de octubre de 1995, 10 de febrero de 1997 y 16 de noviembre de 1999), por lo que no basta la pura motivación volitiva (sentencias de 6 de octubre de 1975 y 25 de octubre de 1995) representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo o causal (sentencias de 20 de noviembre de 1964 y 18 de octubre de 1994) consistente en la existencia de 'actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico' (sen-

tencias de 3 de octubre de 1962, 16 de mayo de 1983, 29 de febrero de 1992, 3 de julio de 1993, 18 de octubre y 30 de diciembre de 1994, 7 de febrero de 1997), ‘realización de actos que solo el propietario puede por sí realizar’ (Sentencia de 3 de junio de 1993); ‘actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios’ (Sentencia de 30 de diciembre de 1994)”.

**Quart.** Al·ludeix la part recurrent també a una pretesa infracció de l’art. 436 del Codi civil, raonant que l’obertura el 1990 en la finca litigiosa d’un restaurant acredita l’ànim de propietat de la família M. “ostentando este ánimo posesorio desde que se accedió al inmueble, por lo que no se ha producido una interversión o mutación unilateral de la intencionalidad por parte de los usucapientes, quienes han mantenido su *animus* inalterable desde el inicio de conformidad con lo establecido en el art. 436 del Cc”.

Aquesta crítica no pot reeixir perquè:

a) Com molt bé assenyala la sentència combatuda “lo que la Ley hace es presumir que quien comienza a poseer en un concepto determinado, se presume que continúa poseyendo en la misma condición, pero no al revés”.

b) En aquesta línia, pot evocar-se la Sentència del T.S. de 24 de març de 1983, quan ensenya que “para aplicar esa presunción al presente caso, a efectos de atribución de posesión como dueño de la finca cuestionada a favor del citado recurrente se habría precisado se reconociese probado en la sentencia recurrida un inicio posesorio en tal concepto, que precisamente aquella resolución niega, por lo que el motivo hace supuesto de la cuestión”; asseveració a la qual la Sentència ja invocada de 17 de maig de 2002 afegeix que “la doctrina sobre la relevancia de acreditar los ‘actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico’ es también plenamente aplicable al caso de que se pretenda haberse producido un cambio en el concepto posesorio, de precario en concepto de dueño, y así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que declara que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por el mero *animus* o unilateral voluntad del tenedor sin aquella conducta externa (sentencias de 6 de octubre de 1975, 13 de diciembre de 1982, 16 de mayo de 1983, 22 de septiembre de 1984, 29 de febrero y 10 de julio de 1992 y 25 de octubre de 1995), lo que por lo demás no supone más que aplicar una antigua regla del derecho romano recogida en textos del Corpus Iuris (D. 41. 2. 3. 19, y C. 7. 32. 5.), aceptada por los ordenamientos jurídicos modernos, y de la que se hicieron eco diversas sentencias de esta Sala (6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 13 de diciembre de 1988 y 25 de octubre de 1995) con arreglo a la que ‘nadie puede por sí mismo cambiar la causa de su posesión’ (*neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*, en el texto del Digesto; y *nemo causam sibi possessionis mutare possit*, en el texto del Codex; y en los cuales también parece existir base, *sibi ipsum, D.; nulla extrinsecus accedente causa*, para entender que la prohibición se refiere solo a la mera voluntad)”.

c) S’ha de significar, per últim, el caràcter insòlit de la pètica que es formula subsidiàriament a redós d’una al·legada incongruència per falta de coherència interna de la sentència combatuda, ja que, contràriament al que es manifesta en el recurs, aquesta sentència de cap manera reconeix o accepta algun tipus d’usucapió de part de la finca litigiosa, i n’és la millor prova el fet que el recurrent ni tan sols pot identificar aquesta pretesa part de la finca usucapiada, raó de la sorprenent peticció que sigui determinada en execució de sentència.

Tot això mena, doncs, a la claudicació d’aquest motiu i, per tant, de tot el recurs.

**Cinquè.** La desestimació del recurs comporta la imposició de les costes a la part recurrent, d'acord amb l'article 1715 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix que desestima el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. José M. H. contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 16) de 14 de novembre de dos mil, en el rotlle d'apel·lació núm. 1391/1999-B, derivats del judici de menor quantia núm. 370/ 98 del Jutjat de Primera Instància núm. 43 de Barcelona, amb imposició de les costes d'aquesta alçada a la part recurrent.

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

751  
**SENTÈNCIA DE 19 DE MAIG DE 2003**  
*Amàlia P.S. / Motuin, SL*

**Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: determinació del preu just en els casos d'opció de compra i compravenda posterior. Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: abast de la prova pericial. Opció de compra: naturalesa jurídica. Recurs de cassació: admissibilitat del recurs si les deficiències que s'esmenten no han produït cap mena d'indefensió. Recurs de cassació: admissibilitat del recurs per manca de doctrina consolidada de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el recurs extraordinari de cassació interposat per la representació de l'entitat Motuin, SL, representada davant d'aquest Tribunal per la procuradora Sra. Elisabeth Hernández Vilagrasa i dirigida per l'advocat Sr. Joan Corominas Vidal, contra la Sentència dictada per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Tarragona el 2 d'octubre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 7 de Reus, de 7 de febrer de 2002, en les actuacions de judici de menor quantia 484/00. La Sra. Amàlia P. S., aquí part recorreguda, ha estat representada per la procuradora Sra. Roser Castelló Lasauca i defensada pel lletrat Sr. David Fargas Mas.

#### ANTECEDENTS DE FET

**Primer.** La representació processal de l'entitat Motuin, SL, va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència dictada en data 2 d'octubre de 2002 per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Tarragona en el seu rotlle d'apel·lació núm. 259/02, que en la seva part dispositiva deia: "Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por Motuin, SL, contra la Sentencia dictada en 7 de febrero de 2002, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Reus, cuya resolución confirmamos íntegramente, con imposición al apelante de las costas del recurso".

**Segon.** Per interlocutòria de data 6 de març de 2003 aquesta Sala va decidir admetre el recurs de cassació interposat, al qual s'ha oposat la part recorreguda. Posteriorment es va assenyalar dia per a la celebració de la vista, que es va efectuar el 5 de maig passat.

Ha estat ponent la magistrada Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Per tal de facilitar la comprensió d'aquest recurs de cassació que correspon resoldre a la Sala, escau fixar els següents antecedents d'índole fàctica:

a) Amb data 25 d'agost de 1996 el senyor José M. G. (que és el causant de l'agent senyora Amàlia P. S.) va subscriure amb la societat mercantil demandada Motuin, SL, un contracte d'arrendament amb relació a una finca propietat del primer que es troba en la parcel·la número XX del polígon XX del cadastre Municipal de Riudoms, d'una extensió aproximada (en la data del contracte) de 1.922 metres quadrats.

b) En la clàusula dotzena de l'esmentat contracte es va pactar un dret d'opció de compra en favor de l'arrendatària d'una duració de cinc anys, amb expressa estipulació dels següents preus: cinc milions de pessetes per al cas d'exercir el dret d'opció el primer any, cinc milions tres-cents mil pessetes en cas de fer-ho el segon, cinc milions sis-cents mil pessetes si l'any és el tercer, cinc milions nou-cents mil pessetes si és el quart i, finalment, sis milions dues-cents mil pessetes en cas de decidir l'optant l'exercici del dret el cinquè i últim any de vigència d'aquest.

c) Després de la defunció del senyor José M. G., la seva drethavent, senyora Amàlia P. S., va presentar (el 19 de desembre del 2000) una demanda en el *petitum* de la qual suplicava que es declarés la rescissió per lesió del contracte de compravenda subscrit entre les litigants, o de forma subsidiària es declarés que la demandada havia de pagar de forma íntegra el preu estipulat en el contracte de compravenda.

d) En l'esmentada demanda la demandant explicava haver rebut recentment una carta de la demandada Motuin, SL, en la qual s'exercia l'opció de compra suara descrita, i es feia expressa referència al fet que el preu de la compravenda fixat en el contracte descrit havia d'ésser reduït en un 30%, percentatge en què s'havia reduït la superfície de la finca litigiosa a causa d'unes obres d'urbanització de la zona.

e) La demandada s'oposà a l'acció rescissòria esgrimida per la contrària adduint que: 1) en cap moment el causant de l'agent havia formulat denúncia del contracte que vincula les parts litigants, tot i ésser coneixedor que unes obres d'urbanització de la zona alteraven el valor del solar, i 2) que el preu just a què fa al·lusió l'article 323 de la Compilació del dret civil de Catalunya ha d'ésser determinat en el moment de perfecció del contracte (que situava en el moment d'atorgar el dret d'opció) i no en el moment de consumació d'aquell.

f) La sentència dictada en primera instància va estimar la demanda formulada per la senyora Amàlia P. S. i va declarar la rescissió per lesió del contracte de compravenda atorgat amb relació a la finca descrita. Motuin, SL, va interposar recurs d'apel·lació contra la sentència de primera instància, a conseqüència del qual fou dictada nova decisió de l'Audiència Provincial de Tarragona que desestimà el recurs d'apel·lació presentat.

Contra les dues sentències esmentades, que són contràries a les seves pretensions, s'alça la demandada Motuin, SL, la qual combat la resolució de l'Audiència pels motius que tot seguit s'han d'abordar.

En el recurs es denuncia infracció de la jurisprudència d'aquest Tribunal Superior de Justícia i, en concret, s'invoquen en primer lloc les sentències de 22 de març de 1993 i de 24 de febrer de 1994, ja que, segons entén la recurrent, aquesta última decisió en cap cas



estableix una doctrina innovadora, sinó que dóna suport la que ja se seguia en les dues anteriors sentències.

En el cos del motiu del recurs es fa expressa referència al fet que en el contracte d'opció de compra l'efecte de l'opció "es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla en el plazo aludido". I també es fa menció que "una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado y comunicada al concedente, se extingue o queda consumada la opción y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse con relación a éste el concurso del consentimiento exigido por la ley, sin que el optatario o concedente de la opción pueda hacer nada para frustrar su efectividad".

**Segon.** Abans d'abordar l'anàlisi dels motius del recurs, la Sala ha de pronunciar-se sobre un defecte formal invocat per la part contra la qual es recorre, a saber, la inadmissió *ad limine* del recurs pel fet que la recurrent no va acompanyar l'escrit d'interposició del recurs de cassació amb la certificació de la sentència impugnada.

La pretensió exposada no pot ésser atesa pel fet que ni la recurrent denuncia ni la Sala detecta cap mena d'indefensió, i el cert és que la certificació exigida per la llei figura al rotlle de cassació, i la part que impugna el recurs n'és totalment coneixedora, per la qual cosa la denúncia feta no pot comportar unes conseqüències tan nocives com les invocades, quan resta palès que la suposada omissió no va tenir transcendència.

També al·lega la part contra la qual es recorre, com a segon supòsit d'inadmissibilitat del recurs, el fet que, al seu entendre, de les sentències esmentades en el recurs no se'n deriva la doctrina que pretén la recurrent.

Tampoc pot reeixir l'anterior consideració encaminada a la inadmissibilitat del recurs de cassació, ja que aquesta Sala, en interlocutòria de 6 de març de 2003, va admetre el recurs de cassació perquè va considerar que l'interès cassacional hi és present pel fet de no haver-hi doctrina consolidada d'aquest Tribunal al voltant del *thema decidendi*, i aquesta circumstància és suficient per a satisfer les exigències de l'article 477 de la Llei d'enjudiciament civil.

Correspon ara abordar el nus gordià objecte de la contesa, que queda palès per virtut de les pretensions esgrimides per la recurrent en el recurs quan invoca infracció de la jurisprudència d'aquest Tribunal Superior de Justícia amb expressa cita de les sentències de 24 de febrer de 1994 i 22 de març de 1993.

Amb l'anterior invocació assegura la recurrent que el "preu just" de què parla l'article 323 de la Compilació del dret civil de Catalunya, ha d'ésser fixat a partir del preu de l'immoble alienat en la data d'atorgament de l'opció de compra, i en cap cas en la data de perfecció de l'ulterior contracte de compravenda que és, precisament, conseqüència de l'exercici del dret d'opció.

De forma prioritària és procedent recordar el text de l'article 321 de l'esmentada Compilació, que regula una acció pròpia del dret català i que ha donat lloc a nombrosos litigis que ha tingut oportunitat de resoldre aquesta mateixa Sala, a saber: "Els contractes de compravenda, permuta i altres de caràcter onerosos, relatius a béns immobles, en què l'alienant hagi sofert lesió en més de la meitat del preu just, seran rescindibles a instància seva, baldament en els contractes concorrin tots els requisits necessaris per a la seva validesa".

El Tribunal Suprem i aquesta mateixa Sala s'han pronunciat en relació amb l'exercici de l'acció rescissòria en els contractes d'opció de compra quan l'agent invocava lesió en més de la meitat del preu just, i s'han decantat per rebutjar la possibilitat rescissòria quan la

compravenda no s'havia perfeccionat, pel fet que l'article 321 de la Compilació exigeix la condició d'alienant que, de forma òbvia, no ostenta el concedent o promitent d'una opció.

Així, diverses de les sentències invocades per l'Audiència i, nogensmenys, per la part contra la qual es recorre, per tal de mantenir la seva tesi en favor que el preu just ha d'ésser el corresponent a la data d'exercici del dret d'opció —o sigui el corresponent al moment de perfecció del contracte de compravenda—, en realitat giraven sobre la possibilitat de l'acció rescissòria en relació amb el contracte d'opció. Això provoca que en les esmentades decisions la determinació de la data temporal per a fixar el preu just només era objecte d'anàlisi de forma tangencial. Podrien ésser citades entre d'altres les sentències del Tribunal Suprem de 18 de maig de 1955, 7 de novembre de 1967, 20 de juny de 1976, 24 de maig de 1985 i 13 de desembre de 2000.

A propòsit del que s'acaba de dir, és escaient afirmar que el Tribunal Suprem no ha abordat un estudi de calat en relació amb el tema que ara ens ocupa: determinació de la fita temporal de la qual hem de partir per a fixar el preu just quan, com succeeix en el cas debatut, hi ha una distància de temps prou important entre el moment de concloure el contracte d'opció de compra i el moment d'exercici d'aquest dret d'opció o de perfeccionament de la compravenda, que provoca que si bé el preu en el moment del contracte d'opció era just, s'ha convertit en un preu inferior en més de la meitat del que seria procedent en el moment d'exercici de l'opció.

Malgrat el que s'ha exposat, les sentències del Tribunal Suprem de 20 de juny de 1975 i 10 d'octubre del mateix any, entre d'altres, i les d'aquest Tribunal Superior de Justícia de 22 de març i 9 de novembre de 1993, determinen la fixació del preu just en consideració a la data de perfecció del contracte de compravenda.

Així el TS, en la Sentència de 20 de juny de 1975 raona que “al celebrarse los contratos de compraventa o permuta, es decir, al operarse el cambio real de cosas por dinero o por cosas, es precisamente el momento en que puede producirse un desfase en el patrimonio del vendedor, al acusar la salida, de lo que fue objeto de la venta o permuta, una disminución en más de la mitad de su valor”. I, nogensmenys, en la Sentència de 10 d'octubre de 1975 el TS diu: “el enajenante, en el sentido que expresa, no surge de la opción, por no operar cambio alguno durante su vigencia, como ha declarado recientemente esta Sala respecto a las promesas bilaterales de comprar y vender en la S. de 20 de junio de 1975, por lo que la lesión *ultra dimidium* en que se basa, nacería en el supuesto de que se produjera la transmisión patrimonial del bien inmueble objeto de la opción, pero no antes”.

En canvi, la Sentència d'aquest Tribunal Superior de Justícia de 24 de febrer de 1994, fa un gir radical i centra la determinació del preu just a la data en què es contrau el dret d'opció.

La sentència esmentada sembla en un primer moment decidir el tema litigiós per mor de les circumstàncies que concorren en el cas concret, però més endavant aborda de ple el tema que ens ocupa i accepta sense dubtes la doctrina que invoca la part recurrent en el sentit que el preu just s'ha de determinar d'acord amb les circumstàncies temporals del moment en què es perfecciona el dret d'opció.

És per tan de molt interès posar en relleu les consideracions en què incideix la sentència de què es tracta: “en el cas que origina aquest recurs de cassació, sembla clar que en les anomenades escriptures públiques d'opció de compra de 6 de maig de 1985 i de 20 de gener de 1987 el que realment van convenir els litigants va ésser un contracte de compravenda, al qual es va incorporar un anomenat *pacte d'opció a favor de l'adquirent*, perquè en aquests con-

tractes apareix la plena conformitat dels interessats sobre la cosa objecte del contracte i el preu convingut, i aquesta conformitat determina la perfecció del contracte de compravenda segons l'article 1450 del Codi civil, encara que no s'hagi lliurat la cosa o pagat el preu”.

La sentència que ara es objecte d'anàlisi també destaca una circumstància que considera significativa, com és que en el moment de convenir-se el dret d'opció el concedent d'aquest dret va percebre una quantitat gens menyspreable, gairebé el deu per cent del preu total convingut. També remarca que el contracte regula una espècie de clàusula d'estabilització que operaria en el cas que, per circumstàncies alienes a la voluntat dels contractants, s'hagués de prorrogar el termini per a l'execució de la compravenda convinguda. És una afirmació de la sentència analitzada la que conclou en el sentit que de la interpretació del contracte se'n deriva que els contractants realment varen convenir una “compravenda d'execució o compliment diferit, segons la qual per tal d'apreciar l'existència de lesió hom s'atindrà al valor en venda de la cosa quan s'atorgui el contracte (...) amb finalitat translativa referent a un immoble que es va convenir en l'anomenada escriptura d'opció de compra”.

Finalment, com s'ha dit, la sentència aborda sense por el tema que ara interessa i diu: “I encara una darrera precisió. Com és la d'arribar a la mateixa conclusió fins i tot en el supòsit que es faci una interpretació literal dels contractes de 1985 i 1987 —d'acord amb allò que es preveu a l'article 1261, apartat primer, del Codi civil—, i per consegüent s'entengui que en aquestes escriptures públiques es va convenir realment una opció de compra. Perquè, segons una autoritzada opinió doctrinal, l'exercici del dret d'opció implica el compliment d'una relació jurídica que ja es va establir, és a dir, comporta demanar el compliment de les obligacions que ja havien assumit les parts quan es va pactar l'opció”.

La sentència analitzada segueix una autoritzada doctrina que es decanta per no considerar el dret d'opció com un contracte específic i autònom, sinó com una simple clàusula incorporada en un contracte perfecte o en un contracte de promesa o precontracte. Diu aquesta doctrina que, si no existís l'opció, el contracte naixeria ferm, però com que existeix, la perfecció del contracte queda en suspens a fi que l'optant pugui mentrestant deliberar i decidir sobre si portar el contracte endavant o desistir-ne i deixar-lo ineficax.

El contracte d'opció no es pot confondre amb una oferta irrevocable, ja que en aquest darrer supòsit només concorre la declaració de voluntat de l'oferent, que pot ésser retirada mentre no ha estat acceptada. En canvi, en l'opció hi ha un negoci de perfecció bilateral del qual resulta l'existència de la facultat unilateral d'optar sense perjudici d'incloure una obligació a càrrec de l'optant, com el pagament d'un preu o prima.

El fonament del dret d'opció radica en la utilitat que en el trànsit jurídic immobiliari hi hagi una institució que permeti a una persona adquirir, dintre d'un límit temporal i per un preu prefixat, una determinada finca, quan en el moment de concessió de l'opció no hi està encara disposada per manca d'efectiu o per altres causes.

La naturalesa del dret d'opció, d'acord amb les anteriors premisses, i la finalitat a què va encaminada aquesta relació jurídica bilateral, impedeixen que el preu just de què parla l'article 323 de la Compilació catalana sigui el derivat de la data d'exercici del dret i de perfecció del contracte de compravenda, ja que en aquest cas es veuria frustrada la finalitat del contracte.

El vincle de voluntat és perfecte i ferm en la data d'atorgament de l'opció, el preu es fixa en consideració a les circumstàncies d'aquest moment, i és força freqüent que es pacti una prima o un preu en favor del promitent o concedent, a canvi del dret concedit, que li impedeix disposar de l'immoble durant el temps previst per a l'exercici del dret d'opció.

Per tant, fixar el moment de determinació del preu just en la data d'exercici de l'opció o de perfecció de la compravenda, suposaria introduir un element totalment pertorbador i aliè a la naturalesa del contracte i a la voluntat de les parts, que per tant ha d'ésser eradicat.

Al voltant del contracte d'opció s'hi emmarca una circumstància que pot incidir tant a favor com en contra de l'optant i del promitent: la variació de valor de l'immoble objecte de l'opció. Aquesta característica del dret de què ara es tracta quedaria en certa manera mitigada o suprimida en el cas que el concedent tingués en favor seu la possibilitat hipotètica de rescindir el contracte quan el preu de l'objecte de l'opció s'incrementés tant durant el termini previst per a l'exercici del dret que excedís en més de la meitat el preu previst per les parts.

Corol·lari de les anteriors argumentacions és que la Sala s'inclina totalment per la tesi sustentada per la recurrent, en el sentit que el preu just s'ha de determinar d'acord amb el valor en venda de l'immoble en litigi en la data d'atorgament de l'opció, i, com es dirà, aquest en cap cas excedeix en més de la meitat el que pactaren les parts, i que s'ha concretat en el fonament primer d'aquesta sentència.

La postura assumida per aquesta Sala en un tema tan controvertit i complex per les argumentacions que poden adduir-se tant a favor com en contra de cada uns dels plantejaments que aquí s'han debatut, obliga a considerar si l'esmentada postura concorda bé amb la regulació dels innovadors drets d'adquisició voluntària i preferent reconeguts per la Llei 22/2001, de 31 de desembre, dictada pel Parlament de Catalunya, atès que, en aquesta nova regulació, s'allarguen més els terminis que els contractants puguin fixar per a l'exercici dels drets d'opció, tempteig i retracta.

A l'entendre de la Sala, la nova regulació legislativa no incideix desfavorablement en les consideracions contingudes en la sentència, sinó que pel fet de permetre de forma expressa la constitució dels esmentats drets de forma onerosa (art. 23 de la Llei) determina la possibilitat a què hauran d'acudir els contractants en cas d'instituir drets d'adquisició preferent per períodes llargs, en forma de clàusules d'estabilització o d'increment del preu (com altrament succeeix en el cas debatut) per tal d'impedir que el transcurs del temps incideixi negativament en l'equilibri de prestacions de què es parteix en la data del contracte.

**Tercer.** També combat la part recurrent la sentència de l'Audiència perquè entén que la base objectiva en què se sustenta no és encertada. En concret, al·lega que el valor en venda del terreny (el preu just a què fa esment l'article 323 de la Compilació) s'ha de determinar d'acord amb la prova pericial que, segons diu, no fou practicada en la instància, des de la mateixa perspectiva, addueix, que la sentència que impugna es basa en un dictamen de part que fou únicament comentat per un expert judicial.

Aquestes consideracions estan ara mancades de transcendència, ja que havent reeixit el motiu de recurs que parteix del fet que el preu just en cas de contracte de compravenda que porta annex un dret d'opció, és el determinat pel valor de la cosa venuda, en relació amb d'altres iguals o anàlogues (art. 323 de la compilació) en la data de contraure el dret d'opció, els interessos de la recurrent han estat aollits; per tant, no cal ara analitzar cap més al·legació que tendeixi a assolir aquells interessos.

Només escau posar en relleu que una lectura del foli 103 de les actuacions de primera instància permet detectar que la senyora Amàlia P. S. accepta sense reserves la valoració pericial que fixa el preu just en la data d'atorgament de l'opció, i aquest preu no pot ésser considerat en cap cas superior en més de la meitat al determinat per les parts contractants, per la qual cosa no pot reeixir l'acció de rescissió per lesió exercida en la demanda.

Atès el rebuig de la pretensió formulada amb caràcter principal en la demanda, és procedent abordar l'anàlisi de l'esgrimida amb caràcter subsidiari, en el sentit d'exigir al comprador el pagament íntegre del preu pactat en el contracte d'opció.

Els avantdits interessos de la senyora Amàlia P. S. han d'ésser acollits sense més preàmbuls ja que l'article 1091 del Codi civil determina que les obligacions que neixen dels contractes tenen força de llei entre els contractants, i en cap cas, Motuin, SL, ha provat cap circumstància que permeti que els òrgans judicials obviïn allò que van pactar les parts per substituir-ho per quelcom més favorable als interessos de la compradora.

Contràriament a aquesta darrera pretensió, el que escau plantejar-se és la manifestació que fa la demandant en relació amb els més de dos milions de pessetes que, segons diu, es va veure obligada a satisfer per mor de les contribucions especials derivades de les obres del projecte d'urbanització de la zona industrial que afecta la finca litigiosa. En tot cas, com que en aquest litigi no s'ha formulat cap reclamació de quantitat, és procedent no pronunciar-se sobre aquest tema ja que la demandant, si ho considera pertinent, pot reclamar l'import que cregui oportú en un altre litigi.

Totes les fonamentacions anteriors condueixen a l'estimació de la pretensió esgrimida de forma subsidiària en la demanda.

Pel que fa al tema de les costes: *a)* no escau fer imposició de les de primera instància perquè l'estimació de la demanda només inclou la pretensió subsidiària i el cas en litigi presenta seriosos dubtes de dret; *b)* pel fet de presentar, doncs, el *thema decidendi* aquests seriosos dubtes de dret, no és procedent tampoc fer expressa imposició de les costes provocades per l'apel·lació i la cassació.

Per consegüent,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix estimar el recurs de cassació interposat per la procuradora Elisabeth Hernández Vilagrassa, en nom i representació de Motuin, SL, contra la Sentència dictada per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Tarragona en el rotlle d'apel·lació 259/02, de 2 d'octubre de 2002, i per tant és procedent revocar l'anterior decissió, i estimar únicament en part la demanda plantejada per la procuradora Sra. Elisabeth Hernández Vilagrassa, en nom i representació de Motuin, SL, i declarar que el preu a pagar per a l'exercici del dret d'opció de compra atorgat en el contracte de 25 d'agost de 1996 que vincula ambdues parts litigants és el que de forma expressa hi consta.

No escau fer expressa condemna en costes ni pel que fa a les de primera instància ni tampoc en relació amb les causades en el recurs d'apel·lació i cassació.

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

## INTERLOCUTÒRIA DE 26 DE MAIG DE 2003

Presidenta:  
Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada  
Magistrats:  
Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa  
Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Presentat l'escrit anterior de la procuradora Sra. Roser Castelló Lasauca s'uneix a les actuacions, i

### ANTECEDENTS DE FET

**Únic.** La procuradora esmentada, en nom i representació de la Sra. Amàlia P. S., ha presentat un escrit sol·licitant l'aclariment de la sentència dictada en les actuacions de referència de data 19 de maig de 2003.

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

### FONAMENTS DE DRET

**ÚNIC.** Sol·licitat per la representació processal de la part recorreguda l'aclariment de la sentència dictada per aquest Tribunal, i de conformitat amb el que disposen l'art. 367.2 de la Llei orgànica del poder judicial i l'art. 214.3 de la Llei d'enjudiciament civil, és procedent l'aclariment sol·licitat respecte de la seva part dispositiva, segon paràgraf, en el sentit d'estimar únicament en part la demanda plantejada per la procuradora Sra. Àngels Solé Ambrós, en nom i representació de la Sra. Amàlia P. S.

### PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit aclarir la Sentència dictada per aquest Tribunal en data 19 de maig de 2003, a l'apartat segon de la seva part dispositiva, en el sentit que on diu: "(...), i estimar únicament en part la demanda plantejada per la procuradora Sra. Elisabeth Hernández Vilagrassa, en nom i representació de Motuin, SL, (...)" ha de dir: "(...), i estimar únicament en part la demanda plantejada per la procuradora Sra. Àngels Solé Ambrós, en nom i representació de la Sra. Amàlia P. S. (...)"

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

752  
**SENTÈNCIA DE 22 DE MAIG DE 2003**  
*M. Antònia C.T. / Lluís Xavier P.R.*

**Simulació relativa: efectes de la compravenda que dissimula una donació. Causa del contracte: prova de la seva existència. Interpretació del contracte i la seva revisió en el recurs de cassació. Actes propis. Càrrega de la prova: la seva infracció s'ha de denunciar per la via del recurs extraordinari per infracció processal. Prova documental pública: determinació de la seva eficàcia**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 16/2003 contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 848/00, como consecuencia de las actuaciones de juicio de menor cuantía núm. 149/99 seguidas ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 44 de Barcelona. El Sr. Luis Javier P. R. ha interpuesto este recurso representado por el procurador Sr. Federico Barba Sopena y defendido por el letrado Sr. José Juan Pintó Ruiz. Es parte contra la cual se recurre la Sra. Mª Antonia C. T., representada por el procurador Sr. José Rafael Ros Fernández y defendida por el letrado Sr. Felipe Izquierdo Téllez.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El procurador de los tribunales Sr. José Rafael Ros Fernández actuó en nombre y representación de la Sra. Mª Antonia C. T. formulando demanda de juicio declarativo de menor cuantía núm. 149/99 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó Sentencia con fecha 18 de mayo de 2000, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda presentada por el procurador Sr. José Rafael Ros Fernández en la representación que tiene acreditada de Mª Antonia C. T. contra D. Luis Javier P. R., representado por el procurador Sr. Federico Barba Sopena, debo declarar y declaro nulo el contrato de compraventa celebrado el día 29 de marzo de 1988, en escritura pública nº de protocolo 516 de la notaria de Barcelona Doña Berta García Prieto, otorgado entre Doña M. Antonia C. T. y D. Luis Javier P. R., sobre la venta de la mitad indivisa de la finca descrita en el fundamento jurídico primero de esta resolución, declarándose asimismo la nulidad de la escritura pública de igual

fecha con nº de protocolo 517, referente a la declaración de obra nueva en su parte correspondiente, acordándose la cancelación del asiento registral que dicho contrato produjo en el Registro de la Propiedad. Con imposición de costas a la parte demandada”.

**Segundo.** Contra esta sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó Sentencia en fecha 19 de julio de 2002, con la siguiente parte dispositiva: “FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Luis Javier P. R. contra la Sentencia dictada el 18 de mayo de 2000 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Barcelona en las presentes actuaciones, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida; con expresa imposición de las costas causadas en la alzada a la parte apelante.”

**Tercero.** Contra esta sentencia, el procurador Sr. Federico Barba Sopeña, en nombre y representación del Sr. Luis Javier P. R., interpuso recurso de casación que, por auto de esta Sala de fecha 17 de febrero de 2003, se admitió a trámite y del cual se dio traslado a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**Cuarto.** Por providencia de fecha 17 de marzo de 2003 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación, y de conformidad con el art. 485 de la Ley de enjuiciamiento civil se señaló la celebración de vista, que ha tenido lugar el día 28 de abril de 2003 a las 10,30 horas de la mañana.

Se ha designado ponente al Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Se entabla recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 19 de julio de 2002 por la Sección Decimoprimera de la Audiencia Provincial de Barcelona en rollo de apelación 848/2000, procedente del juicio declarativo de menor cuantía nº 149/1999 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona.

En resumen, y como datos interesantes para la resolución del litigio, conviene consignar que:

Interpone Dª. Mª. Antonia C. T. contra su marido D. Luis Javier P. R. demanda en petición de que se declare la nulidad de la escritura de compraventa otorgada en fecha 29 de marzo de 1988 ante la notaria de Barcelona Dª. Berta García Prieto, número de protocolo 516, por simulación absoluta, y la parte correspondiente de la escritura número 517, de declaración de obra nueva, otorgada el mismo día y ante la misma notaria. Aduce la demandante que el precio real (de 6.000.000 pesetas) de la compraventa fue íntegramente pagado por ella, con dinero propio, así como que también abonó la total construcción de la vivienda unifamiliar, y que si en aquel momento se hizo constar la común compra del solar y la construcción de la edificación fue porque convivía maritalmente con el demandado, con quien tiene un hijo en común.

El demandado se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que la compra del solar y la construcción de la vivienda habían sido sufragados con efectivo de ambos convivientes — convivencia que duró catorce años— y que, en cualquier caso, nos encontraríamos ante un



evento de simulación relativa al encubrirse un verdadero contrato de donación, dada la pacífica convivencia que en aquellos momentos sostenía con la actora y la existencia de un hijo fruto de aquella; alegó también que, en realidad, la actora estaba ejercitando una *actio doli*, que habría prescrito por aplicación de lo dispuesto en el art. 1301 del Código civil.

La Sentencia de primera instancia de fecha 18 de mayo de 2000 estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de la compraventa de referencia y la nulidad de la parte correspondiente de la escritura de obra nueva.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes la sentencia de instancia.

Ambas sentencias imponen las costas a la parte demandada.

**Segundo.** El recurso de casación se articula en dieciséis motivos y se vehicula a través del apartado 2 del art. 477 de la Ley de enjuiciamiento civil, al exceder la cuantía del pleito de 25.000.000 pesetas, siendo competente esta Sala para su conocimiento al alegarse —en el motivo noveno— como infringido el art. 39 del Código de familia de Catalunya.

**Tercero.** Se aduce como primer motivo de recurso la infracción del art. 1277 del Código civil y se dice en su desarrollo que la sentencia combatida no ha tenido en cuenta que la causa en los contratos se presume siempre, habiéndose invertido la carga de la prueba.

El motivo debe ser desestimado.

El art. 1277 del Cc establece una presunción *iuris tantum* de existencia y licitud de la causa en los negocios; como tal presunción *iuris tantum* admite prueba en contrario, tanto de la existencia como de la licitud (ver, por todas, las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1997, 20 de marzo y 28 de septiembre de 1998 y 31 de mayo de 1999).

La sentencia recurrida no hace aplicación del artículo anterior y expresa: “En los supuestos de compraventa en que no conste la entrega real del precio al vendedor, tratándose de precio meramente confesado, tal manifestación del vendedor no se halla amparada por la fe pública notarial, correspondiendo, en estos casos, a los demandados la prueba de la existencia del precio ( SS.TS. 15 de noviembre de 1993 y de 16 de marzo de 1994)”.

Lo único, pues, que realiza la Audiencia es atribuir al demandado la prueba del precio entregado, prueba de un *hecho positivo que se encontraba a su alcance*.

La Audiencia concluye —como así había hecho también la magistrada de instancia— que no existe en las actuaciones prueba alguna que apoye las manifestaciones del apelante.

En definitiva, frente a la presunción de existencia y licitud de la causa en la compraventa —entrega del precio— la demandante alega que nada recibió del demandado —*hecho negativo*— y que el mismo no se hallaba en condiciones económicas aptas para sufragar el gasto. El demandado, que tenía en su dominio las posibilidades de prueba del *hecho positivo* —entrega del precio—, nada probó, limitándose a manifestar que “no le salían las cuentas a la actora”.

Como ha dicho y reiterado el Tribunal Supremo, los hechos positivos para la parte contraria proyectan sobre ésta la carga de la prueba (sentencias, entre muchas, de 3 de junio y 5 de noviembre de 1993 y 12 de diciembre de 1994).

No se trata, en consecuencia, de la infracción de una presunción legal sino de la aplicación de un principio probatorio y una valoración de la prueba practicada, misión que exclusivamente corresponde al tribunal de instancia, a menos, como veremos luego, que la misma se presente como arbitraria, ilógica o irrazonable.

**Cuarto.** El motivo segundo de recurso se basa en la infracción del art. 217 de la LEC, apartados 2 y 3, antes art. 1214 del Cc, junto con doctrina jurisprudencial que interpreta este precepto.

El motivo debe ser desestimado en esta fase, como inadmitido hubiera debido ser en su momento.

El motivo, y lo mismo sucede con los numerados cuarto, quinto, décimo y undécimo, se enuncian como motivos de casación cuando, en realidad, son motivos que habilitan el recurso extraordinario por infracción procesal.

La LEC, al derogar determinados artículos del Cc (disposición derogatoria única, apartado 2.1º), ha tenido muy clara su intención de escindir definitivamente los vicios *in iudicando* de los vicios *in procedendo*, situando los primeros como objeto del recurso de casación (vid. art. 477.1) y los segundos como objeto del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469, apartados 2º y 3º), como explícitamente expresa su exposición de motivos (apartado XIV, párrafo octavo). De esta forma, cuantos preceptos del código sustantivo se estimen infringidos podrán constituir el objeto del recurso de casación, mientras que los preceptos procesales, recogidos hoy en la LEC, podrán integrar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Alegándose en el presente caso una supuesta infracción del principio de distribución de la carga de la prueba —motivo que en el fondo tampoco sería estimable, como se ha visto— que encuentra su encuadre normativo en el art. 217 de la Ley procesal, la vía escogida, del recurso de casación, resulta inadecuada.

Y, como se decía, igual ocurre con los motivos cuarto, quinto, décimo y undécimo, donde se denuncian pretendidas infracciones de los arts. 385, 386 y 316.1, todos de la LEC, reguladores, respectivamente, de la apreciación de la prueba de presunciones y del interrogatorio de las partes.

Todos los motivos aludidos deben ser, consiguientemente, rechazados.

**Quinto.** El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1281, párrafo primero, del Cc.

Dicho precepto, como es conocido, encierra una norma hermenéutica que consagra la primacía de la interpretación literal cuando los términos de un contrato son claros y explícitos de la intención de los contratantes. Caso contrario, dice el segundo párrafo del art. 1281, prevalecerá la intención de los contratantes sobre el sentido literal de las cláusulas del negocio.

La sentencia combatida no conculca dicho precepto y el recurso realiza una interpretación parcial y sesgada de la misma, haciendo supuesto de la cuestión, lo cual le está vedado según constante y reiterada doctrina jurisprudencial.

La sentencia, cual se ha dicho, valora, compara y pondera la prueba practicada a instancia de las dos partes contendientes y obtiene la conclusión de que la practicada por la actora demuestra claramente que el demandado nada pagó como precio de la compraventa ni nada abonó en la construcción de la edificación que como obra nueva se inscribe. La Audiencia llega a la evidencia, tras el análisis de aquellas pruebas, de que el contrato de compraventa no existió, pues, como tal, haciendo prevalecer la verdadera intención de los contratantes sobre lo que literalmente dicen los instrumentos públicos que contienen las declaraciones de los contratantes.

La Audiencia, en consecuencia, cumple con el mandato del precepto, y la denuncia de su infracción conduciría al absurdo jurídico de negar la prueba de contrario cuando los términos del contrato aparecen claramente enunciados.

El motivo, en fin, debe ser desestimado.

**Sexto.** El motivo sexto del recurso aduce como infringido el art. 1218 del Cc, en relación con el 1277 y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que cita.

Tampoco este motivo puede prosperar.

Se parte, en el desarrollo del motivo, de la prescripción contenida en el párrafo segundo del art. 1218 en orden a que los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes de las declaraciones de los mismos.

Desconoce u olvida la parte recurrente que contra este principio de prueba cabe siempre la evidencia contraria, y así lo tiene reiteradamente dicho el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de julio de 1993, 6 de mayo de 1994 y 30 de noviembre de 1995, entra otras muchas. Y es más, ni siquiera la prueba documental es de rango superior a otras, sino que debe valorarse el conjunto probatorio (sentencias de 8 de febrero de 1995, 17 de marzo y 4 de septiembre de 1997, etc.).

Este conjunto probatorio ha sido analizado y ponderado por la Audiencia y —aquí debe repetirse— la denuncia de la infracción del art. 1218 por la vía utilizada conduciría al absurdo de negar eficacia a toda prueba contraria al contenido de un instrumento público.

**Séptimo.** El siguiente motivo de recurso —séptimo— invoca la infracción de la doctrina de los actos propios y, en concreto, de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1997 y 30 de enero de 1999.

Imputa a este motivo la parte recurrida la no invocación de precepto sustantivo que lo fundamenta, con infracción —se dice— de lo dispuesto en el numeral 1º del art. 477 de la LEC.

Toda la doctrina jurisprudencial que se conoce ha apoyado la vigencia del principio que veda el *venire contra factum proprium* en el art. 7 del Cc, de modo que, en este sentido, no hay dificultad en integrar el contenido del motivo de recurso, sin producir indefensión a la parte contraria.

Y, efectivamente, este principio se ha visto aplicado en las sentencias que cita la parte recurrente, como también lo ha sido en sentencias más modernas, así las de 28 de enero y 9 de mayo de 2000 y, singularmente, como resumen de la doctrina del Tribunal Supremo, en la de 21 de mayo de 2001, que se expresa así: “Esta Sala tiene declarado que para la aplicación de la doctrina de los actos propios es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SSTS de 6 de abril y 4 de julio de 1962); y como ha señalado la STS de 28 de enero de 2000 ‘el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (*nemo potest contra proprium actum venire*), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código civil, que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina (recogida en numerosas SSTS, como las de 27 de enero y 24 de junio 1996, 19

de mayo y 23 julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto (SSTS de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico'. Por demás, la construcción jurisprudencial respecto a los requisitos para que los actos propios vengan a ser vinculantes exige que los mismos como expresión del consentimiento han de realizarse con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo, y para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos (SSTS 16 de febrero de 1988, 25 de enero de 1989, 6 de noviembre de 1990, 14 de mayo de 1991 y 27 de junio de 1991), con lo que viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto (SSTS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1992)."

Es evidente que todos estos elementos se dan en el evento enjuiciado. Se trata, sí, de un acto solemne en que las partes, clara y explícitamente, muestran su voluntad concluyente de alterar o modificar una situación jurídica.

Pero precisamente lo que aquí se discute es la conformidad de la voluntad declarada con la verdadera intención de los contratantes, esto es, si lo manifestado coincide con lo querido.

Nuevamente, pues, se hace supuesto de la cuestión y se dice: si los contratantes declararon lo que declararon han de estar y pasar por ello. Y esto es así, efectivamente, a menos que se demuestre que lo declarado no coincide con lo deseado.

Actuar de otro modo y elevar el principio del acto propio a la categoría de valor inamovible sería tanto como negar toda virtualidad a la acción de simulación y todo valor también al acto *disimulado*, en contra de la constante doctrina del Tribunal Supremo.

**Octavo.** El octavo motivo de recurso se basa en la infracción de doctrina jurisprudencial y, en concreto, de las sentencias de esta Sala de 16 de julio de 1992, 7 de diciembre del mismo año, 12 de noviembre y 15 de diciembre de 1994 y las del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1989 y 1 de febrero y 18 de marzo de 2002. Se dice en el desarrollo del recurso que la jurisprudencia indicada proclama "la improcedencia de declarar la nulidad absoluta del negocio y de negar toda validez y efecto al mismo y, por el contrario, la necesidad de mantener el negocio subyacente, bien al apreciar la existencia de un negocio *mixtum cum donationem*, bien al proclamar la existencia de una donación, en ambos casos por razón de ánimo de liberalidad presumible en tales situaciones, con la única limitación de no perjudicar derechos de terceros, pues es claro que nadie otorga unas escrituras por el mero hecho de otorgarlas y sin ninguna finalidad". Aduce el recurrente en apoyo de su tesis que las escrituras cuya nulidad absoluta ahora se pretende deben valer, en cualquier caso, como donación, pues en el momento en que se otorgaron existía una mutua y pacífica convivencia, *more uxorio*, con descendencia común, que incluso había propiciado el otorgamiento por parte del mismo de un testamento —único por ahora— en el que nombraba heredera universal a la actora con sustitución vulgar a favor del hijo común y de las dos hijas de aquella por terceras e iguales partes.

La parte recurrida se opone a la estimación —y admisión en su día— del motivo aducido, invocando el art. 477.1 de la LEC, según el cual "el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", y el recurrente no cita ninguna norma sustantiva que apoye el recurso.

Procede, sin embargo, el análisis del motivo. De una parte, el recurso de casación es admisible, como se sabe, cuando presenta interés casacional, y este se da cuando la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia (art. 477.3, último párrafo); de otra, el motivo es susceptible de integración sin esfuerzo y sin indefensión de la parte contraria, en la medida en que toda acción de simulación se basa en el art. 1276 del Código civil y la validez del contrato disimulado surge también del mismo precepto en cuanto permite desvelar la existencia de una causa verdadera y lícita distinta de la expresada en el contrato.

Y el motivo debe ser estimado.

La materia, efectivamente, ha sido tratada abundantemente por esta Sala y son ejemplos de ello las sentencias citadas por la parte recurrente, como las más modernas de 6 de febrero de 1995 (que compendia la doctrina jurisprudencial habida hasta el momento), 29 de julio de 1996 y 4 de mayo y 18 de junio de 1998.

En definitiva, esta Sala no ha hecho sino acoger la tesis jurisprudencial según la cual debe indagarse cuál fue la verdadera intención de los contratantes cuando uno de ellos alega que la voluntad reflejada en el contrato no se corresponde con la realidad y que donde se dice celebrar un contrato de compraventa en verdad se celebró una donación. Esta tesis encuentra reflejo en numerosísimas sentencias de nuestro Tribunal Supremo de las que son puros ejemplos las de fechas 25 de mayo de 1944, 20 de enero de 1950, 16 de noviembre de 1956, 26 de junio de 1961, 20 de octubre de 1966, 28 de febrero de 1978, 19 de noviembre de 1987, 3 de diciembre de 1988, 22 de enero de 1991, 13 de diciembre de 1993, etc.

Lo único exigible es que se dé una cumplida prueba de los hechos y que se cubran los requisitos formales de la donación —en este caso, de inmuebles— esto es, la escritura pública, el *animus donandi* y la aceptación del donatario.

En el evento presente, ni la sentencia de primera instancia ni la que es ahora objeto de recurso analizan el contexto en que el negocio jurídico se produjo, limitándose la primera a afirmar que “la doctrina jurisprudencial viene estableciendo (STS de 24.6.88, 2.12.88, 27.12.89 y 1.10.91, entre otras) que una donación disfrazada bajo la apariencia de compraventa es nula, aun constanding ésta en documento público, por carecer del requisito de forma exigido en el art. 633 del CC, entendiéndose que el contenido, el consentimiento y la causa manifestados ante el notario, y autorizados por éste, estaban dirigidos a un contrato oneroso y no podían servir para llenar las exigencias formales de un acto de liberalidad”, tesis que choca con la Sentencia de 23 de septiembre de 1989 (con igual doctrina de las de 9 de mayo de 1988 y 22 de enero de 1991) que expresa: “yerra el recurrente al estimar que la exigencia de escritura pública de donación no se cumple aplicando lo que el notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el notario estaba autorizando un contrato de donación”; mientras que la segunda sentencia argumenta que: “Para la validez de la donación es preciso que aparezca sin duda el *animus donandi* en el transmitente. En el presente caso, de los actos previos al contrato, coetáneos y posteriores, es claro que los litigantes otorgaron un verdadero contrato de compraventa sin causa —precio—, pues su voluntad fue clara al celebrar el contrato y nada vetaba el otorgamiento de una donación como acto de liberalidad entre las partes unidas por el afecto y la convivencia”; es decir, la Audiencia, olvidando toda regla de lógica y en interpretación absolutamente alejada de la realidad, viene a sostener que los convivientes acudieron al notario a celebrar un contrato porque sí, es decir, sin causa alguna y sin valor jurídico alguno.

Una valoración más cuidadosa de la prueba demuestra, por el contrario, que: en el año 1985, la demandante, D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Antonia T. C., que gozaba por aquel entonces de una cómoda posición económica, tras enviudar de su marido en mayo de 1984 pasó a convivir maritalmente con el demandado D. Luis Javier P. R., médico de profesión (hechos aducidos por la propia actora); a principios de 1986 nació un hijo común, Javier, según documento aportado por la actora; ésta tenía ya dos hijas, habidas de su matrimonio, como convienen ambas partes; la convivencia de los litigantes duró quince años (hecho aportado por el demandado y no negado), sin que llegaran a contraer matrimonio; la finca, sita en Cadaqués, fue adquirida por la demandante en 1986 y sobre la misma se construyó una casa unifamiliar aislada; las escrituras cuya nulidad se postula fueron otorgadas el 29 de marzo de 1988 y en la primera de ellas la actora *vendía* al demandado la mitad indivisa de la misma.

Estos hechos *expresamente* probados, una convivencia *more uxorio* que duró hasta 1999 y la acción de nulidad postulada cuando la convivencia cesa, hubiera debido de modular la exégesis de la Audiencia.

La actora funda su acción en un único razonamiento: “El aquí demandado, mediante el empleo de la argucia convenció a mi mandante para que otorgara la escritura de compraventa de la mitad indivisa (documento acompañado de nº 2) con la excusa de que si a ella le sucedía algo fatal, el hijo de ambos quedaría desprotegido frente a sus dos hermanas (fruto del anterior matrimonio de mi poderdante). Mi mandante y el demandado no estaban casados y finalmente nunca han llegado a contraer matrimonio”.

Una interpretación lógica de los hechos anteriores conduce a contrario criterio. La común convivencia, el afecto mutuo y la existencia de un hijo son hechos relevantes a la hora de presumir la puesta en común de la adquisición de una segunda vivienda y, por tanto, de la donación al conviviente y padre del hijo, de la mitad de aquel inmueble. Que tal donación se encubriera bajo la apariencia de un contrato de compraventa aparece entonces lógico si se conecta con una futura integración de la masa hereditaria.

Con ello queda cumplido el requisito de la prueba del *animus donandi* y, por supuesto, se da también el instrumento formal de la escritura pública, quedando tan sólo la expresión implícita de la aceptación del donatario.

Como se decía en la citada sentencia de 6 de febrero de 1995, tras analizar las dos posturas jurisprudenciales en torno a los requisitos exigidos para declarar la existencia y validez del negocio disimulado (la rígida, de exigir la expresión de la aceptación del donatario en la escritura, y la flexible, de suponerla cuando se da el consenso de voluntades respecto del negocio simulado, único que se explicita en el documento público), “Este Tribunal Superior se inclina por la solución más flexible y menos formalista, que goza de un importante apoyo doctrinal y acogió en S. 16 de julio de 1992”. En esa línea, se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1978, según la cual “cuando una donación se disimula bajo la apariencia de una compraventa, la intervención de los fingidos compradores, pero reales donatarios, en la escritura correspondiente, supone la aceptación de este acto de liberalidad, sin que pueda exigirse, como es lógico, la expresión de que se acepta el contrato encubierto, que, precisamente, tratan de ocultar los contratantes, y que quedaría al descubierto si se hiciera constar la conformidad con la realidad jurídica”.

Definitivamente, pues, debe estimarse la existencia y validez de un negocio disimulado de donación en la escritura de compraventa cuya nulidad absoluta se pretende, y con ello el presente recurso, sin necesidad de entrar a examinar los restantes motivos aducidos por el recurrente.

**Noveno.** Al estimarse el recurso procede, de conformidad con el art. 398 de la LEC., no condenar en costas a ninguno de los litigantes, con lo que se entenderán modificadas en este sentido las sentencias de instancia.

Por todo lo expuesto,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el procurador de los tribunales D. Federico Barba Sopena, en nombre y representación procesal de D. Luis Javier P. R., contra la Sentencia de fecha 19 de julio de 2002 dictada por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona en rollo de apelación 848/2000, procedente de juicio declarativo de menor cuantía 149/1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona; en su consecuencia, declaramos nula la compraventa otorgada en fecha 29 de marzo de 1988 por D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Antonia C. y D. Luis Javier P. R. ante la notaria de Barcelona D<sup>a</sup>. Berta García Prieto, número de protocolo 516, y la parte correspondiente de la escritura de declaración de obra nueva otorgada por los mismos, ante la misma notaria y en la misma fecha, número de protocolo 517; declaramos, por el contrario, la existencia y validez de un contrato de donación otorgado en el mismo instrumento notarial por D<sup>a</sup>. María Antonia C. a favor de D. Luis Javier P. sobre la mitad de la finca que en dichas escrituras se describe; debiendo procederse a adecuar la realidad registral a la jurídica declarada mediante los oportunos mandamientos de rectificación de los asientos registrales; todo ello sin condena en costas de los litigantes en las dos instancias y en este recurso.

Notifíquese a las partes la presente resolución y con testimonio de la misma remítase el rollo y los autos originales a la Sección indicada.

Así por esta, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

753  
**INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE MAIG DE 2003**

**Recurs de cassació per infracció de precepte constitucional: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Presentats els anteriors escrits de les procuradores Sra. Cristina Baidés Sallent i Sra. Beatriz de Miquel Balmes, s'uneixen a les actuacions. Es tenen per efectuades les al·legacions que s'hi contenen i,

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal de la Sra. M. Salud P. T. va interposar recurs de cassació contra la Sentència de data 13 de desembre de 2002 dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació 871/01. Per provisió de data 12 de maig de 2003 es va traslladar a les parts per termini de deu dies a fi d'efectuar les al·legacions escaients d'acord amb el que disposa l'art. 484.1 de la LEC.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** Pel que fa a la distribució de competències per a conèixer del recurs de cassació civil entre la Sala Primera del Tribunal Suprem i les sales civils dels tribunals superiors de justícia, que amb caràcter general es regula a l'article 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial, hi ha una norma específica a l'article 5.4 de la mateixa llei, en què s'estableix: "En todos los casos en que, según la ley, proceda el recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional".

En el cas que origina aquesta resolució, el motiu primer del recurs de cassació al·lega infracció dels articles 15, 39.2 i 27 de la Constitució. Per consegüent, i en aplicació dels preceptes esmentats, és clar que aquest Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no és competent per entendre del recurs de cassació, com admeten també les parts recurrent i recorreguda.



Per tot el que s'ha exposat,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit que aquesta Sala s'ha de declarar incompetent per a conèixer del present recurs de casació, interposat per la procuradora dels tribunals senyora Cristina Baidés i Sallent, que actua en nom i representació de la senyora Maria de la Salut P. i T., contra la Sentència dictada per la Secció Divuitena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 13 de desembre de 2002 en el rotlle d'apel·lació 871/2001, perquè s'estima que la competència correspon a la Sala Primera del Tribunal Suprem, a la qual es remetran les actuacions i amb citació a termini de les parts perquè compareguin davant la Sala esmentada en el termini de deu dies.

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

754  
**SENTÈNCIA DE 29 DE MAIG DE 2003**  
*Jordi S.B. / Josep S.Z. i un altre*

**Interpretació del contracte i la seva revisió en el recurs de cassació**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist el recurs de cassació núm. 70/2002 contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotllo 1524/1997, com a conseqüència de les actuacions de judici de menor quantia núm. 29/1997 seguides davant el Jutjat de 1a Instància núm. 2 de Sant Feliu de Llobregat. El Sr. Jorge S. B. ha interposat aquest recurs representat pel procurador Sr. Àngel Montero Brusell i defensat pel lletrat Sr. Juan Pedro Marín Nieto. És part contra la qual es recorre el Sr. José S. Z. i el Sr. José S. B., que han estat representats pel procurador Sr. Carles Badia Martínez i defensats pel lletrat Sr. Luis Sala Torregasa.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Miguel Àngel Montero Reiter, que va actuar en nom i representació del Sr. Jorge S. B., va formular demanda de judici de menor quantia núm. 29/1997 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 2 de Sant Feliu de Llobregat. Seguida la tramitació legal, el jutjat indicat va dictar sentència amb data 20 de novembre de 1997, la part dispositiva de la qual diu el següent: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el procurador Sr. Montero Reiter, en nombre y representación de D. Jorge S. B., contra D. José S. Z. y D. José S. B., debo declarar y declaro que ha lugar a la disolución de la comunidad dominical respecto de 440 acciones Banco de Sabadell, de 500 ptas. de valor nominal cada una, números 4017913/62, 2362826/75, 4846190/205, 6159963/6008, 7807257/79, 88553004/26, 9906944/66, 11353381/426, 13109944/70, 14959468/527, 17755294/329 y 19472658/97 y de 3.204 acciones Banco de Sabadell, de 500 ptas. de valor nominal cada una, números 850776/975, 1688951/9175, 2861192/297, 3597329/486, 4565307/420, 4526671/89, 5036992/5, 5391033/362, 7420375/539, 8469303/467, 9518933/9097, 10641525/854, 12684962/5159, 14039209/643, 17539755/40015, 6091243/62, 19241888/2176 y 566276/95 y, para el supuesto de falta de acuerdo de los litigantes en cuanto a su adjudicación a cada uno de ellos, deberá procederse a su venta a través de mercado

secundario oficial, caso de tratarse de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, o a través de Notario o Corredor Colegiado de Comercio, en otro caso, correspondiendo a cada uno de los tres cotitulares una tercera parte del importe que se obtenga de la venta, con imposición de costas a la parte demandada”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i que es va substanciar a la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 10 de maig de 1999, amb la següent part dispositiva: “FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. José S. Z. y D. José S. B., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Feliu de Llobregat en los autos de juicio de menor cuantía instados en su contra por D. Jorge S. B., de que el presente rollo dimana; en su consecuencia, con revocación de dicha sentencia, debemos absolver y absolvemos a los demandados de la demanda, con expresa condena al actor al pago de las costas de la primera instancia; sin hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las devengadas en la alzada”.

**Tercer.** Contra aquesta Sentència, el procurador dels tribunals Sr. Àngel Montero Brusell, en nom i representació del Sr. Jorge S. B., va interposar aquest recurs de cassació. Per mitjà d'una provisió de 27 de febrer de 2003 es va admetre el recurs de cassació i de conformitat amb l'art. 1709 LEC 1881 es traslladà al Ministeri Fiscal i posteriorment a la part recorreguda per vint dies perquè formalitzés un escrit d'impugnació. Un cop efectuat, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 22 de maig de 2003 a les 11.30 hores del matí, la qual va tenir lloc.

Ha estat designat ponent el magistrat Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Contra la Sentència de l'A.P. de Barcelona de 10 de novembre de 1999 s'interposa el present recurs de cassació, que consta d'un únic motiu en el qual, a l'empara de l'art. 1692.4 de la LEC de 1888, es denuncia la falta d'aplicació dels art. 1218 i 1225 del Codi civil i l'aplicació indeguda dels art. 1282 i 7è del mateix codi, amb el resultat de la infracció de l'art. 342 de la Compilació del dret civil de Catalunya i de l'art. 1995 de l'esmentat Codi civil.

Per a la resolució del recurs convé fer esment de la següent i no combatuda realitat fàctica:

a) Tracta el cas d'un fill que demanda el seu pare i el seu germà perquè se'ls obligui a procedir a la divisió en tres lots d'unes determinades accions, “cuya titularidad es en común entre mi mandante y los demandados, sacándolas, en su caso, si no llegaren a un acuerdo en cuanto a su adjudicación a cada uno de ellos, a venta a pública subasta...”. La sentència de primera Instància estimà la demanda, però, recorreguda davant l'Audiència Provincial, fou revocada, amb la consegüent absolució dels demandats, per tal com es va apreciar que els dipòsits bancaris indistints no pressuposen cap comunitat de domini, que “el actor no ha acreditado que las acciones se adquieran con dinero suyo” i, en fi, es va concloure, després d'analitzar el material probatori, que “por todo ello, y con indepen-

dencia de la titularidad formal que conste, no puede entenderse existente la invocada situación de comunidad; ni siquiera adquirida por la usucapión de seis años, al no existir dato alguno acreditativo de la coposesión, más allá de la titularidad de la cuenta donde los efectos se hallan depositados”.

b) Dins el paquet accionarial cal distingir dos tipus d'accions: les primigènies, que, en nombre de 551, eren copropietat del pare demandat i de la seva esposa que el premorí, i les derivades, que, en nombre de 3.844, provenen de les esmentades 551 i per a l'adquisició de les quals no es desemborsà cap diner, ja que foren adquirides com a conseqüència d'ampliacions de capital amb alliberament d'aportacions o per aplicació de fons de reserves o dividendes actius.

c) L'esposa del Sr. S. morí el 6 d'abril de 1976 i en el seu testament instituí hereus els seus dos fills, és a dir, demandant i codemandat, i usufructuari de tots els seus béns el seu referit espòs. Dotze anys després els tres cridats a l'herència atorgaren escriptura d'acceptació, en la qual no feren cap esment de les referides accions.

d) Això fou així perquè el set de maig de 1976, és a dir, un mes i un dia després de l'òbit de l'esposa del demandat Sr. S. Z., aparegué un document anomenat *de compravenda*, signat pels ara litigants i en el qual també apareixia la signatura de l'esmentada persona morta, pel qual els cònjuges Sr. José i Sra. María venien al mateix Sr. José i als seus dos fills el referit primer lot d'accions, en nombre de 551.

e) La sentència combatuda declara provat que “de siempre, hasta el 31 de diciembre de 1993, el producto de dichas acciones —de les d'ambdós lots— ha sido ingresado en una cuenta abierta en nombre de los tres (actor y demandados), de la que ha dispuesto exclusivamente el codemandado D. José S. Z., hasta el extremo de que en la fecha mencionada, de diciembre de 1993, dicho codemandado la cierra, aperturando otra a su exclusivo nombre, destinada también a la recepción de los dividendos que produzcan las acciones”.

f) També, amb valor de fet provat, diu tal sentència en el fonament jurídic tercer que la intenció dels tres signants del document esmentat no fou altra que “dar solución a la situación creada como consecuencia de la muerte de la Sra. B., ocurrida apenas un mes antes, quien figuraba como titular de la mitad indivisa de las acciones. Amparándose en la reglamentación interna de la entidad emisora de los efectos, cambian su titularidad, obviando de tal manera su inclusión en la relación inventarial de la escritura de aceptación de herencia de la causante, por las razones que tuvieran y que son ajenas al presente pleito. A partir de tal momento las acciones del Banco de Sabadell, que no cotizan en mercado secundario, permanecen depositadas en una cuenta abierta en la propia entidad emisora, a nombre de los tres, el actor y los dos demandados”.

**Segon.** Un primer bloc de preceptes que el recurrent assenyala com a infringits està constituït pels art. 1282, art. 7 (en connexió amb el principi dels actes propis) i 1281 del Codi civil. S'addueix, en síntesi, que els documents que esmenta han de tenir el valor de prova legal o taxada i, per tant, “la no apreciación por parte del Tribunal en su valoración, tanto de las manifestaciones de la escritura de inventario y aceptación de herencia donde no figuran relacionadas las acciones del Banco de Sabadell, como la inaplicación de las declaraciones de patrimonio del actor y demandados de los años 1991 a 1995 en las que hicieron constar cada uno de ellos la titularidad de la tercera parte de las citadas acciones, ignoran lo querido y aceptado por actor y demandados”.

La censura jurídica no pot reeixir perquè:

a) Nombrosa jurisprudència ha significat que no és propi de la cassació procedir a una nova valoració probatòria quan els documents “alegados en el motivo ya se han tenido en cuenta por la Sala de instancia en su sentencia”, llevat, és clar, que la valoració feta pel tribunal d’instància, resulti, absurda, arbitrària o irraonable (per totes, S. del T.S. de 31 de juliol de 2002).

b) En el cas, és cert que no es pot “desconocer, respecto de un documento privado de autenticidad contrastada (por admisión expresa o implícita, reconocimiento, o adveración por otros medios de prueba), el carácter de prueba legal o tasada entre las partes contratantes (y, en su caso, causahabientes) de la norma del art. 1225, en relación con el 1218, ambos del Código, en cuanto al hecho, fecha y haberse efectuado las declaraciones que contiene” (S. del T.S. de 24 d’octubre de 2000), però no ho és menys que, com ja s’ha assenyalat, la sentència combatuda no ha negligit aquests documents; cosa ben diferent és que la interpretació que se n’ha fet no hagi estat del gust de la part demandant. Clarament es dedueix això de la simple lectura de la Resolució, quan diu que “otorgada escritura de aceptación de herencia, los tres llamados inventarían los bienes de la causante, sin inclusión de las acciones que figuraban a su nombre, que ya habían sido puestas a nombre de los tres en los términos antes referidos” (fonament jurídic segon), a la qual cosa s’afegeix que els litigants obviaren incloure les accions “en la relación inventarial de la escritura de aceptación de herencia de la causante, por las razones que tuvieran y que son ajenas al presente pleito” (fonament jurídic tercer).

És exacte, doncs, que la sentència no fa referència expressa a les declaracions fiscals dels litigants, però és obvi que, tàcitament, rebutja la transcendència d’aquesta documentació, per tal com acredita només aspectes tributaris o, a tot estirar, de titularitat formal impositiva, però mai cap copropietat real.

c) La sentència, en efecte, valora aspectes de molt superior entitat als inherents a aquesta qüestió merament fiscal, com són que “ha sido el Sr. S. Z. el único que ha ejercitado actos propios de quien tiene el dominio inmediato sobre tales efectos, percibiendo los dividendos y disponiendo de los mismos. De otra parte, en relación con los derechos políticos derivados de la titularidad de las acciones, no consta que los interesados hubieren designado persona alguna para su ejercicio, tal como dispone el art. 66 de la Ley de sociedades anónimas para las situaciones de copropiedad”. Aquestes valoracions complementàries donen tot el seu valor a allò que assenyalava la jurisprudència en el sentit que “cuando la prueba se ha valorado conjuntamente, no cabe desarticularla para dar prevalencia a determinados elementos probatorios (sentencias de 2 y 15 de febrero, 15 y 17 de marzo, 5 de junio, 7 de julio, 26 de septiembre y 16 de noviembre de 1989), máxime cuando los documentos carecen de literosuficiencia” (S. del T.S. de 20 de juliol de 1993). I s’ha de recordar, en fi, que la qualificació d’un negoci com a simulat o fiduciari integra una qüestió de fet sotmesa a la lliure apreciació del jutge d’instància (STS de 28 d’octubre de 1988, per totes).

**Tercer.** Inalterat, doncs, el relat històric i constituent també, com s’ha indicat, una *quaestio facti* la intencionalitat que mogué els litigants a atorgar l’esmentat contracte pel qual les accions es posaren a nom seu, si bé, pel que fa als dos germans, no amb designi translatiu del domini, ans només amb finalitat fiduciària (*fiducia cum amico*), de manera tal que ostentessin la titularitat formal dels títols els dos fills, però la seva propietat real el seu pare, s’ha de concloure en la licitud de tal operació. Aquesta, lògicament, no és enquadrable en cap compravenda (impossible jurídicament, tant perquè el Sr. S. Z. no podia comprar les accions

que ja eren seves, com, sobretot, per falta de consentiment d'un dels contractants, o sigui la ja morta Sra. María). En qualsevol cas, fos quina fos la tipificació contractual i atès que “nada obsta a que las interesadas puedan atribuir o distribuir libremente los bienes que les pertenecen, dentro de los términos de su poder de disposición, sin tener que someterse a las determinaciones testamentarias que solo a ellas afectan, ni sujetarse a un principio de igualdad que ningún precepto legal impone” (S. del T.S. de 22 de diciembre de 2000), esdevé aplicable al cas la jurisprudència que ensenya que “se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia” (S. del T.S. de 28 de noviembre de 2002), havent indicat també aquest mateix Tribunal que “la fiducia constituye una figura negocial anómala cuyo fundamento causal (necesario en un ordenamiento como el nuestro, renuente a admitir salvo excepciones el negocio abstracto) se encuentra en la denominada *causa fiduciae* que al ser insuficiente *per se* para constituir un adecuado soporte causal ha de ser contemplada en relación con la finalidad perseguida en cada caso por los interesados” (Sentencia del TSJC de 2 de julio de 1990). Si a això s'afegeix que “en los casos de titulares plurales, ha declarado esta Sala que el mero hecho de la apertura de una cuenta corriente bancaria a nombre de dos o más personas, lo único que comporta *prima facie*, como norma general, es que cualquiera de dichos titulares tendrá frente al banco depositario, facultades respecto al saldo que arroje la cuenta pero no determina un condominio sobre dicho saldo, ya que esto vendrá precisado únicamente por las relaciones internas que medien entre dichos titulares bancarios” (SS. de 24 de marzo de 1971, 19 d'octubre de 1988, 8 de febrer de 1991 i 23 de maig de 1992) i que “en definitiva, y ratificando esa línea jurisprudencial, y salvo algún caso en particular, en donde bien por la forma de haberse practicado la apertura de la cuenta, o más bien, la finalidad o intención reflejada en la autorización *ex post* tras la precedencia por el único titular, cuando así, además lo aprecie la Sala *a quo*, no es posible la atribución de propiedad del saldo por la mera referencia a repetida cotitularidad, sino que ha de integrarse con la penetración jurídica en las relaciones particulares de los interesados: fondo común, sociedad existente, o bien nexo de parentesco, amistad, gestión conferida, autorización o mandato” (S. del T.S. de 19 de diciembre de 1995).

Això considerat, es veu la correcta aplicació que dels preceptes que es diuen infringits efectuà la sentència combatuda.

**Quart.** Respecte a la darrera infracció denunciada (inaplicació de l'art. 342 de la Compilació del dret civil de Catalunya) la seva claudicació és evident davant la persistència del *factum*, que nega al demandant cap mena de possessió de les accions en concepte d'amo, de manera que difícilment pot operar una prescripció adquisitiva sense el previ i indeclinable requisit de tal tipus de possessió. Pel fet de ser, doncs, expressament negada, resulten sobers més comentaris sobre el particular.

Tot això mena, doncs, a la claudicació del recurs.

**Cinquè.** La desestimació total comporta, d'acord amb l'art. 1715.2 de la LEC, la imposició de les costes d'aquest recurs a la part recurrent.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Jorge S. B. contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 14) de 10 de maig del 1999, en el rotlle d'apel·lació núm. 1524/97, derivat del judici de menor quantia núm. 29//97 del Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Sant Feliu de Llobregat, amb imposició de les costes d'aquest recurs a la part recurrent.

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

755  
**INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE MAIG DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs**

President:  
Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu  
Magistrats:  
Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa  
Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Presentat l'escrit anterior del procurador Sr. Àngel Joaniquet Ibarz s'uneix a les actuacions. Es tenen per efectuades les al·legacions que s'hi contenen, i

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal del Sr. Francisco G. B. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència de data 16 de gener de 2003 dictada per la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el seu rotlle d'apel·lació núm. 836/01. Per provisió de data 22 de maig passat es va traslladar a les parts personades d'acord amb el prescrit a l'article 483.3 de la LEC sobre les possibles causes d'inadmissió del recurs interposat. La part recurrent ha efectuat les oportunes manifestacions. Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Amb caràcter previ, i d'acord amb l'art. 484.1 i la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil, s'ha de declarar la competència d'aquesta Sala per a conèixer del recurs de cassació interposat, ja que la resolució contra la qual es recorre ha estat dictada per la Secció Onzena de l'Audiència Provincial de Barcelona, i s'ha al·legat infracció de normes del dret civil de Catalunya.

**Segon.** El recurs es formula sobre la base de l'art. 477.2.3 de la LEC, per tal com el recurrent entén que el cas presenta interès cassacional perquè "secciones distintas de distintas audiencias provinciales de este Ilmo. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aprecian de forma diametralmente distinta la aplicación de la Ley en convivencias extinguidas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 10/98, o, en su caso, 19/98". A aquest efecte s'al·lega que la sentència combatuda està en contradicció amb la de l'Audiència Provincial de Girona de 29 de



novembre de 2001, dictada en el recurs d'apel·lació núm. 329/2001. No es cita cap més sentència de contrast ni en l'escrit de preparació ni en el d'interposició del present recurs.

**Tercer.** Considerat això, esdevé palesa la inadmissibilitat del recurs, ja que el Tribunal Suprem ha dit (per totes, Interlocutòria de 2 d'octubre de 2001) que “mal puede afirmarse que se haya justificado la presencia del interés casacional que posibilita el recurso de casación toda vez que al invocarse tal presupuesto de recurribilidad debe quedar justificado, ya en la fase inicial de preparación, que existen dos sentencias firmes de una Audiencia Provincial o Sección de la misma, decidiendo en sentido contrario a otras dos sentencias firmes de otra Sección o Audiencia distinta (...) sin que baste la simple divergencia entre la sentencia que se intenta recurrir en casación y otra u otras sentencias del mismo órgano jurisdiccional o distinta Sección o Audiencia, pues lo que constituye *interés casacional* no es la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales, que ha dado lugar a esa “jurisprudencia contradictoria”, que el legislador ha considerado “interesante” evitar, configurando la vía del ordinal 3º del art. 477.2 LEC 2000 como un medio de unificación indirecto”. I en la mateixa resolució ensenya l'Alt Tribunal que s'han d'aportar dues sentències a les quals “se contrapongan otras dos que hayan resuelto en sentido contrario, siquiera fuera la que se pretende recurrir y otra más de la misma sección orgánica de la Audiencia”, per a concloure finalment que la inobservança d'aquestes formalitats, fins i tot ja en l'escrit de preparació del recurs, “(...) constituye un supuesto de preparación defectuosa en la medida en que no permite apreciar la concurrencia del presupuesto que condiciona la presencia del interés casacional”.

En el cas, atès que no s'han complert, com ja s'ha dit, aquestes exigències ni en l'escrit de preparació ni en el d'interposició del recurs —en els quals es citen, a més de la sentència que es combat, una sola i única resolució d'una altra audiència provincial que es pronuncia en sentit contrari—, s'ha de declarar la inadmissibilitat del recurs, sense que constitueixi cap obstacle per a tal decisió allò manifestat en el tràmit d'al·legacions pel recurrent en el sentit que tampoc existeix doctrina sobre la qüestió litigiosa per part d'aquest Tribunal, ja que amb aquesta afirmació s'intenta introduir extemporàniament un nou element habilitador de la cassació, del qual, en el seu cas, era obligat deixar constància oportunament; constància inexistent ja des de l'escrit de preparació del recurs.

Tot el que s'ha exposat mena, com ja s'ha dit, a l'esmentada inadmissibilitat, amb la consegüent imposició de costes a la part recurrent.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha dit que s'ha d'inadmetre el present recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Francisco G. B. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Onzena) de 16 de gener de 2003, dictada en el rotlló d'apel·lació núm. 836/2001, amb imposició de costes a la part recurrent.

Contra la present interlocutòria no s'hi pot interposar cap mena de recurs.

Així ho acordava la Sala i ho signen el president i els magistrats esmentats més amunt. En dono fe.

756  
**INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE MAIG DE 2003**

**Recurs de queixa per no tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: estimació de la queixa perquè escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o de la quantia**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La procuradora Sra. Glòria Ferrer Massanas, en nom i representació de la Sra. Maria Dolors B. M. va interposar recurs de queixa contra la Interlocutòria de data 23 d'abril de 2003 que va desestimar el recurs de reposició interposat contra la de 26 de març, la qual denegava la preparació de recurs de cassació contra la Sentència de data 10 de març de 2003 dictada per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Girona en el rotlle d'apel·lació núm. 545/02. Previs els tràmits legals, es van passar les actuacions a la magistrada ponent per a sotmetre a la Sala la deliberació de la resolució escaient.

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

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** La Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Girona va denegar tenir per preparat el recurs de cassació que pretén la part recurrent, per entendre que el fet que el procediment en el qual va ésser dictada la sentència que es vol combatre fos escollit per raó de la quantia litigiosa, suposava que l'única via cassacional escaient era la de l'article 477.2.2n de la Llei d'enjudiciament civil, és a dir per raó d'ésser la *summa gravaminis* superior als 150.000 euros.

Contràriament a les anteriors consideracions, aquesta Sala ha declarat en reiterades interlocutòries, de les quals pot ser citada *ad exemplum* la de 18 d'abril de 2002, que "és un principi de dret ininterrompudament aplicat per la jurisprudència que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (Sentència del Tribunal Suprem de 12 de gener de 1884, seguida de les d'11 de març de 1885, 27 de febrer de 1909, 31 de maig de 1949, 13 de maig de 1950, 11 de maig de 1964, 12 d'abril de 1988, 2 d'abril de 1990, 22 de febrer de 1993, 31 de desembre de 1994, etc.); i (...) l'Audiència, en interpretar el núm. 3r esmentat, fa unes distincions entre els processos substanciats per raó de la matèria o els especials, i els tramitats per raó de la quan-

tia, que aquell precepte no fa; i per tal com no existeix justificació legal per donar-hi suport, caldrà entendre que l'Audiència ha distorsionat aquell precepte i la voluntat del legislador pel que fa a la interpretació de les sentències que són susceptibles de ser impugnades en cassació. (...) En efecte, el núm. 2n de l'art. 477.2 diu que són susceptibles de ser recorregudes en cassació per la seva via les sentències dictades en segona instància per les audiències 'quan la quantia de l'afer excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes' sense fer cap mena de distinció de procediments (ni dels substanciats per raó de la matèria, els especials, o els tramitats per raó de la quantia); cosa per la qual escau concloure, sense més additaments, que qualsevulla que hagi estat el procediment que s'hagi seguit i la classe de procés que s'hagi emprat, si la quantia de l'afer ultrapassa els 25.000.000 de pessetes el recurs de cassació per aquesta via del núm. 2n s'haurà d'admetre; i s'haurà d'admetre per la via del núm. 3r 'quan la resolució del recurs presenti interès cassacional', i en presentarà si concorre algun dels quatre supòsits de l'apartat 3 de l'art. 477, qualsevulla que sigui la quantia de l'afer i la classe de procediment emprat, ja que segons el núm. 3r de l'art. 477,2, l'únic que cal és que la resolució del recurs presenti interès cassacional; interès que, com diu l'apartat 3, presentarà si la sentència s'oposa a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia, o resol punts i qüestions sobre els quals existeixi jurisprudència contradictòria de les audiències provincials o si aplica normes que no fa més de cinc anys que estan en vigor, sempre que en aquest darrer supòsit no hi hagi doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia relativa a normes anteriors de contingut igual o similar".

En aquesta mateixa interlocutòria afegia la Sala que el núm. 3 de l'art. 477.2n "estableix la possibilitat de recórrer en cassació quan la resolució de l'assumpte presenta interès cassacional. I no imposa cap més condició. Són coses diferents les que regulen els art. 249.2 i 250.2 i el 477.2.2n; i són també coses diferents les que regulen els art. 249.1 i 250.1 i les que pren en consideració el 477.2.3r. I com que són coses diferents, la seva concordança no és possible i, per tant, aquesta Sala així ho ha d'entendre i d'aplicar en exercir la seva competència jurisdiccional per admetre (i aquí ara per tenir per preparat) els recursos de cassació que estableix la llei d'acord amb la previsió de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i, en execució d'aquest, d'acord amb allò que disposa l'art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial".

Les anteriors consideracions suposen que l'Audiència ha d'entrar a valorar si concorre o no l'interès cassacional invocat per la recurrent en el seu escrit de preparació del recurs, ja que per tractar-se d'un recurs de cassació competència d'aquesta Sala, la susdita Audiència té l'obligació de seguir les normes d'admissió del recurs de cassació que conformen doctrina d'aquest Tribunal Superior de Justícia.

Per consegüent, escau l'estimació del recurs de queixa per tal que sigui analitzada la concurrència de l'interès cassacional adduït, seguint els paràmetres establerts per aquest Tribunal en reiterades ocasions, que posen en relleu la necessitat d'identificar el nucli jurídic objecte de contesa, per tal de fugir de pronunciaments de caràcter únicament fàctic o casuístic.

Per tot el que s'ha exposat,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, decideix estimar el recurs de queixa interposat per la representació processal de la Sra. Maria Dolors B. M. con-

tra la Interlocutòria dictada per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Girona de 26 de març de 2003 i, en conseqüència, deixar sense efecte tal interlocutòria i decretar que l'Audiència analitzi si concorre l'interès cassacional adduït i, en definitiva, continuï la tramitació de les actuacions d'acord amb el dret.

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

757  
**SENTÈNCIA DE 2 DE JUNY DE 2003**  
*Josep A. G.R. / Isabel F.R.*

**Pensió compensatòria en les situacions de crisi matrimonial i la seva renunciabilitat.  
Conversió de la pensió alimentícia en una pensió compensatòria com a conseqüència de  
la sentència de divorci**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 24/2003 contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Tarragona en el rollo de apelación núm. 410/2002, como consecuencia de las actuaciones de juicio de divorcio núm. 48/2000 seguidas ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Tarragona. La Sra. Isabel F. R. ha interpuesto este recurso representada por la procuradora Sra. Adelaida Espejo Iglesias y defendida por el letrado Sr. Antoni Vives Sendra. Es parte contra la cual se recurre el Sr. José Antonio G. R., representado por el procurador Sr. Arturo Cot Montserrat y defendido por el letrado Sr. Ignasi Casas.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El procurador de los tribunales Sr. Luis Colet Panadés actuó en nombre y representación del Sr. José Antonio G. R. formulando demanda de juicio de divorcio núm. 48/00 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Tarragona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó Sentencia con fecha 18 de marzo de 2002, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el procurador Sr. Lluís Colet, en representación de D. José Antonio G. R. contra Isabel F. R., debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio por ellos formado, con los siguientes efectos:

1) D. José Antonio R. satisfará mensualmente la cantidad de 90.000 ptas., en concepto de pensión compensatoria a favor de la esposa, la cual se abonará a la misma Sra. Isabel F. R. por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes, y se actualizará anualmente los días 1 de enero de cada año, conforme a las variaciones que haya experimentado el IPC del año anterior o índice que lo pudiese sustituir en el futuro.

“En cuanto a las costas cada parte deberá satisfacer las costas propias y las comunes por mitad.

“Comuníquese de oficio el contenido de esta sentencia al Registro civil de Tarragona, en el que consta inscrito en el Libro 001907 y Página 169 tomo 39, página 167, a fin de que se haga constar la misma al margen de la inscripción de matrimonio de los litigantes”.

**Segundo.** Contra esta sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, la cual dictó Sentencia en fecha 18 de marzo de 2002, con la siguiente parte dispositiva: “FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Luis Colet Panadés, en nombre y representación de D. Antonio G. R., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Tarragona en fecha 18 de marzo de 2002, y en consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma efectuando los siguientes pronunciamientos:

a) Que dejamos sin efecto la pensión compensatoria fijada en la sentencia apelada, confirmando el resto de pronunciamientos de la sentencia dictada, sin imposición de las costas de primera instancia a ninguno de los litigantes.

b) No se efectúa especial pronunciamiento respecto a las costas de esta segunda instancia.”

**Tercero.** Contra esta sentencia, la procuradora Sra. Adelaida Espejo Iglesias, en nombre y representación de la Sra. Isabel F. R., interpuso recurso de casación que por auto de esta Sala, de fecha 20 de marzo de 2003, se admitió a trámite, dándose traslado a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**Cuarto.** Por providencia de fecha 24 de abril de 2003 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación, y de conformidad con el art. 485 de la Ley de enjuiciamiento civil se señaló para su votación y fallo, que ha tenido lugar, el día 12 de mayo de 2003 a las 10.30 horas de la mañana.

Se ha designado ponente al Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Se interpone ante esta Sala recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 9 de diciembre de 2002 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona, en rollo de apelación nº 410/2002 proveniente de autos de divorcio nº 48/2000 tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de dicha capital.

Son hechos de interés para la resolución del presente recurso los siguientes:

En fecha 26 de noviembre de 1988 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Tarragona dictó Sentencia de separación de mutuo acuerdo de los cónyuges D. José Antonio G. R. y Dª. Isabel F. R. En dicha sentencia se aprobó el convenio regulador de la separación, que contenía, en lo que ahora importa, las siguientes cláusulas:

“Primera. Que contrajeron matrimonio en esta ciudad el día 12 de octubre de 1969, de cuya unión nacieron y viven cinco hijos, llamados José Antonio, Mª Isabel, Meritxell, Sonia y Jacobo, en la actualidad de 18, 17, 15, 13 y 12 años de edad, respectivamente”.

“Cuarta. En concepto de alimentos D. José Antonio G. R. entregará mensualmente a su esposa Dª Isabel F. R., entre los días 1 y 5 de cada mes, la suma de 50.000 pesetas, median-

te el ingreso o transferencia (...) Dicha suma se revisará anualmente conforme al IPC que fije el Instituto Nacional de Estadística u organismo que haga sus funciones”.

“Quinta. La esposa D<sup>a</sup> Isabel F. R., junto con los hijos del matrimonio, continuará en el uso y disfrute de la vivienda que hasta la fecha ha constituido el domicilio conyugal”.

“Séptima. No existiendo desequilibrio económico en relación con la posición que mantenían durante la vigencia del matrimonio, ambos esposos reconocen que no tienen nada a reclamarse, el uno del otro, en concepto de pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil”.

Con posterioridad, se intentó reanudar la convivencia conyugal en períodos intermitentes, satisfaciendo el esposo durante ese tiempo 150.000 pesetas para el mantenimiento de la familia.

Finalmente, se produjo la sentencia de divorcio, cuya apelación es objeto de este recurso.

En la actualidad todos los hijos del matrimonio son mayores de edad y trabajan con independencia económica.

El marido satisfizo hasta dicha sentencia de divorcio la suma de 77.000 pesetas a la esposa.

En reconvencción implícita, la demandada reclamó 100.000 pesetas mensuales en concepto de pensión compensatoria, dadas su edad, 56 años, su total y exclusiva dedicación a la familia, la carencia total de ingresos y la imposibilidad de obtenerlos por su nula capacitación profesional, así como la desahogada situación económica del marido.

La sentencia de divorcio concede una pensión compensatoria de 90.000 pesetas mensuales, revalorizables, decisión que es revocada por la resolución que ahora se combate, que se basa en la renuncia a tal pensión realizada por la Sra. F. y que consta en la cláusula séptima del convenio regulador de la separación aprobado judicialmente.

**Segundo.** El primer motivo de recurso —y prácticamente el único, como se verá— denuncia la inaplicación en la sentencia recurrida del art. 84 del Código de familia de Catalunya, así como la declaración de que la recurrente ha renunciado a la pensión compensatoria.

El tema de la renunciabilidad de la pensión compensatoria debe considerarse hoy pacíficamente resuelto, tras las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 2 de diciembre de 1987, 7 de marzo de 1995 y 29 de junio de 1998. Esta misma Sala, en Sentencia de 4 de octubre de 2001, ha tenido ocasión de afirmar: “(...) la pensió compensatòria que estableix l'article 84 del Codi de família per als supòsits de crisi matrimonial, és un dret renunciable. És cert que el precepte no estableix de forma expressa la renúncia a la pensió compensatòria, però la seva renunciabilitat en el conveni regulador no ofereix dubtes ja que, segons l'article 76.2.b del Codi de família, en el conveni regulador de la crisi matrimonial es pot pactar, 'si és el cas', la pensió compensatòria que ha de satisfer un dels cònjuges a l'altre i l'expressió 'si és el cas', posa clarament de manifest que la pensió compensatòria no l'estableix la llei amb caràcter imperatiu, sinó que sols es pot exigir si així s'ha convingut, amb la conseqüència que si és un dret facultatiu, és també un dret renunciable i la renúncia és, per tant, vinculant”.

Ahora bien, como dice la primera de las sentencias citadas del Tribunal Supremo “aunque resulta válida y eficaz la renuncia efectuada de manera clara y terminante, no resulta diáfana en especial en situaciones de desequilibrio con dificultades para lograr un mínimo digno de subsistencia”, y en esta línea esta Sala tiene expresado, en Sentencia de 4 de julio

de 2002, que: “Si projectem ara aquestes consideracions sobre el cas concret que s’ha de resoldre, hem d’afirmar que en la fase de separació judicial dels cònjuges es constata que la crisi matrimonial origina uns perjudicis econòmics a favor de l’esposa i per això es pacta una pensió alimentícia a favor seu per un import de 65.000 pessetes mensuals. Arribat el moment del divorci aquest fet determina l’extinció de la pensió alimentícia per trencament del vincle matrimonial, extinció que deixa sense fonamentació escaient la renúncia a la pensió compensatòria, que es va renunciar perquè les necessitats de l’esposa ja venien cobertes per la pensió d’aliments, i si com a conseqüència de la demanda de divorci interposada precisament pel marit s’havia d’extingir la pensió d’aliments i no havent-se acreditat que s’hagin modificat les circumstàncies que van determinar la seva procedència per voluntat expressa dels cònjuges, hem d’entendre ajustada a dret la tesi de la sentència d’apel·lació favorable a interpretar el conveni regulador en el sentit de mantenir la pensió alimentícia en un ajut equivalent a favor de l’esposa, mentre subsisteixin les circumstàncies que van determinar la seva constitució en el conveni regulador. Tesi que hem d’entendre ajustada a la lletra i a l’esperit dels articles 76.3.b i 84 del Codi de família, ja que mentre el marit pagava la pensió per aliments, es pot afirmar que la pensió compensatòria es trobava en situació latent, i si després de la sentència de divorci els excònjuges no estableixen cap altre conveni per tal de suplir la mancança de la pensió alimentícia, el perjudici econòmic que havia de pal·liar la pensió alimentícia pot esmenar-lo la resolució judicial per la via d’establir una pensió compensatòria del mateix import”.

En conclusió, habrá que proyectar estas tesis sobre cada caso y observar si, renunciada una pensión compensatoria, el Tribunal ha de subvenir al cónyuge necesitado cuando el mismo no tenga otro remedio de subsistencia, considerando que aquella renuncia se hizo (*rebus sic stantibus*) por percibir al momento una pensión alimenticia, que luego el divorcio extingue.

Y, aplicada esta doctrina al caso de autos, resulta diáfano que así se hizo.

En el momento de la separación, D<sup>a</sup> Isabel F., de 56 años, sin capacitación profesional, dedicada durante casi veinte años exclusivamente al cuidado de la familia y sin medios propios de subsistencia, quedó, con sus hijos, en el domicilio conyugal y pactó con el marido una pensión alimenticia de 150.000 —revisable— para ella y los suyos. Aún, independizados los hijos, el marido siguió pagando una pensión —ya sólo a la esposa— de 77.000 pesetas, reconociendo —en confesión— aquellas condiciones de su esposa. La renuncia, por tanto, se hizo sobre la base de percibir una pensión de alimentos que cubría sus necesidades.

Ahora, eliminada la pensión de alimentos por efectos del divorcio, ha de convenirse en la necesidad de establecer una pensión compensatoria —renunciada en otras circunstancias— que, sustituyendo a aquélla, permita el digno sostenimiento del cónyuge perjudicado por la crisis matrimonial.

En consecuencia, el motivo de recurso ha de ser estimado.

**Tercero.** El segundo motivo de recurso, inútil ante la aceptación del primero, alude a la existencia de sentencias contradictorias de las audiencias provinciales, lo que, como se sabe, es uno de los cauces de recurso por interés casacional, pero no es motivo del recurso, que ha de fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso según estatuye el art. 477.1 de la Ley de enjuiciamiento civil.



**Cuarto.** Estimándose el recurso, no se condenará en costas a ninguno de los litigantes, por lo que dispone el art. 398.2 de la Ley procesal.

Así pues,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup>. Adelaida Espejo Iglesias, en nombre y representación procesal de D<sup>a</sup>. Isabel F. R., contra la Sentencia dictada en fecha 9 de diciembre de 2002 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona, en rollo 410/2002 proveniente de autos de divorcio n<sup>o</sup> 48/2000 tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 7 de Tarragona; en su consecuencia, casamos y anulamos dicha sentencia y declaramos la firmeza de la sentencia de primera instancia, dictada en fecha 18 de marzo de 2002; todo ello sin imposición de las costas de este recurso.

Notifíquese la presente a las partes personadas y, con su testimonio, remítanse todos los autos a la Sección indicada.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**INTERLOCUTÒRIA DE 2 DE JUNY DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: desestimació de la queixa. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o de la quantia**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte; i,

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** Per una Interlocutòria de 23 de gener de 2003, la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona va denegar al Sr. Manuel D. J. tenir-li per preparat el recurs de cassació que, a l'empara de l'apartat 3r del núm. 2 de l'art. 477 de la Llei d'enjudiciament civil, volia interposar contra la Sentència de 19 de novembre de 2002 dictada per aquella secció de l'Audiència en el recurs d'apel·lació del rotlle núm. 358/2002 derivat del Jutjat de 1a Instància i Instrucció núm. 7 de Reus (judici de menor quantia núm. 395/2001).

**Segon.** Interposat pel Sr. D. un recurs de reposició contra aquella interlocutòria, la mateixa Secció de l'Audiència el va desestimar per una altra de 27 de març últim.

**Tercer.** Contra ambdues interlocutòries el Sr. D. ha interposat aquest recurs de queixa. És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** El recurrent en queixa impugna les interlocutòries de l'Audiència que li van denegar la preparació del recurs de cassació per interès cassacional del núm. 3r de l'art. 477.2 de la Llei d'enjudiciament civil que volia interposar. El primer motiu denegatori de l'Audiència és que, a pesar que el recurrent denuncia la infracció de dues sentències del Tribunal Suprem (de 31 de març de 1902 i 24 de desembre de 1940) que diu que interpreten l'art. 278 de la Compilació del dret civil de Catalunya, en la fonamentació no es basa en la infracció d'aquest precepte (la qual no pot existir quan els fets apreciats per l'Audiència no donen base

per a la seva aplicació), sinó que els seus arguments es centren en la seva particular interpretació dels fets que ha mantingut al llarg del procediment i la Llei no inclou com a motiu de cassació l'error en la valoració de la prova, que és el vertader motiu, no autoritzat per la Llei, pel qual preparava el recurs de cassació.

Examinarem aquest primer motiu denegatori de l'Audiència.

**Segon.** L'examen de l'escrit de preparació obliga a confirmar aquest primer motiu denegatori. En efecte, el recurrent, després d'esmentar aquell precepte i aquelles sentències, fa d'una manera incongruent i indestriable una barreja de conceptes jurídics tan heterogenis com la prescripció de les coses mobles, que posa en relació amb l'art. 278 de la Compilació del dret civil de Catalunya, el qual, com és sabut, no té res a veure amb la prescripció ni dels béns mobles ni dels immobles (sinó purament i simple amb el dret de retenció); diu que “el derecho referente al artículo 278 CDCC no es un derecho real, sino un derecho mueble en contraposición a no ser éste un derecho real” (*sic*); parla de la “inversión del concepto posesorio” i dels fets que el van determinar en el cas; de la “jurisprudencia del Tribunal Supremo referente a las obligaciones y contratos de los artículos 1088, 1089, 1091, 1254, 1255 y 1282 y siguientes del C. Civil entre otros (...)”; diu que la sentència de l'Audiència qualifica “esta relación como simple precario que matiza como comodato, cuando en realidad era una relación obligacional que ligaba a las partes no como un simple precario o comodato, sino como un contrato, en el que el Sr. D. se vio obligado a montar un negocio, en el que tuvo que contratar diferentes personas para poder llevar a término la obligación adquirida”; afirma que el recurrent “tuvo que hacer un desembolso importante para crear el negocio (...)”; i afegix que “la Sentencia recurrida no atiende a las manifestiones de la Sentencia precedente ni las contradice, ni las invalida, y sólo se le ocurre estimar que el contrato que liga a las partes es un comodato, cuando era una relación obligacional libre y consentida por las partes”; i, en fi, pretén que en una cassació tan especial com la de l'interès cassacional, es faci una interpretació i valoració de les proves diferent de l'efectuada pel Tribunal d'instància, amb un clar desconeixement que no és aquesta la missió d'aquest Tribunal en el recurs extraordinari de què es tracta; raons que obliguen a confirmar el primer motiu denegatori de la preparació del recurs assenyalat per l'Audiència.

**Tercer.** No podríem concloure igual pel que fa al motiu segon, en què l'Audiència denega la preparació perquè el procediment es va tramitar per raó de la quantia, la qual cosa, al seu entendre, impossibilitaria l'accés cassacional que es pretén del núm. 3r de l'art. 477.2 de la Llei processal. Com ha declarat aquest Tribunal en nombroses interlocutòries (18 d'abril, 23 de maig, 27 de juny, 11 de juliol, 26 de setembre de 2002 i altres), si un assumpte presenta interès cassacional per estar inclòs en algun dels supòsits de l'art. 477.3 de la Llei processal, serà escaient el recurs de cassació per aquesta via.

Atès el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

## PART DISPOSITIVA

Desestimar el recurs de queixa de què s'ha fet esment en els antecedents de fet d'aquesta resolució.

Poseu-ho en coneixement de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Tarragona per tal que consti en les seves actuacions.

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

759  
**INTERLOCUTÒRIA DE 5 DE JUNY DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La Sra. K. B. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència d'11 de desembre de 2002 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona en el rotlle d'apel·lació núm. 509/02. Per provisió del passat 15 de maig es va traslladar a les parts personades per termini de deu dies amb advertiment sobre les possibles causes d'inadmissió, d'acord amb el previst a l'art. 483.3 de la LEC, sense que s'hagi efectuat cap manifestació.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**RAONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Amb caràcter previ i d'acord amb l'art. 484.1 i la disposició final setzena de Llei d'enjudiciament civil, s'ha de declarar la competència d'aquesta Sala per a conèixer del recurs de cassació, ja que la resolució contra la qual es recorre ha estat dictada per la Secció 1ª de l'Audiència Provincial de Girona i s'ha al·legat infracció de normes del dret civil de Catalunya.

**Segon.** En l'escrit de preparació del present recurs s'afirma literalment que el cas "presenta evident interès casacional, tanto por su mismo contenido, como por cuanto se infringe el artículo 41 del Código de familia de Catalunya, así como la jurisprudencia que interpreta dicho artículo", i a continuació es fa la ressenya de sentències del Tribunal Suprem i d'aquesta Sala. L'escrit conclou que "por lo tanto, es evidente, teniendo en cuenta todos estos elementos probatorios, que existe una desigualdad patrimonial entre ambos cónyuges".

Respecte d'això s'ha de ponderar que:

1r) La nova LEC ha modificat la cassació en el sentit de donar clara prevalença al *ius constitutionis* sobre el *ius litigatoris*, per la qual cosa s'ha creat una via de recurs en la qual allò que realment importa és l'*interés cassacional*, o sigui la finalitat d'unificar criteris en els casos en què hi hagi contradicció entre la doctrina de les audiències provincials, en els

d'inexistència de jurisprudència o quan una sentència s'aparti de la doctrina del Tribunal Suprem o —pel que fa a dret civil català— de la d'aquesta Sala. Per tant, llevat dels assumptes relatius a drets fonamentals o aquells de quantia superior als 25.000.000 de pessetes (ara, 150.000 euros, segons el R.D. 1417/2001, de 17 de desembre), allò rellevant a l'efecte d'accés a la cassació per oposar-se la resolució combatuda a la doctrina del Tribunal Suprem o d'aquesta Sala, és no només la infracció per part de l'Audiència Provincial d'una determinada norma, sinó que aquesta infracció legal vagi acompanyada de la vulneració de la jurisprudència dels esmentats alts tribunals. És això el que el legislador ha judicat prou "interessant" com perquè el Tribunal Suprem o aquesta Sala passi a examinar una específica vulneració d'una norma substantiva en un plet concret. Lògicament, esdevé necessari que el recurrent concreti la infracció legal que invoca i identifiqui les sentències del Tribunal Suprem o d'aquesta Sala que s'hi refereixin, per, a continuació, raonar sobre la identitat de supòsits entre la que es combat i les dels esmentats alts tribunals i la seva corresponent contradicció, ja que sobre la part recurrent recau la càrrega processal d'assenyalar "de quina forma, quan i en quin sentit la sentència d'apel·lació ha vulnerat la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior" (interlocutòries d'aquesta Sala de 30 d'abril de 2001, 21 de maig de 2001 i 5 de juliol de 2001, per totes).

2n) Aquest requisit d'identificació del nucli de la controvèrsia i de la seva oposició a la jurisprudència del Tribunal Suprem o d'aquesta Sala no ha estat complerta en absolut pel recurrent.

Efectivament, aquest darrer fa al·lusions al fet que la sentència que recorre vulnera l'article 41 del Codi de família i "el contenido de las sentencias nombradas, habida cuenta que desestima la petición de que se indemnice a mi mandante en la suma de 4.000.000 de pesetas a pesar de que se dan sobradamente las circunstancias que la hacen merecedora de dicha indemnización"; i afegeix que "existe en el presente caso una clara desigualdad entre ambos cónyuges" i que "por tanto, entiende esta parte que mi mandante merece una justa compensación por estos cuatro años de sacrificio en aras al bienestar de la familia y de su esposo ya que además concurre la circunstancia de que ha existido una desigualdad patrimonial entre ambos cónyuges".

3r) Això últim, és a dir, l'existència de tal desigualtat patrimonial en el moment de la separació és precisament allò que la sentència combatuda declara expressament com a no provat, cosa que evidencia que el recurrent fa supòsit de la qüestió, o sigui incorre en "el vicio procesal tradicionalmente así denominado que trata, como en el presente caso, de alterar algunos de los datos declarados probados, partiendo de la base de establecer como probado lo que no está declarado así" (S. del T.S. de 30 de març de 1998).

4t) En definitiva, les contínues al·lusions del recurrent a la prova practicada palesa que, encara que la part invoqui un pretès interès cassacional, en realitat, i com ja assenyala aquesta Sala (Interlocutòria de 28 de febrer de 2002, per totes) "malda per assolir d'aquesta Sala una revisió de la prova", pretensió estèril per tal com el recurs de cassació no és una tercera instància.

**Tercer.** La total inadmissió del recurs comporta la condemna en costes de la recurrent (art. 398 i 394 LEC).

Atesos els articles citats i altres d'aplicació,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha dit que s'ha d'admetre el present recurs de cassació interposat per la representació de la Sra. K. B. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Girona (Secció 1a) d'onze de desembre de dos mil dos, dictada en el rotlló d'apel·lació núm. 509/2002, amb imposició de costes a la part recurrent

Contra la present interlocutòria no s'hi pot interposar recurs de cap mena.

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

760  
**SENTÈNCIA DE 16 DE JUNY DE 2003**  
*Gaspar V.C. i un altre / Carles A.F.*

**Emfiteusi: qüestions de dret transitori. Prescripció del dret real de cens i interrupció de la prescripció per inscripció del dret real del censalista. Emfiteusi: càrrega de la prova del pagament de les pensions. Recurs extraordinari per infracció processal: estimació per infracció de normes reguladores de la sentència**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats per la representació del Sr. Carlos A. F., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest i dirigit per l'advocat Sr. Oriol Savall López-Reynals, contra la Sentència dictada per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona el 24 d'octubre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat pel Sr. Gaspar V. S. N. i per la Sra. Catalina M. P. contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 de la Bisbal d'Empordà l'11 d'abril de 2000, en el procediment de judici de cognició núm. 205/1997. El Sr. Gaspar V. S. N. i la Sra. Catalina M. P., aquí part recorreguda, han estat representats en aquest Tribunal per la procuradora Sra. M<sup>a</sup> Carmen Fuentes Millán i dirigits per l'advocat Sr. Josep López García.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Carles Peya Gascons, en nom i representació del Sr. Gaspar V. C. i de la Sra. Catalina M. P., va formular demanda de judici de cognició núm. 205/1997 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 4 de la Bisbal d'Empordà. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 11 d'abril de 2000, la part dispositiva de la qual diu el següent: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda, debo declarar y declaro la redención del censo enfiteútico que grava la finca sita en la C/ XXX, nº XX, antes XX, de la Bisbal d'Empordà, inscrita en el Registro de la Propiedad en tomo XXX, libro XX de La Bisbal, folio XX, finca registral nº XXX, propiedad de los actores Gaspar V. C. y Catalina M. P., señalando como importe de la pensión la suma de 267.- Ptas. y como importe de los derechos de laudemio y fadiga la suma de 317.390.- Ptas., correspondiendo la cantidad de 232.- Ptas. a las 29 últimas pensiones. Con la consignación y pago a los censualistas de tales can-



tidades, debe otorgarse escritura pública de redención, otorgándola este Juzgado en caso de no comparecer los demandados. Hecho lo anterior, cancelense las inscripciones y asientos del Registro de la Propiedad referidas al presente censo”.

**Segon.** Contra aquesta sentència, la part actora va interposar recurs d'apel·lació, el qual es va admetre i es va substanciar a la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona, la qual va dictar Sentència amb data 24 d'octubre de 2002, amb la següent part dispositiva: “DECISIÓN:

“1. Estimem el recurs d'apel·lació interposat per la representació de Gaspar V. S. N. i Catalina M. P.

“2. Revoquem parcialment la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 4 de la Bisbal de data 11 d'abril de 2000.

“3. Declarem prescrit el cens emfitèutic objecte de la present litis i, en conseqüència, la seva extinció i cancel·lació al Registre de la Propietat de la Bisbal, tom XXX, llibre XX, foli XX, finca núm. XXX.

“4. No es fa especial menció sobre costes del recurs”.

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, el Sr. Carlos A. F. va interposar aquests recursos extraordinaris de cassació i per infracció processal. Per interlocutòria de 10 d'abril de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i els va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LLEC es van traslladar a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés un escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 5 de juny de 2003, a les 11.30 hores del matí, en què es varen celebrar.

Hi actua com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Contra la Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona de 24 d'octubre passat, que va revocar la que l'11 d'abril de 2000 havia dictat el jutge de 1a instància del Jutjat núm. 4 de la Bisbal, en el judici de cognició instat pel Sr. Gaspar V. C. i la Sra. Catalina M. P., contra el Sr. Carlos A. F. i 29 persones més, sobre l'extinció per prescripció, i en altre cas per redempció, del cens emfitèutic que grava la finca del núm. XX (abans XX) del c/ XXX de la Bisbal (finca registral núm. XXX), el Sr. A. (que amb els altres 29 n'és censalista) interposà els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació que aquest Tribunal va admetre a tràmit mitjançant una interlocutòria del darrer 10 d'abril. D'acord amb allò que disposa la regla 6a de la disposició final 16.1 de la Llei d'enjudiciament civil, cal examinar en primer terme el recurs per infracció processal, per resoldre després el que escaigui respecte al de cassació, segons allò que assenyalen la mateixa regla 6a o, si és el cas, la 7a de la disposició esmentada.

**Segon.** El recurs per infracció processal s'articula en set motius, i un ordre lògic d'enjudiciament aconsella començar pel tercer perquè la seva estimació podria determinar que ja no fos necessari enjudiciar-ne els altres.

**Tercer.** Aquest motiu tercer s'encarrila per la via del paràgraf 2n de l'art. 469 de la Llei processal civil (“infracció de les normes processals reguladores de la sentència”) i al·lega que

la Sentència de l'Audiència ha infringit l'art. 218.2 de la Llei processal civil actual (art. 359 de l'anterior) per haver fonamentat la seva decisió en el fet "que l'única inscripció realitzada al Registre de la Propietat en el període 1945-1990 es va realitzar el 1974", com diu que "es desprèn de la documentació aportada amb la demanda (historial de la finca al Registre de la Propietat ..., inscripció 17a de l'historial esmentat doc. núm. 1 de la demanda)"; i això, manifesta el recurrent, "es del todo incierto, pues del DOC. 1 acompañado con la demanda de contrario, resultan los siguientes actos registrales referentes a la enfiteusis de autos, que obran en la anotación e inscripciones que se citan a continuación: A - anotación de 23-5-1865, 2ª- inscripción de 15-5-1892, 11ª- inscripción de 13-10-1910, 12ª- inscripción de 17-11-1924, 16ª- inscripción de 15-11-1950, 17ª- inscripción de 15-2-1974, 20ª- inscripción de 10-6-1995 i 21ª- inscripción de 4-7-1995".

**Quart.** L'examen del document núm. 1 de la demanda (història registral de la finca, folis 47 a 70), al qual es remetent tant l'Audiència com el recurrent, posa de manifest que és certament exacte el que diu el recurrent i que, contràriament, no ho és el que assenyala l'Audiència en la Sentència, ja que des de la primera anotació registral, convertida en inscripció, de 25 de maig de 1865 (foli 47) fins a l'última de 1995 (revers del foli 70), hi ha vuit inscripcions, i d'aquestes, dues des de 1945 fins a 1990 (una, l'any 1950, i l'altra, el 1974; folis 68 i revers del 79), i no únicament aquesta darrera, com manifesta l'Audiència erròniament. Per aquest motiu la Sala *a quo* s'ha apartat dels fets del litigi —incontrovertits en aquest punt per les parts— i, fent-ho, ha infringit l'art. 218 de la Llei d'enjudiciament civil, raó per la qual es pot acollir ara aquest motiu del recurs extraordinari per infracció processal, cosa que, al seu torn, fa superflu enjudiciar els altres motius i determina l'aplicació de la regla 7a de la disposició final esmentada de la Llei processal civil. Segons aquesta regla, escau dictar ara una nova sentència en la qual haurem de tenir en compte el que el recurrent ha al·legat com a fonament del recurs de cassació; sense que s'hagi pogut assumir la impugnació que ha fet d'aquest motiu tercer del recurs la part contra la qual es recorre, que addueix la "consolidada jurisprudència del Tribunal Suprem en matèria de recurs de cassació", i que la cassació no constitueix una tercera instància en què tingui cabuda un nou examen de la prova practicada; ja que el motiu que hem estimat no ho és de cassació sinó d'infracció processal, en la qual, per la via del núm. 2n de l'art. 469.1 de la Llei, escau examinar les infraccions en què la Sala *a quo* hagi pogut incórrer de les normes reguladores de la Sentència, com són les de l'art. 218 de la mateixa Llei (que aquí s'han denunciat).

Cal, per tant, dictar una nova sentència en què aquesta Sala haurà de tenir en compte allò que el recurrent ha al·legat com a fonament del recurs de cassació (regla 7a de la disposició final 16.1 de la Llei processal).

**Cinquè.** Com a fonament del recurs de cassació, el recurrent ha adduït que l'Audiència, en declarar que el cens que dóna lloc a aquestes actuacions ha prescrit, ha vulnerat l'art. 44 de la Llei de 31 de desembre de 1945, sobre inscripció, divisió i redempció de censos a Catalunya, l'art. 344 de la Compilació del dret civil de Catalunya de 1960, el 38 de la Llei hipotecària i els altres preceptes que esmenten els motius 4t, 5è i 6è de cassació (que són els ordinals 11è, 12è i 13è de l'escrit). I diu que l'Audiència també ha infringit la jurisprudència que cita, la qual manifesta que és contrària a la de la Sentència que impugna perquè aquesta darrera no aplica l'art. 44 de la Llei de censos de 1945 com a causa impeditiva de la seva prescripció, com, en canvi, sí que fa aquella jurisprudència.

**Sisè.** No es qüestiona que segons el dret transitori de l'actual llei catalana de censos de 16 de març de 1990, la normativa aplicable en aquest cas és l'anterior a la Llei de 1990.

L'art. 44 de la Llei de 31 de desembre de 1945 sobre inscripció, divisió i redempció de censos a Catalunya disposava que "els censos emfitèutics inscrits al Registre de la Propietat no prescriuran en perjudici del censalista si aquest, durant els últims trenta anys, hagués sol·licitat i obtingut alguna inscripció relativa al seu dret, encara que solament fos a l'efecte d'acreditar el desig d'interrompre la seva prescripció".

**Setè.** Les vuit inscripcions registrals de què hem fet esment en el motiu d'infracció processal acollit anteriorment palesen que des de la primera anotació al Registre, convertida en inscripció del cens el 23 de maig de 1865, fins a la darrera de 4 de juliol de 1995, els censalistes van tenir sempre cura d'obtenir inscripcions registrals amb uns intervals tots ells inferiors als 30 anys (1865 a 1892; 1892 a 1910; 1910 a 1924; 1924 a 1950; 1950 a 1974; 1974 a 1995). En conseqüència, per aplicació d'aquell art. 44 i de la seva jurisprudència, aquest cens no va prescriure i la sentència que l'ha declarat prescrit ha infringit aquell precepte i la seva jurisprudència perquè no els ha aplicat. Per tant, la sentència impugnada ha de ser anul·lada.

És cert el que diu l'Audiència, que la càrrega de la prova del pagament de les pensions censàries correspon als censalistes, els quals aquí no han demostrat que s'hagin pagat; però no és menys cert que quan es donen les condicions per a l'aplicació de l'art. 44 (haver sol·licitat i obtingut inscripcions registrals del dret de cens durant els últims trenta anys) aquest cens no prescriu, tant si les pensions han estat pagades com si no ho han estat. Per aquest motiu, la manca de prova del pagament no pot ésser causa, en casos com el present, de la prescripció del cens, contràriament a allò que ha entès l'Audiència; a part que les vuit inscripcions esmentades en el Registre de la Propietat situaven els titulars del cens (els censalistes) a redós de l'art. 38 de la Llei hipotecària, la qual cosa suposava que fins i tot si no hi hagués hagut aquell art. 44 per interrompre la prescripció, s'hauria hagut de presumir en mèrits de l'art. 38 esmentat que els censalistes tenien la propietat i la possessió del cens, i haurien d'haver estat els censataris els qui haurien d'haver provat el contrari, perquè els afavorits per una presumpció legal (aquí els censalistes per les inscripcions registrals i l'art. 38 de la Llei hipotecària) estaven dispensats de tota prova, segons l'art. 385.1 de l'actual Llei d'enjudiciament civil i de l'antic 1250 del Codi civil; i com que els censataris tampoc varen provar aquí el fet contrari del que proclamen les inscripcions registrals, en tot cas s'hauria hagut de rebutjar la petició principal de la demanda en què es pretén que es declari prescrit el cens. Per tant, s'haurà d'estimar la petició subsidiària en què se sol·licita que se n'acordi la redempció, cosa que escaurà disposar en els termes, no impugnats, en què ho havia fet el jutge de primera instància en el fonament 4t i en la part dispositiva de la seva sentència.

A cap altra conclusió podia arribar aquest Tribunal en vista de la mateixa demanda dels agents (ara aquí la part contra la qual es recorre): en el paràgraf tercer del foli 5 reconeixen que hi ha les vuit inscripcions registrals del cens; en el paràgraf 2n del foli 9 sostenen "que el inicio del cómputo de la prescripción del propio censo comenzó en el año 1945", cosa que repeteixen en el paràgraf següent, on diuen que "al haberse iniciado la prescripción extintiva en el año 1945"; en el foli 13 fan una transcripció literal de l'art. 44 de la Llei de 1945 i en proclamen la vigència i aplicabilitat al cas en els folis 14, 15, 16, 17 i 18, amb citació de nombroses sentències de les audiències provincials de Barcelona i Girona, que així ho sostenen. De manera que, pels fets i pel dret invocats a la mateixa demanda, és ben clara la con-

clusió de la inexistència de la prescripció d'aquest cens, i, per tant, escau declarar-ho així i acordar-ne la redempció en els termes manifestats anteriorment, sense que siguin escaients, i sí ben contradictoris, els arguments que han emprat els censataris davant d'aquest Tribunal en l'escrit d'impugnació del recurs de cassació.

**Vuitè.** L'estimació de la demanda és parcial, atès que es rebutja la petició principal i s'acull també només en part la subsidiària. La Sentència de 2a instància és anul·lada per aquesta, i s'estima el recurs extraordinari per infracció processal.

Atès tot això, d'acord amb el que disposen els art. 398.2 i 394.2 de la Llei d'enjudiciament civil, no s'ha de fer aquí cap pronunciament especial sobre les costes de les instàncies ni tampoc de les produïdes en aquest Tribunal.

Per raó del que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix:

### **PART DISPOSITIVA**

Estimar el recurs extraordinari per infracció processal de què s'ha fet esment en els antecedents de fet d'aquesta resolució; revocar la sentència de l'Audiència i confirmar la part decisòria de la de primera instància amb els fonaments d'aquesta; i, en conseqüència, aquesta Sala estima en part la demanda i declara la redempció del cens emfitèutic que grava la finca situada al carrer de XXX, núm. XX, abans XX, de la Bisbal d'Empordà, inscrita al Registre de la Propietat, al tom XXX, llibre XX de la Bisbal, foli XX, registral núm. XXX, propietat dels actors Srs. Gaspar V. C. i Catalina M. P. S'assenyala com a import de la pensió la quantitat de 267 ptes. i com a import dels drets de laudemí i fadiga la suma de 317.390 ptes., i la quantitat de 232 ptes. que correspon a les 29 últimes pensions.

Amb la consignació i el pagament per part dels censataris de les anteriors quantitats s'haurà d'atorgar l'escriptura pública de redempció, la qual seria atorgada pel jutjat si els defenents no ho fessin. I un cop efectuat l'anterior, es lliurarà manament al Registre de la Propietat per tal que cancel·li aquest cens en els llibres del Registre.

No es fa pronunciament de les costes ni de les instàncies ni de les causades en aquest Tribunal.

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

761  
**INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE JUNY DE 2003**

**Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Dada cuenta; presentados los anteriores escritos de los procuradores Sres. Borràs Mollar y Montero Brusell se unen a las actuaciones. Se tienen por efectuadas las alegaciones contenidas en los mismos, y

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.** La representación procesal de la Sra. Joelle E. T. interpuso recurso de casación contra la Sentencia de fecha 25 de enero de 2003 dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación 239/02. Por providencia de fecha 19 de mayo de 2003 se dio traslado a las partes por término de diez días sobre la posible incompetencia de la Sala. Las partes han presentado sus respectivos escritos de alegaciones.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Por las razones ya adelantadas en el proveído de 19 de mayo pasado, y al no vencer las alegaciones de la parte recurrente que apela sólo a la “sensibilidad” de esta Sala, procede mantener nuestra incompetencia en razón a que el recurso viene exclusivamente fundado en la supuesta infracción de los arts. 96, 96 y 101 del Código civil.

El art. 73.1.a de la LOPJ atribuye la competencia a esta Sala para conocer del recurso de casación cuando éste “se funde” en infracción de normas de derecho civil propio de la Comunidad, lo que, como se ha dicho, no se da en el caso.

**Segundo.** En virtud de lo ordenado en el artículo 484.1 de la LEC, procede acordar como se dirá en la parte dispositiva.

Por todo lo expuesto,

## **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido declarar la incompetencia de esta Sala para conocer del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 25 de enero de 2003 dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y acordar la remisión de las actuaciones, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

**INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE JUNY DE 2003****Qüestió de competència territorial negativa derivada d'un procediment monitori: competència de l'organisme jurisdiccional del domicili o residència del deutor**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** Amb data 3 de març de 2002 es va registrar d'entrada en el Jutjat Degà de Barcelona una demanda de judici monitori presentada pel procurador dels tribunals senyor Alfredo Martínez Sánchez, en nom i representació de Cárnicas Ginés S.L., contra Restaurante Cafetería Maxim, SL, en reclamació de la quantitat de 937,43 euros. El 18 de març de 2002 el Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Barcelona es va declarar territorialment competent per tal de conèixer de l'assumpte i va donar a la demanda la tramitació prevista legalment. El requeriment de pagament al domicili del deutor, previst per la llei, va resultar infructuós, per la qual cosa es va intentar la pràctica de la diligència al domicili de la senyora M. Teresa P. B., administradora de la societat.

La cerca de la senyora M. Teresa P. B. a Barcelona tampoc va donar resultat, per la qual cosa la magistrada Il·lma. Sra. Maria Jesús Arnau Sala es va inhibir del coneixement de l'assumpte (en virtut d'interlocutòria de 3 de setembre de 2002) a favor del Jutjat de Valls pel fet que l'administradora de la companyia demandada havia nascut en aquesta ciutat.

El Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Valls, després d'intentar la citació de la senyora M. Teresa P. B., va declinar la seva competència a favor dels òrgans judicials de Barcelona, pel fet que a Valls l'esmentada senyora no hi tenia el domicili, sinó que només era el seu lloc de naixement.

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

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** Aquesta mateixa Sala, en interlocutòries de 16 de maig de 2002 i 4 de juliol de 2002, ha tingut oportunitat de pronunciar-se en relació amb la competència territorial en el procés monitori i ha dit: "el art. 813 de la LEC, en sede de procedimiento monitorio impone la competencia territorial del juez del domicilio o residencia del deudor, con un fuero subsidiario, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos de requerimiento de pago

por el Tribunal. En definitiva, la ley señala dos sedes, una primera formal-tuitiva, la del obligado al pago, y otra segunda subsidiaria, material-efectiva, la del lugar donde realmente pueda ser habido”.

En el cas en debat, l'aplicació de l'article 813 de la Llei d'enjudiciament civil condueix sense cap mena de dubte a declarar la competència territorial a favor de Barcelona, ciutat en la qual l'entitat demandada, Restaurante Cafetería Maxim, SL, té el domicili, tal com es desprèn de la certificació del Registre Mercantil de Barcelona que figura aportada a les actuacions, sens perjudici que noves revelacions canviessin el fur territorial.

Per les anteriors consideracions no té cap transcendència el fet que l'administradora social de la companyia demandada nasqués a Valls, ja que aquesta circumstància en cap cas justifica una atribució de competència territorial a favor dels òrgans judicials de Valls.

Per consegüent,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix declarar la competència territorial a favor del Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Barcelona per al coneixement del procediment monitori 411/02, derivat de la demanda presentada pel procurador senyor Alfredo Martínez Sánchez, en nom i representació de Cárnicas Ginés, SL, contra Restaurante Cafetería Maxim, SL.

Notifiqueu aquesta resolució als dos jutjats interessats, amb devolució de les actuacions originals.

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



763  
**INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE JUNY DE 2003**

**Recurs de cassació: improcedència del recurs per tractar-se de qüestions que en tot cas són susceptibles del recurs extraordinari per infracció processal**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** Amb data 14 de novembre de 2002 la secció XII de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Sentència que en la seva part dispositiva deia: "Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Don Patrik Ernest H. S., —parte actora—, así como el formulado por Doña Ayda Luz M. A., —parte demandada—, contra la Sentencia de fecha 5 de marzo de 2002 del Juzgado de Primera Instancia nº cincuenta y uno de Barcelona, sobre separación matrimonial (autos nº 699/2001), debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución impugnada, en lo relativo al pronunciamiento sobre la pensión compensatoria a favor de la esposa, que se reconoce en la cuantía de 400 euros mensuales, por el plazo de dos años desde el mes siguiente al de la fecha de la sentencia de primera instancia; actualizable dicha cantidad, de forma automática, cada primero de año con el IPC del ejercicio anterior; y debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución en todos y cada uno de sus demás extremos. No se imponen las costas a ninguna de las partes".

Contra l'esmentada decisió el procurador dels tribunals senyor Albert Ramentol Noria, en nom i representació de la senyora Ayda Luz M. A., va preparar recurs de cassació amb la fonamentació que consta en l'escrit presentat davant de l' Audiència.

Amb data 8 de maig de 2003 aquest Tribunal va dictar provisió que pel que ara interessa disposava: "El recurs de cassació, interposat pel procurador Sr. Alberto Ramentol Noria, en nom i representació de la Sra. Ayda Luz Mosquera Andrade, mancat de la més mínima tècnica cassacional atès que el recurrent diu a la lletra que s'interposa 'recurs de cassació i infracció processal' i el basa en el que anomena *incongruència extrapretensional*; i també en la 'vulneración del principio de preclusión procesal, del principio dispositivo y de otras reglas y principios esenciales al procedimiento civil'.

"En cap moment el recurs de cassació concreta en quin dels supòsits de l'article 477 de la Llei d'enjudiciament civil empara el recurs de cassació que per virtut del que disposa la disposició final setzena (5è) de la Llei esmentada hauria de sustentar el recurs per infracció processal.

“Per l'exposat en realitat el que s'interposa és únicament un recurs extraordinari per infracció processal sense presentar al mateix temps recurs de cassació, per la qual cosa, i no tractant-se dels supòsits previstos en la disposició final setzena (2n) de la LEC, no sembla admissible el recurs.

“Per totes les anteriors consideracions, és procedent atorgar a les parts personades el termini de deu dies previst en l'article 483.3 de la LEC per tal que formulin les al·legacions que considerin procedents”.

Tant la part recurrent com la part contra la qual es recorre varen formular les al·legacions que consideraren pertinents davant del contingut de l'esmentada provisió.

## FONAMENTS DE DRET

**Únic.** Tal com va posar de manifest aquesta Sala en la provisió a què es fa referència en els antecedents fàctics d'aquesta resolució, en l'escrit de preparació del recurs de cassació, la part recurrent addueix que prepara recurs de cassació per “incongruència extrapretensional (...) al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 de la Ley de enjuiciamiento civil, por oponerse la presente sentencia a doctrina establecida por las sentencias del Tribunal Supremo”.

També fa esment la part recurrent de la vulneració de l'article 24 de la Constitució per “incongruència extrapretensional generadora de indefensión (...) así como vulneración del artículo 218 de la ley rituaría”.

Una lectura de l'escrit de preparació del recurs de cassació, i també de les sentències que figuren aportades al rotlle de cassació, permet afirmar que la recurrent en realitat vol recórrer la sentència per infracció processal, ja que les vulneracions que, segons diu, s'han produït en la sentència que impugna son de caràcter processal, cosa que exclou l'àmbit de la cassació.

Aquesta Sala ha declarat ja en reiterades resolucions que la cassació queda reservada a les infraccions de llei substantiva, i que per les vulneracions de normes processals s'ha d'acudir a la via del recurs per infracció processal.

Fixades les anteriors premisses escau recordar que la disposició final setzena, apartat segon, de la Llei d'enjudiciament civil només permet interposar recurs per infracció processal sense presentar a la vegada recurs de cassació en els supòsits primer i segon de l'apartat segon de l'article 477 de la LEC.

I el cert és que la sentència de què es tracta no es troba inclosa en cap dels dos citats supòsits, per la qual cosa és procedent la inadmissió del recurs.

Escau, però, afegir que la via de l'interès cassacional en cap cas justifica els interessos de la recurrent, atès que, com s'ha avançat, l'interès cassacional només pot girar al voltant de l'aplicació de llei substantiva.

Finalment s'ha de aclarir que el fet que el recurrent consideri que aquest Tribunal no és competent per a conèixer del recurs que pretén interposar, no té cap rellevància, per tal com el *thema decidendi* al voltant del qual gira la contesa rau en la interpretació i aplicació del Codi de família, i aquesta funció és competència sense dubtes del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Per les anteriors consideracions,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix la inadmissió del recurs de cassació preparat pel procurador senyor Alberto Ramentol Noria, en nom i representació de la Sra. Ayda Luz M. A., contra la Sentència dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona amb data 14 de novembre de 2002 en les actuacions 512/02.

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

764  
**SENTÈNCIA DE 16 DE JUNY DE 2003**

**Impugnació de la taxació de costes per indegudes: requisits de la minuta d'honoraris del lletrat. Impugnació de la taxació de costes per indegudes: improcedència d'excloure el concepte derivat del compliment del dret de defensa del client per un lletrat**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 98/2002 — Incidente de tasación de costas— contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 1076/00, como consecuencia de las actuaciones de menor cuantía núm. 31/99 seguidas ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Rubí. El Sr. Jaime L. R. ha interpuesto este recurso representado por el procurador Sr. Román Villalba Rodríguez y defendido por la letrada Sra. Eva Canal Guarné. Es parte contra la cual se recurre la Sra. Encarnación P. S., representada por el procurador Sr. Joan Lluís Rovira Fabra y defendida por la letrada Sra. Nieves de Cossío Rodríguez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Que, a instancias de la parte recurrida, la secretaria de esta Sala practicó tasación de costas al pago de la cual fue condenado el recurrente Sr. Jaime L. R. Ésta ascendió a la cantidad de 3.661,20 euros, la cual se sometió a vista de las partes.

**Segundo.** La representación procesal de la recurrente impugnó la citada tasación de costas por considerar excesivos e indebidos los honorarios de letrado. Previos los trámites legales se convocó a las partes, de conformidad con lo previsto en el art. 246.4 de la LEC, para la celebración de vista, que ha tenido lugar el día 5 de junio de 2003.

Se ha designado ponente al Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Se impugnan por indebidos —y excesivos— los honorarios de la letrada Dª.

Nieves de Cossío Rodríguez, incluidos en la tasación de costas practicada en fecha 31 de enero de 2003 por la secretaria de esta Sala en recurso de casación nº 98/2002.

La minuta presentada —y ahora impugnada— asciende a 450 euros más 72 por impuesto de IVA.

La impugnación actual, esto es, por honorarios indebidos, se basa en dos órdenes de consideraciones: en primer lugar, que la minuta no detalla la concreta actividad profesional devengada, limitándose a aplicar una norma colegial (criterio 83.7) referida al recurso de casación y reducir su importe al 50%; en segundo término, que no hubo intervención efectiva y necesaria por parte de la letrada al haberse inadmitido el recurso por la Sala y que su actuación en el trámite previsto en el art. 483.3 de la Ley de enjuiciamiento civil debe considerarse superflua.

**Segundo.** No puede prosperar el primer motivo impugnatorio.

Es cierto que el art. 242.3 de la LEC exige la presentación de “minuta detallada” de los honorarios de los abogados que tengan algún crédito contra las partes, pero es más cierto que esta exigencia no debe llevarse a un extremo de rigurosidad tal que requiera el *detalle* de las actuaciones procesales desarrolladas cuando éstas se reducen, cual es el caso, a una. La propia parte impugnante así lo conoce y es sabido que debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo.

En el segundo motivo de impugnación se tacha de superflua la intervención de la letrada. También el motivo es rechazable.

La letrada minutante intervino en el trámite procesal previsto en el art. 483.3 de la LEC, presentando un escrito en el que se vertían una serie de alegaciones encaminadas a la inadmisión del recuso, resultado que, finalmente, se produjo.

El trámite de dicho precepto resulta obligado porque así se establece en la Ley procesal antes de declarar la inadmisión del recurso de casación, y tal trámite, según el precepto, ha de producirse con todas las *partes personadas*, sin distinción por tanto entre recurrente y recurrida, al contrario de lo que parece hacer ver la impugnante al afirmar que “el traslado a las partes personadas no deja de ser una mera formalidad, más encaminada a dar una nueva oportunidad al recurrente para que justifique suficientemente los motivos por los que debe admitirse el recurso”. Si así fuere, la Ley hubiera previsto el traslado sólo a la parte recurrente.

El agotamiento de los trámites procesales es condición inherente a la función del abogado como forma esencial de cumplimiento de la plena y completa defensa procesal de su cliente.

La impugnación, en conclusión, debe ser desestimada.

**Tercero.** De conformidad con lo que dispone el art. 394.1 de la LEC se impondrán las costas de este incidente a la parte impugnante.

Así por ello,

## PARTE DISPOSITIVA

Debemos desestimar y desestimamos la impugnación por indebidos de los honorarios de la letrada D<sup>a</sup>. Nieves de Cossío Rodríguez, producida en el recurso de casación 98/02 y

formalizada por el procurador de los tribunales D. Román Villalba Rodríguez, en nombre y representación de D. Jaime L. R., con imposición de las costas a la parte impugnante.

Notifíquese la presente a las partes.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

765  
**SENTÈNCIA DE 16 DE JUNY DE 2003**  
*M. Dolors B.S. / Josep M. B.R.*

**Vinculació de l'hereu als actes propis del seu causant: determinació del seu abast. Principi de rogació. Incongruència interna de la sentència: improcedència de la seva al·legació. Recurs de cassació: qüestions noves en el recurs. Recurs de cassació: no es pot fonamentar en una pluralitat de preceptes heterogenis. Recurs de cassació: no es pot fonamentar en la infracció de preceptes genèrics. Recurs de cassació: sols escau contra les argumentacions que constitueixen la *ratio decidendi* de la sentència recorreguda**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el recursos extraordinaris de cassació i per infracció processal interposats per la representació del Sr. José M<sup>a</sup> B. R., representat davant d'aquest Tribunal pel procurador Sr. Carlos Ram de Viu de Sivatte i dirigit per l'advocat Sr. Aniceto Ferrer Rovira, contra la Sentència dictada per la Secció 4a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 30 de setembre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Vilanova i la Geltrú de 6 de març de 2001 en les actuacions de judici de menor quantia núm. 226/00. La Sra. M<sup>a</sup> Dolores B. S., aquí part recorreguda, ha estat representada pel procurador Sr. Jesús de Lara Cidoncha i defensada per l'advocat Sr. Luis Muñoz Sabate.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. M<sup>a</sup> Begoña Calaf López, en nom i representació de la Sra. Maria Dolores B. S., va formular demanda de judici de menor quantia núm. 226/00 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 3 de Vilanova i la Geltrú. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 6 de març de 2001, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que debo condenar y condeno a Don José María B. R. a rendir debida y justificadamente cuenta a la actora del dinero percibido por su difunta esposa Doña María Dolores M. P., y en su caso, por la venta de unas fincas y estaciones de servicio REPSOL; a rendir debida cuenta justificada del patrimonio de la difunta Doña Josefa M. P. y a restituirlo a la actora con sus intereses; a rendir debida y justificada cuenta de todos los cobros y pagos por él

efectuados durante el tiempo que estuvo administrando la herencia de la actora y a liquidar a esta última el saldo resultante”.

**Segon.** La representació processal del Sr. José M<sup>a</sup> Batet Rull va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació contra la Sentència de data 30 de setembre de 2002 dictada per la Secció 4a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el seu rotlle d'apel·lació núm. 433/01, que a la seva part dispositiva deia: “FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de José M<sup>a</sup> B. R. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 3 de Vilanova, en los autos de juicio de menor cuantía 226-2000, de fecha 6 de marzo de 2001 y auto aclaratorio, que se confirma, excepto en el extremo de las costas, sin que se realice expresa imposición en ninguna de las dos instancias”.

**Tercer.** Per interlocutòria d'aquesta Sala de data 27 de març de 2003 es va admetre a tràmit el present recurs de cassació, al qual s'ha oposat la part recorreguda. Es va assenyalar dia i hora per a la votació i decisió, que s'ha celebrat el dia 26 de maig de 2003.

Ha estat ponent el magistrat d'aquesta Sala II<sup>m</sup>. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Per tal de centrar les qüestions objecte dels recursos de cassació i del recurs extraordinari per infracció processal interessa fer una referència breu als fets següents:

A) Els consorts senyors Josep Maria B. R. i Dolors S. M. van tenir una filla, la senyora Maria Dolors B. i S.

B) Amb data 11 de gener de 1993 la senyora Dolors S. M. i el senyor Josep Maria B. R., que actuava en concepte d'apoderat de la mare de la seva esposa senyora Josepa M. P., van atorgar una escriptura pública de compravenda de dues finques amb unes benzineres propietat de la senyora Maria Dolors B. S., gravada una d'elles amb un dret d'usdefruit a favor de la seva mare a Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA, pel preu de 255.000.000 de pessetes.

C) En una altra escriptura de data 2 de juny de 1995 el senyor Josep Maria B. R., que actuava en qualitat de mandatari de la seva esposa, va vendre al seu germà Joan B. R. altres dues finques pel preu de 12.000.000 de pessetes.

D) La senyora Dolors B. S. va atorgar testament el dia 8 de maig de 1971, en el qual instituïa hereva la seva filla senyora Maria Dolors B. S. i ordenava un llegat d'usdefruit universal a favor del seu marit. La testadora va morir el dia 14 de juny de 1995. Posteriorment el vidu va contraure segones noces.

E) Amb data 29 de novembre de 1996 el senyor Josep Maria B. R. i la seva filla senyora Maria Dolors B. S. van atorgar un document privat sobre redistribució convencional de l'herència materna.

F) La senyora Josepa M. P. va morir el dia 5 d'octubre de 1997 i la seva néta senyora Maria Dolors B. S. va ésser declarada hereva intestada, segons declaració notarial d'hereus abintestats de data 17 d'abril de 1998.

G) El dia 20 de maig de 1999 el senyor Josep Maria B. R. i la seva filla senyora Maria



Dolors B. S. van atorgar una escriptura pública d'acceptació i d'adjudicació de l'herència de la senyora Dolors S. M.

H) Amb data 5 de setembre de 2000 la senyora Maria Dolors B. S. va interposar una demanda de judici declaratiu de major quantia contra el seu pare senyor Josep Maria B. R., en la qual interessava que es condemnés el defenent a retre comptes a la seva filla dels diners que havia percebut de la seva difunta esposa i, en el cas de la seva sogra, per la venda de les finques esmentades; que es condemnés el defenent a retre comptes del patrimoni de la seva difunta esposa i a restituir-lo a l'agent, i que es condemnés el defenent a retre comptes dels pagaments i cobraments que havia fet mentre va actuar com a administrador del patrimoni de la seva esposa i a liquidar el rössec corresponent.

I) El senyor Josep Maria B. R. va presentar el seu escrit de contesta a la demanda el dia 17 d'octubre de 2000, en el qual interessava la desestimació de les pretensions de la part agent.

J) El Jutjat de Primera Instància número 3 de Vilanova i la Geltrú va dictar Sentència el dia 6 de març de 2001, que estimava la demanda, la part dispositiva de la qual decideix: "Que debo condenar y condeno a Don José María B. R. a rendir debida y justificadamente cuenta a la actora del dinero recibido por su difunta esposa Doña María Dolores M. P., y en su caso, por la venta de unas fincas y estaciones de servicio Repsol; a rendir debida cuenta justificada del patrimonio de la difunta Doña Josefa M. P. y a restituirlo a la actora con sus intereses; a rendir debida y justificada cuenta de todos los cobros y pagos por él efectuados durante el tiempo que estuvo administrando la herencia de la actora y a liquidar a esta última el saldo resultante". Per interlocutòria de data 21 de març de 2001 es va aclarir l'apartat primer de la sentència esmentada en el sentit d'incloure en la rendició de comptes les quantitats que l'agent hagués percebut de la seva sogra senyora Josepa M. P.

K) El senyor Josep Maria B. R. va interposar recurs d'apel·lació contra la sentència esmentada.

L) La Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Sentència el dia 30 de setembre de 2002, que estimava parcialment el recurs, en el sentit de revocar el pronunciament de la sentència recorreguda en la part que fa referència a la condemna en costes del defenent en la primera instància i confirmava els altres pronunciaments de la resolució recorreguda.

M) El senyor Josep Maria B. R. ha interposat recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal contra la sentència de segona instància.

**Segon.** La part contra la qual es recorre planteja com a qüestió prèvia la inadmissió, i en aquest tràmit la desestimació, dels recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats per l'adversa, per tractar-se d'uns recursos derivats d'un judici declaratiu de menor quantia segons la Llei d'enjudiciament civil anterior i per ésser indeterminada la quantia del procediment. I com que l'article 477.1.2n de la Llei d'enjudiciament civil actual estableix que són recurribles en cassació les sentències dictades en segona instància per les audiències provincials quan la quantia de l'assumpte excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes, conclou que s'ha de desestimar el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal amb base en el fet d'excloure's la procedència d'ambdós recursos en els judicis de quantia inferior a l'esmentada o en els judicis de quantia indeterminada.

En relació amb aquesta qüestió prèvia interessa fer unes precisions. La part agent encarrila les seves pretensions per la via del judici declaratiu de major quantia, si bé cal precisar que

la primera resolució que dicta el jutjat, és a dir la provisió de 16 de setembre de 2000, estableix l'admissió de la demanda i la seva substanciació pels tràmits del judici declaratiu de menor quantia, sense que aparegui a les actuacions cap mena de protesta de la part agent pel canvi de procediment. En el seu escrit de contesta a la demanda la part defenent s'oposa a les pretensions de l'adversa en el judici declaratiu de menor quantia i, finalment, a l'acta de compareixença, ambdues parts litigants manifesten que "están conformes en cuanto al tipo de procedimiento elegido, su cuantía (...)". En el seu escrit de preparació del recurs la part defenent, i en aquells moments part recurrent, al·legava la procedència del recurs de cassació basat en la quantia, segons l'article 477.1.2n de la Llei d'enjudiciament civil, ja que la quantia del litigi excedia en molt els vint-i-cinc milions de pessetes que exigeix el precepte, com ho posava de manifest la circumstància d'haver encarrilat les seves pretensions la part agent per la via del judici declaratiu de major quantia, que segons l'article 483.1r de la Llei d'enjudiciament civil anterior, vigent al temps de la interposició de la demanda, era la via processal escaient quan l'interès econòmic del litigi excedís la quantitat de cent seixanta milions de pessetes.

Partint de totes aquestes consideracions, hem d'entendre que el litigi supera amb escreix la quantia dels vint-i-cinc milions de pessetes que exigeix l'article 477.2.2n de la Llei d'enjudiciament civil, com ho acredita el fet d'exigir-se al defenent la rendició de comptes respecte al preu de dues finques venudes per un preu superior als dos-cents milions de pessetes, i si bé és cert que no es va fixar o determinar la quantia del litigi, no ho és menys que la mancança té el seu origen en el fet de demanar-se una rendició de comptes, el ròssec de la qual era molt difícil precisar en aquells moments, ni tan sols de forma aproximada. En conseqüència, i reiterant ara el criteri que ja va establir aquesta Sala en la seva interlocutòria anterior de 5 de febrer de 2001, escau declarar la procedència d'haver admès el recurs de cassació basat en la quantia, amb la subsegüent desestimació de la qüestió prèvia que ha proposat la part recorreguda.

**Tercer.** Preveu la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil, en el seu apartat 6, que si s'han interposat conjuntament un recurs extraordinari per infracció processal i un recurs de cassació, s'ha de resoldre sempre en primer lloc el recurs extraordinari per infracció processal.

El motiu primer d'aquest recurs extraordinari, que es fonamenta en l'article 469.1.2n de la Llei d'enjudiciament civil, al·lega infracció de l'article 218.1 i 2 de la mateixa llei per incongruència interna de la sentència. Per tal de centrar el problema hem de recordar que en la pètica de l'escrit de demanda s'interessava que es condemnés el defenent a retre comptes dels diners que havia percebut la seva difunta esposa i, en el seu cas, la seva sogra per la venda d'unes finques, i segons resulta de l'escrit de demanda la petició de retre comptes es fonamentava en el fet que, en vida de l'esposa i de la sogra, el defenent i ara part recurrent gestionava els seus interessos patrimonials. Hem d'afegir ara que després de la mort de l'esposa, el recurrent va esdevenir usufructuari universal de la seva herència, circumstància que va determinar que el fonament de dret tercer de la sentència de primera instància fes unes referències als drets i a les obligacions de l'usufructuari a l'inici de l'usdefruit i durant el seu desenvolupament i que la part defenent al·legués en el seu escrit de formalització del recurs d'apel·lació incongruència interna de la sentència de primera instància, ja que alterava el plantejament del litigi sobre la base de la consideració del defenent com a usufructuari de l'herència de la seva difunta esposa, sense tenir en compte que el recurrent havia estat demandat per la seva condició d'administrador del patrimoni de l'esposa.

La sentència d'apel·lació confirma aquest pronunciament de la sentència recorreguda, ja que precisa que els fets que descriu la demanda i els seus fonaments de dret es basen en els preceptes relatius al contracte de mandat, i és precisament en aquesta condició d'administrador dels béns de la seva esposa i sogra que el defenent va disposar dels seus béns, motiu pel qual se'l condemna a retre comptes, i encara que s'esmenta també la seva condició d'usufructuari, aquesta referència no va causar-li cap mena d'indefensió.

Aquest pronunciament de l'Audiència ha determinat que el defenent plantegi per segona vegada el problema de la incongruència interna de la sentència en el motiu primer del seu recurs extraordinari per infracció processal, en el qual al·lega que va adquirir la condició d'usufructuari després de la mort de la seva esposa, amb la conseqüència que els actes que va realitzar abans sobre el patrimoni *uxori*, els va realitzar en la seva condició d'administrador dels seus béns i no com a usufructuari i, per tant, la sentència és incongruent.

La Sala comparteix el criteri de la part recurrent que en el litigi es reclama la rendició de comptes respecte als actes que va realitzar el defenent, i ara part recurrent, com a administrador i no com a usufructuari, però la Sala no comparteix el criteri de la part recurrent sobre incongruència interna de la sentència recorreguda. Disconformitat que es fonamenta en el fet que l'esment del dret d'usdefruit en el fonament de dret tercer de la sentència de primera instància era, inicialment, innecessari i després ha esdevingut pertorbador, inconvenients que la sentència d'apel·lació no esmena amb la claredat suficient. De totes formes, el que aquí i ara interessa posar en relleu és que la sentència de primera instància, al final del seu fonament de dret tercer, precisa que no escau fer cap pronunciament sobre els actes que el defenent va realitzar com a usufructuari i per això la part dispositiva de la sentència el condemna a retre comptes dels actes que va realitzar durant el temps que va actuar com a administrador dels béns de la seva esposa, que és realment allò que es demanava en la pètitade la demanda, i per tant, les referències que es fan en les sentències recorregudes sobre el dret d'usdefruit són unes referències desafortunades, però que no han tingut cap mena de transcendència sobre la decisió.

En conseqüència s'ha de desestimar el motiu primer del recurs extraordinari per infracció processal ja que, segons un conegut i reiterat criteri jurisprudencial, la incongruència ha de resultar de la comparació de les peticions que es fan en la pètitade la demanda i el pronunciament de la sentència, com ha precisat el Tribunal Suprem en les seves sentències, entre moltes d'altres, de 13 de maig de 1998 i 23 de setembre de 1999, però no es pot projectar sobre els raonaments fets per l'organisme jurisdiccional (Sentència del mateix Tribunal de 16 de març de 1990).

**Quart.** El motiu segon del recurs extraordinari per infracció processal es fonamenta en l'article 469.1.2n de la Llei d'enjudiciament civil i al·lega infracció, per manca d'aplicació, dels principis de justícia pregada de l'article 216 de la mateixa Llei i dels principis sobre càrrega de la prova segons el seu article 217.2.

Pel que fa referència a la suposada infracció del principi de justícia pregada, la part recurrent al·lega que l'agent no va interessar en la seva demanda la condemna del seu pare a retre comptes per la seva condició d'usufructuari, mentre que les sentències recorregudes condemnen el defenent per la seva condició d'usufructuari, és a dir, en virtut d'una condició no invocada per l'agent. Pretensió desestimable, ja que, com s'ha raonat en el fonament de dret anterior de forma suficient, la sentència recorreguda no condemna el defenent a retre

comptes per la seva condició d'usufructuari. Per tant, sense necessitat de més argumentacions, decau aquest apartat del motiu segon del recurs extraordinari per infracció processal.

S'al·lega també en el mateix motiu manca d'aplicació de l'article 217.2 de la Llei d'enjudiciament civil sobre càrrega de la prova, ja que segons la part recurrent la sentència d'apel·lació, en el seu fonament de dret segon, realitza *ex novo* l'afirmació sorprenent que ja va ésser administrador en vida de la seva esposa i sogra dels seus béns amb llur consentiment, afirmació que qualifica d'errònia, ja que no es fonamenta en cap mena de prova. Aquest apartat del recurs és igualment desestimable, ja que l'atribució al recurrent de la condició d'administrador dels béns de la seva esposa i sogra mentre vivien no sorgeix *ex novo* a la sentència d'apel·lació, com argumenta la part recurrent, sinó que ja apareix a l'escrit de demanda i també en l'escrit de contesta a la demanda, amb la conseqüència, doncs, que va ésser una qüestió debatuda i valorada en les instàncies inferiors, certament d'acord amb uns criteris desfavorables a la part ara recurrent; però això no pot abocar a un problema sobre càrrega de la prova, sinó a un problema sobre valoració de la prova, que és una qüestió prou diferent, ja que com precisa la Sentència del Tribunal Suprem d'1 de març de 1994 no escau invocar les normes sobre càrrega de la prova enfront d'una apreciació de les proves en el seu conjunt. En el mateix sentit la Sentència de 22 d'abril de 1992 ja va tenir ocasió de precisar que "no pueden reputarse cuestiones nuevas las alegaciones que en cualquier momento procesal apto para ello puedan efectuar las partes cuando las mismas se funden sobre los hechos oportunamente alegados por las mismas o aduzcan formas más o menos especiales de aplicación o interpretación de los fundamentos jurídicos contenidos en los aludidos escritos alegatorios".

**Cinquè.** La desestimació dels dos motius del recurs extraordinari per infracció processal determina, segons la disposició final setzena, apartat 6, que s'ha d'examinar i de resoldre el recurs de cassació, que en el seu motiu primer, fonamentat en l'article 477.2.2n, al·lega vulneració per manca d'aplicació de l'article 1.2 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, segons el qual l'hereu "resta vinculat als actes propis del causant".

Argumenta en aquest punt la part recurrent que la sentència d'apel·lació condemna el recurrent a retre comptes de la quantitat que va percebre la seva esposa difunta per la venda d'unes benzineres, i com que l'esposa apareix com a part venedora en aquests contractes, s'han de qualificar d'actes propis de l'esposa, que vinculen a la seva hereva, part agent en el litigi i ara part recorreguda, que per tant no pot demanar al recurrent que reti comptes de les quantitats que va percebre l'esposa.

En aquest punt hem de precisar que l'article 1.2 del Codi de successions estableix que, com a conseqüència del principi de la *successio* que informa el dret successori català, l'hereu, per la seva condició de successor en tot el dret del seu causant, adquireix els béns i els drets de l'herència i es subroga en les obligacions transmissibles del seu causant; però respecte a la vinculació de l'hereu als actes propis del seu causant el mateix precepte no estableix aquí cap mena de successió, sinó una situació nova que s'origina per l'acceptació de l'herència, que obliga l'hereu a respectar els actes propis del seu causant, però sols en la mesura que el mateix causant hauria de respectar els seus actes propis, amb la conseqüència, doncs, que si el causant podia impugnar o contradir actes que afectaven els seus interessos, també podrà fer-ho el seu successor universal. I això és precisament el que succeeix en el cas que ara s'ha de resoldre. Resulta de les actuacions que el preu de 263.925.000 pessetes per la venda de les benzineres es va pagar mitjançant un xec nominatiu a favor de la senyora Dolors

S. M. lliurat contra una sucursal de Madrid del Banco de Santander; que aquesta quantitat va ésser ingressada en un compte obert a Caixa Penedès a nom de la senyora Dolors S. M. i del seu marit senyor Josep Maria B. R., i que d'aquest compte es van extreure diferents quantitats, sense que l'entitat dipositària dels diners hagi donat cap informació sobre el destí dels diners extrets del compte indistint ni sobre qui va ordenar les extraccions.

En conseqüència decau el motiu primer del recurs de cassació, en el qual s'al·lega que l'agent va contra els actes propis de la seva mare i causant, ja que les seves pretensions s'adrecen contra el marit de la seva causant i, per altra part, no consta a les actuacions que la mare de l'agent hagués ratificat o consentit les extraccions de diners del compte indistint ni que les extraccions de diners s'haguessin fet basant-se en la seva signatura.

**Sisè.** El motiu segon del recurs de cassació, que es fonamenta igualment en l'article 477.2.2n de la Llei d'enjudiciament civil, al·lega infracció dels articles 1, 2, 3 i 4 del Codi de família, en la mesura que la sentència recorreguda aplica de forma indeguda les regles sobre gestió de negocis a un dels cònjuges, sense que aquest hagi realitzat cap acte de gestió en nom del seu consort.

El motiu és clarament desestimable. En primer lloc perquè es fonamenta en una pluralitat de preceptes que són clarament heterogenis, com són el seu article primer, que defineix el matrimoni; l'article 2, sobre el domicili familiar; l'article 3, sobre direcció de la família, i l'article 4, sobre despeses familiars; i arribats a aquest punt sols cal recordar el reiterat i conegut criteri jurisprudencial contrari a la possibilitat de fonamentar un motiu del recurs de cassació en una pluralitat de preceptes heterogenis, com ha tingut ocasió de precisar aquesta Sala en les seves sentències de 10 de gener, 25 d'abril, 1 de juliol, 12 de setembre i 21 de novembre de 2002, que recullen el mateix criteri establert de forma reiterada pel Tribunal Suprem. En segon lloc perquè tampoc resulta escaient fonamentar el recurs de cassació en preceptes genèrics o generals, com recorden les sentències del Tribunal Suprem de 31 de desembre de 1993 i 30 de desembre de 1994, i sens dubte aquests qualificatius són aplicables a un precepte que vol definir el matrimoni. I en tercer lloc perquè no escau revisar en el recurs extraordinari de cassació el fet que el marit gestionés el patrimoni de l'esposa, fet que la sentència recorreguda considera acreditat d'acord amb l'examen del conjunt de les proves practicades.

**Setè.** El tercer motiu del recurs de cassació, que també es fonamenta en l'article 477.2.2n de la Llei d'enjudiciament civil, al·lega infracció per no-aplicació de l'article 467 del Codi civil i aplicació errònia dels articles 497 i 511 del mateix Codi.

També el darrer motiu del recurs de cassació ha d'ésser desestimat. En primer lloc per fonamentar-se igualment en un precepte excessivament general o genèric, com és l'article 467 del Codi civil en el seu intent de definir el dret real d'usdefruit. I en segon lloc perquè les innecessàries i pertorbadores referències que es fan a les sentències recaigudes en les instàncies inferiors cap transcendència han tingut sobre el fons de la qüestió litigiosa, com estableix el fonament de dret segon de la sentència d'apel·lació. I com ha precisat de forma reiterada la jurisprudència, resten excloses del recurs de cassació les argumentacions que no constitueixen la *ratio decidendi* de la sentència contra la qual es recorre (sentències del Tribunal Suprem de 28 de març de 1990 i 4 d'octubre de 1994).

**Vuitè.** Els raonaments anteriors porten a la desestimació total dels recursos de cassació i extraordinari per infracció processal. D'acord amb allò que preveuen els articles 394.1 i

398.1 de la Llei d'enjudiciament civil escau, doncs, imposar a la part recurrent les costes que han originat ambdós recursos.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, decideix desestimar el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal que ha interposat el procurador dels Tribunals senyor Carles-Xavier Ram de Viu de Sivatte, que actua en nom i representació del senyor Josep Maria B. R., contra la Sentència dictada per la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 30 de setembre de 2002, en el rotlle d'apel·lació 4333/2001, derivat del judici declaratiu de menor quantia 226/2000 del Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Vilanova i la Geltrú, amb imposició de les costes d'ambdós recursos a la part recurrent.

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

766  
**INTERLOCUTÒRIA DE 16 DE JUNY DE 2003**

**Recurs de revisió contra la diligència d'ordenació i de reposició en declaració de nul·litat de resolucions judicials: estimació**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Presentat l'escrit anterior del procurador Sr. Joaniquet Ibarz s'uneix a les actuacions. Es tenen per efectuades les manifestacions que s'hi contenen, i

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal de la part recurrent va interposar revisió i recurs de reposició contra la diligència d'ordenació de data 12 de maig de 2003 i provisió de 15 de maig de 2003. S'ha traslladat per un termini de cinc dies a la part contrària, que ha efectuat les alegacions escaients.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Per resoldre l'escrit de la representació de les entitats Habitatge Entorn, SCCL, Raiding, SA, i Proha, SCCL, que s'anomena "recurso de revisión y recurso de reposición", cal tenir en compte el següent:

Amb data 12 de maig passat es va registrar d'entrada en aquest Tribunal un ofici de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 11a) al qual adjuntava actuacions referides al seu rotlle d'apel·lació núm. 277/02, en virtut dels recursos de cassació i extraordinari per infracció processal interposats contra la Sentència de l'esmentada audiència de data 26 de març de 2003. Això motivà que aquesta Sala dictés una diligència de constància i ordenació del secretari judicial i la corresponent provisió, en la qual, d'acord amb l'art. 483 de la LEC, es passaven les actuacions al magistrat ponent per a la instrucció i el sotmetiment a la deliberació de la Sala d'allò escaient respecte a l'admissió o inadmissió dels esmentats recursos.

Contra aquestes resolucions interposà l'esmentada representació de la part recurrent l'escrit ja assenyalat, pel qual demanava que aquesta Sala acordés deixar sense efecte les

també referides diligències i proveïment, amb devolució de les actuacions a la Secció 11a de l'Audiència per a la remissió de les actuacions a la Sala 1a del Tribunal Suprem.

**Segon.** S'haurà de considerar procedent tal petició i, per tant, deixar sense efecte tant la referida diligència d'ordenació com la consegüent provisió, ja que, efectivament, la referida Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona va remetre a aquesta Sala, per simple error material, actuacions que corresponia elevar al Tribunal Suprem, com prou bé indicava l'escrit en el qual la part recurrent interposava davant la Sala 1a de l'Alt Tribunal recurs de cassació i d'infracció processal.

Que aquesta remissió no pot obeir a altra causa que la de l'esmentat error es deriva de la palesa incompetència que, en qualsevol cas, tindria aquesta Sala per a conèixer dels referits recursos extraordinaris, en la mesura en què en cap moment no s'invoca infracció d'una norma del dret civil català propi d'aquesta Comunitat Autònoma, ni pertoca tampoc la matèria tractada a cap especialitat considerada en el dret civil català.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit que, estimant la revisió contra la diligència d'ordenació de 12 de maig de 2003 i el recurs de reposició interposat contra la provisió de 15 de maig de 2003, declarem nul·les les referides resolucions i, en conseqüència, acordem la devolució de les actuacions a la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona perquè els doni el tràmit processal escaient, en definitiva, la remissió de les actuacions al Tribunal Suprem.

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



767  
**SENTÈNCIA DE 19 DE JUNY DE 2003**  
*Lídia C.G. / Jordi C.B. i altres*

**Recurs de revisió: naturalesa jurídica. Recurs de revisió fonamentat en l'obtenció de documents que incideixen sobre la qüestió litigiosa que no existien quan es va dictar la sentència que origina la revisió**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist la demanda de revisió núm. 10/2003 contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Badalona en les actuacions núm. 45/98. La Sra. Lídia C. G. ha interposat aquesta demanda representada pel procurador Sr. Antonio Cortada García i defensada pel lletrat Sr. Jorge Fillat Boneta. Són part contra la qual es recorre els Srs. Carlos, Alberto i Jordi C. B., representats pel procurador Sr. Jaume Guillem Rodríguez i defensats pel lletrat Sr. Fernando Bustamante A.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació de la Sra. Lídia C. G. va interposar, d'acord amb l'article 510.1 de la Llei d'enjudiciament civil, demanda de revisió contra la Sentència dictada amb data 7 d'octubre de 1998 pel Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Badalona, "al haberse obtenido con posterioridad a la sentencia que se impugna, un documento que incide directamente sobre la misma".

**Segon.** Per mitjà de provisió d'aquesta Sala de data 6 de març de 2003 i de conformitat amb allò que disposa l'art. 514 de la Llei d'enjudiciament civil, es va citar la part contrària perquè en el termini de vint dies contestés la demanda. En data 28 de març de 2003 el procurador Sr. Jaume Guillem Rodríguez, en nom i representació dels Srs. Jordi, Carlos i Albert C. B., va presentar un escrit d'oposició a la demanda de revisió.

**Tercer.** Per provisió de data 14 d'abril de 2003 i de conformitat amb l'art. 440 de la LEC es va citar les parts a través de la seva representació processal per tal que compareguessin el dia 28 d'abril de 2003 a les 11.30 hores del matí per a la celebració de la vista, la qual va tenir lloc. Formaven la Sala els Il·lms. Srs. al començament expressats, amb la substitució del president inicialment designat, per impossibilitat sobrevinguda per raó del servei.

**Quart.** Per provisió de data 8 de maig de 2003 i de conformitat amb el que preveu l'art. 514.3 de la LEC es van passar les actuacions al Ministeri Fiscal a fi que emetés informe, que va efectuar en el sentit de “sol·licitar l'estimació de la demanda de revisió interposada”.

Ha estat designat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** El present recurs de revisió el fonamenta la representació de la Sra. Lídia C. G. en l'art. 510, núm. 1, de la LEC (“si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado”). En relació amb això s'ha de ponderar el següent:

1r) La Sra. Lídia C. G. interposà en el Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Badalona demanda per la qual postulava, entre altres peticions, que es declarés pare biològic del seu fill Kevin C. M. el Sr. Carlos C. R. Demanà també —i així fou concedit— que, com a mesura cautelar, s'imposés al demandat l'obligació d'abonar en concepte d'aliments la quantitat de cent mil pessetes mensuals. Per Sentència de 30 de juliol de 1994 el Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Badalona desestimà la demanda en acollir l'excepció processal de falta de litisconsorci passiu necessari. La sentència fou apel·lada i l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Dotzena) la confirmà per una altra de 20 de maig de 1996. Posteriorment s'interposà un recurs de cassació que aquesta Sala desestimà per la Sentència de 13 de març de 1997.

2n) Aquestes resolucions motivaren que el demandat Sr. Carlos C. —que mentrestant havia anat pagant la suma mensual acordada en l'esmentada mesura cautelar— interposés demanda per reclamar de la Sra. C. el reintegrament de les quantitats abonades, que s'elevaven a 5.700.000 pessetes (corresponents a les mensualitats que abasten des del 30 de març de 1992 fins al 30 de desembre de 1996); demanda que fou acollida pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Badalona per la Sentència de 7 d'octubre de 1998, la qual guanyà ferma perquè no va ser apel·lada.

3r) El fill de la Sra. C., el Sr. Kevin C. M. G., interposà demanda contra el Sr. C. perquè es declarés la seva paternitat biològica no matrimonial, a la qual cosa es va oposar aquest darrer. Acordada la prova pericial heredobiològica, es practicà amb les restes mortals del Sr. C., que morí abans de la seva pràctica en un accident de circulació, raó per la qual el plet continuà amb els seus hereus. L'esmentat Jutjat, en congruència amb el resultat de la prova pericial, declarà la paternitat del Sr. C. mitjançant la Sentència de 15 de setembre de 2000, contra la qual es va apel·lar i que fou confirmada per l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Divuitena) en la Sentència de 28 de març de 2002. Contra aquesta resolució interposaren els hereus i fills matrimonials del Sr. C. recurs extraordinari per infracció processal, que fou inadmès per aquest Tribunal per una interlocutòria de 22 d'octubre de 2002.

**Segon.** La sentència respecte a la qual demana la rescissió la Sra. Lídia C. és la del Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Badalona, és a dir, la que la condemnà a reintegrar al Sr. C. la quantitat de 5.700.000 pessetes. La part demandada s'oposa a aquesta petició aduint, literalment, que “no cabe la revisión porque en este caso, después de pronunciada la sen-

tencia, ni se ha recobrado ni obtenido documentos decisivos, de los que no se hubiera podido obtener por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado”. Així mateix addueix que la sentència pretesament rescindible porta causa del procediment resolt per aquest Tribunal el 1997, en el qual es diu que la demandant “cometió desde el principio un fallo procesal que en ningún momento quiso enmendar, puesto que lo más razonable hubiera sido, con el fallo de primera instancia, subsanar el defecto”, cosa que es diu que no va fer perquè “la medida cautelar acordada le suponía el cobro de 100.000 pesetas y la prolongación en el tiempo del procedimiento en las diferentes instancias jugaba a su favor”.

**Tercer.** Cal tenir present la Sentència del T.S. de 14 de gener de 2001, que es refereix exhaustivament a les gran línies doctrinals i jurisprudencials que han anat configurant aquest recurs extraordinari. Aquesta resolució, que invoca en el mateix sentit les sentències del T.S. d’1 de març de 1999 i 5 d’abril de 1996, recorda tanmateix que la revisió és “un remedio procesal encaminado a atacar el principio de la cosa juzgada a la vez que controlar en beneficio de la justicia si la resolución cuya revisión se pretende fue dictada como consecuencia de defectos o vicios que de haberse conocido hubieren provocado una resolución distinta (...). La doctrina de esta Sala, de modo reiterado y constante, ha sancionado: A) Que el recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa de inexcusable observancia (...) sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados (S.T.S. de 1 y 15 de febrero; 8-6 y 21-10-1982). B) La interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada que no puede ponerse en entredicho (S.T.S. 13-4 y 25-5-1981 ; 8-5 y 8-6 1982 ), cual se recoge en la Sentencia de 3 de octubre de 1987. C) No es una última instancia, ni este remedio formal puede servir para subsanar deficiencias procedimentales que pudo reparar la parte, ya que, rigiendo el principio dispositivo, al ejercitarse una facultad, se ha de pechar con las consecuencias perjudiciales o cargas que de ello se deriven (S.T.S. de 21-12-1988). D) No es posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la Sentencia impugnada (S.T.S. 30-6, 14-7 y 3-11, todas de 1988). E) El plazo para interponerlo es el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude (art. 1798 L.E.C) y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que debe probarse con precisión (S.T.S. 23-2-1965; 17.10-1969; 24-3-1972; 14 y 19-2 1981; 15-2 y 14-6-1982; 6-4-1985; 15-7-1986 y 11-5-1987). F) No es procedente la revisión cuando en el proceso que se dictó la sentencia pudieron quedar acreditados los mismos extremos que en el excepcional recurso de revisión se pretenden replantear (S.T.S. 18-1 y 4-10-1989. G) ‘(...) es criterio jurisprudencial que la maquinación exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de ardides, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario (...) procede desestimar el recurso’, y la S.T.S. de 3 de octubre de 1991 ‘Se comprenden dentro del término de maquinación fraudulenta todas aquellas actividades que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda, y sin que tal recurso autorice a los litigantes a proponer un nuevo examen de las cuestiones que ya tuvieron

lugar adecuado en el pleito, por lo que la maquinación fraudulenta alegada ha de basarse en hechos ajenos al pleito'. (S. 13-3-2000). H) Carece del alcance y efecto de documento decisivo recobrado, detenido por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor la sentencia fue dictada, requerido por el art. 1796, aquel concebido en los mismos términos del que fue aportado en el juicio determinante de la sentencia recurrida en revisión (S.T.S. 13-12-1988). I) Es necesario que los documentos cumplan estos dos requisitos: que sean decisivos, esto es, con valor y eficacia bastante para que el fallo de la sentencia hubiere sido en sentido contrario o diferente al recaído; y segundo, que dichos documentos hayan sido detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado la sentencia (S.T.S. 3-2 y 2-10-89)".

Per la seva banda, la recent sentència del T.S. de 10 de setembre de 2002, referida ja a la nova LEC, insisteix en els conceptes transcrits i continua la línia de severitat pròpia d'aquest recurs extraordinari.

**Quart.** En el cas, el recurrent invoca l'art. 510.1r de la LEC "en cuanto al motivo de impugnación", havent explicitat que "la presente demanda se fundamenta en el art. 510.1 de la LEC, al haberse obtenido con posterioridad a la sentencia que se impugna un documento que incide directamente sobre la misma". La seva pretensió rescissòria recolza, doncs, en el supòsit que "después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado".

Doncs bé, s'ha de ponderar que la sentència que dóna lloc a la demanda del Sr. Carlos C. de reintegrar-se les quantitats abonades a la demandada en concepte d'aliments és de data 7 d'octubre de 1998, i que la demandada la deixà ferma pel fet de no apel·lar-la. En canvi, la primera sentència que declarà la paternitat del Sr. Kevin C. M. G. és de 15 de setembre de 2000, i la declaració de paternitat no va esdevenir ferma fins a l'any 2002; és a dir, més de quatre anys després de la sentència que es pretén rescindir. Dificilment, doncs, es pot parlar de documents "recobrats" o "obtinguts", ni més ni menys que amb força rescident d'una sentència ferma, si, en dictar-se aquesta darrera encara no existia tal document, que havia de néixer en un futur encara llunyà en forma de sentència resolutòria d'un litigi de diferent naturalesa. En aquest mateix ordre d'idees, encara resultaria més absurda qualsevol referència a "força major" o "actuació maliciosa de la part" en retenir un document inexistent.

En realitat, la demandant, amb el present recurs de revisió, ha elegit un camí processal inviable, cosa que resulta encara més sorprenent si es ponderen dues circumstàncies més, una de passat i una altra de futur:

a) La primera és que la causa que els tribunals triguessin tant a poder emetre un pronunciament de fons sobre la paternitat del Sr. Kevin C. M. G. s'ha de col·locar fonamentalment en l'exercici, per la mateixa persona ara demandant, d'una acció processal defectuosa per falta de litisconsorci passiu necessari i també en la vehemència de la mateixa part a esgotar les successives instàncies malgrat la persistència de l'esmentada defectuosa relació processal.

b) La segona radica en el fet que la sentència que es pretén rescindir desestimà a l'ara recurrent l'excepció de litispèndencia que ella mateixa havia oposat, recordant-li que per a la seva apreciació s'exigeix les identitats pròpies de la cosa jutjada i significat que hi havia "falta de las tres identidades exigibles para su prosperabilidad por cuanto ni los sujetos de este proceso son los mismos que los que toman parte en el declarativo referenciado, en que

el actor resulta ser el Sr. C. M., ni actúan con la misma cualidad, ni la cosa litigiosa es la misma, ni análoga tan siquiera la causa de pedir (...)”.

Tot això mena, doncs, a la claudicació del recurs.

**Cinquè.** L’art. 516 de la LEC preveu la imposició de costes al demandant i la pèrdua del dipòsit constituït quan el Tribunal desestima la revisió sol·licitada.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d’aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de revisió formulat per la representació processal de la Sra. Lídia C. G. contra Carlos C. i altres pel qual es pretenia la rescissió de la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Badalona, de data 7 d’octubre de 1998, amb imposició a la part demandant de les costes causades i amb pèrdua del dipòsit constituït.

Contra aquesta resolució no s’hi pot interposar recurs de cap mena.

Així, per aquesta la nostra sentència, ho pronunciem, manem i signem.

768  
**INTERLOCUTÒRIA DE 23 DE JUNY DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per manca de jurisprudència: improcedència del recurs. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: inadmissió per invocar-se un precepte que en tot cas podria fonamentar el recurs extraordinari per infracció processal**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Presentat l'escrit anterior per la procuradora Sra. Cristina Borrás Mollar, s'uneix a les actuacions. Es tenen per efectuades les manifestacions que s'hi contenen, i

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de la Sra. Andrea S. M. va interposar recurs de cassació contra la Sentència de data 6 de novembre de 2002 dictada per la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 506/01.

**Segon.** Rebudes les actuacions i previs els tràmits legals pertinents, per provisió de 22 de maig passat es va conferir a les parts termini per a al·legacions sobre la possible causa d'inadmissió del primer motiu del recurs de cassació interposat, d'acord amb el que preveu l'art. 483.3 de la LEC. La part recurrent ha efectuat les al·legacions escaients.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** La part que recorre en cassació va preparar el seu recurs basant-lo en l'interès cassacional per manca de jurisprudència d'aquesta Sala sobre l'article 36 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, segons preveu l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil, en relació amb el seu apartat 3.II. I en el seu escrit d'interposició del recurs de cassació insisteix en la seva procedència sobre la base de l'interès cassacional per manca de jurisprudència d'aquesta Sala sobre l'article 36 del Codi de successions, en relació amb els articles 400 i 401 del Codi civil.

**Segon.** Segons resulta de les actuacions, el litigi es deriva de la demanda interposada per la senyora Teresa C. i J., en la seva condició d'hereva del senyor José Miguel R. L., contra la senyora Andrea S. M., exesposa del senyor Josep Miguel R. L., sobre divisió d'un habitatge copropietat per meitats indivises de les senyores esmentades, l'ús del qual les sentències recaigudes en els procediments matrimonials van atribuir a la senyora Andrea S. M. La sentència recorreguda, que confirma la de primera instància, estima la pretensió de la part agent sobre extinció de la comunitat de béns que existeix sobre el pis esmentat per la via de la seva venda en subhasta pública, fet que ha determinat la interposició del recurs de cassació de la part defenent.

**Tercer.** Al·lega la part recurrent manca de legitimació activa de la part agent per a l'exercici de l'acció divisòria, ja que va acceptar l'herència de l'exmarit de la recurrent a benefici d'inventari i segons l'article 36 del Codi de successions l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari determina un supòsit d'herència en administració, que s'estableix com a mitjà per a la liquidació del patrimoni hereditari amb la finalitat de pagar els creditors hereditaris, amb la conseqüència, segons la mateixa part recurrent, que l'agent va més enllà de les seves facultats com a administradora del patrimoni hereditari que ha acceptat a benefici d'inventari quan interessa la venda de l'habitatge en subhasta pública per tal d'obtenir la divisió de la cosa comuna.

Aquest plantejament del recurs de cassació posa de manifest que no és procedent la seva admissió sobre la base de l'interès cassacional per manca de jurisprudència d'aquesta Sala sobre l'article 36 del Codi de successions. Es pot convenir amb la part recurrent que no hi ha jurisprudència d'aquesta Sala sobre l'article 36 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya; però no és menys cert que la problemàtica que presenta el recurs no encaixa en el concepte d'interès cassacional, que existeix quan s'interessa de l'organisme jurisdiccional un pronunciament per tal de fixar el sentit d'una regla de dret, pronunciament innecessari en aquest cas ja que el plantejament del recurs no palesa en cap moment el nucli de la contradicció amb referència al règim jurídic de l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari, i aquesta deficiència determina la inadmissibilitat del recurs de cassació basat en l'interès cassacional segons el plantejament que ha fet la part recurrent.

Cal afegir ara que en el desenvolupament d'aquest motiu del recurs la part recurrent posa de manifest de forma reiterada la manca de legitimació de l'agent per a interessar l'acció divisòria sobre l'habitatge, i si seguim el seu raonament hem d'assenyalar que les qüestions que fan referència a la legitimació processal són de caràcter processal i, per tant, sols s'hi pot recórrer per la via del recurs extraordinari per infracció processal. Així ho ha establert el Tribunal Suprem en les seves interlocutòries de 22 de gener i 5 de febrer de 2002, en les quals es precisa que les qüestions que fan referència a la legitimació, s'han d'encarriar per la via del recurs extraordinari per infracció processal i no per la via del recurs de cassació.

**Quart.** El motiu segon del recurs de cassació es fonamenta igualment en qüestions que fan referència a la legitimació i, segons la mateixa part recurrent, es troba estretament unit a l'anterior. En conseqüència, és procedent decretar-ne igualment la desestimació d'acord amb els raonaments explicats en el fonament de dret anterior, que es donen aquí per reproduïts.

**Cinquè.** La inadmissibilitat del recurs de cassació sobre la base de les argumentacions que s'han fet en els fonaments de dret anteriors, determina que s'han d'imposar les costes meritzades fins a aquest moment processal a la part recurrent, segons preveuen els articles 394 i 398 de la Llei d'enjudiciament civil.

En virtut del que s'ha exposat,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, decideix la inadmissió del recurs de cassació interposat per la procuradora dels tribunals senyora Cristina Borrás i Mollar, que actua en nom i representació de la senyora Andrea S. M., contra la Sentència de 6 de novembre de 2002 dictada per la Secció Onzena de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació 506/2001 i, en conseqüència, decreta la fermesa de la sentència esmentada; amb imposició de les costes del recurs a la part recurrent.

Contra aquesta resolució no s'hi pot interposar cap recurs.

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



## INTERLOCUTÒRIA DE 23 DE JUNY DE 2003

**Recurs de queixa: naturalesa jurídica i requisits. Recurs de queixa per no tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional i el recurs extraordinari per infracció processal: improcedència**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antonio Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.** La representación procesal de la Sra. Ester R. S. ha interpuesto recurso de queja contra el Auto de fecha 23 de diciembre de 2002 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el de fecha 8 de noviembre de 2002 que denegó la preparación de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la Sentencia de fecha 8 de octubre de 2002 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gerona, en el rollo de apelación núm. 63/2002.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Se interpone recurso de queja contra el Auto dictado en fecha 8 de noviembre de 2002 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona que denegó la preparación de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia dictada por la misma Sección en fecha 8 de octubre del mismo año. Previamente, la parte hoy recurrente presentó el oportuno recurso de reposición contra dicho auto, que fue desestimado en fecha 23 de diciembre de 2002. El actual recurso de queja fue entablado inicialmente por la dicha parte ante el Tribunal Supremo, el cual, por Auto de fecha 29 de abril de 2003, lo inadmitió por considerarse incompetente para su resolución. En tiempo hábil el recurso ha sido reproducido ante esta Sala.

**Segundo.** Antes de resolver el recurso deben hacerse dos consideraciones.

La primera se orienta a redefinir la naturaleza jurídica del recurso de queja, pues la parte recurrente parece no encajarlo en sus justos términos. Dicho recurso procede, en efecto, contra los autos denegatorios de la preparación de recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación (como también de apelación), según prevé el art. 494 de la Ley de enjuici-

ciamiento civil. Se trata, por tanto, de un remedio procesal que la Ley otorga a los litigantes para *volver a discutir*, esta vez ante un tribunal superior al que ha dictado el auto, si el recurso estaba o no correctamente preparado. No se trata, por consiguiente, de un trámite de subsanación o de corrección de errores, como tampoco de una oportunidad de reproducir *ad integrum* el escrito de preparación del recurso.

La segunda consideración es de crítica legal y se concentra en advertir que los únicos documentos que debe aportar la parte recurrente (*ex art. 495.3 de la LEC*) se reducen a los testimonios del auto denegatorio de la preparación del recurso y del auto desestimatorio del recurso de reposición, con lo que el Tribunal superior se encuentra siempre con la falta de un documento tan importante como es el propio escrito de preparación del recurso, que es —precisamente— el objeto de discusión. No hay, además, trámite previsto para la solicitud de tal escrito, sino que el Tribunal debe resolver ya en el término legal.

**Tercero.** Centrados en el objeto del recurso, es de notar que, pese a lo dicho, la parte no entra en controversia jurídica con la Audiencia, sino que se limita a exponer los motivos de recurso, según su parcial criterio, alguno de los cuales, como se verá, parecen expuestos *ex novo*.

Así, se desarrolla el primer motivo sobre la base de una jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales en materia del régimen de visitas intersemanales del cónyuge a quien no se concede la guarda y custodia de los hijos. Sobre este aspecto, la Audiencia de pronunció rechazando el motivo “dado que no se justifica el interés casacional, pues sólo se cita una sentencia del Tribunal Supremo, la cual no es jurisprudencia”. La corrección del pronunciamiento de la Audiencia es evidente y ahora —en el presente trámite de recurso— no puede cambiarse la fundamentación del motivo. Pero, aunque así fuere, tampoco el motivo podría prosperar, pues se trata siempre de pronunciamientos diferentes sobre situaciones de hecho distintas, lo que implica una ponderación de circunstancias fácticas vedadas a la casación.

El segundo motivo invoca igualmente jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales en materia de la apreciación de la infidelidad como causa de separación. La Audiencia, al desestimar el recurso de reposición, ya advirtió al recurrente de que “alteraba el cauce cassacional”, visto que el interés casacional no se alegaba en el trámite de preparación del recurso. También aquí la corrección del pronunciamiento es concluyente. Pero hay más. En este trámite de recurso la parte recurrente invoca una sola sentencia de la Audiencia Provincial de Cataluña, por sentencias de las audiencias de Baleares, Huelva, Málaga y Madrid, que este Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no tiene la función de unificar.

En el tercer motivo de recurso la parte invoca contradicción de la sentencia que combate con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de dos sentencias. A este motivo, la Audiencia contesta remitiéndose a lo dicho respecto al motivo que se refiere al régimen de visitas, lo que orienta a pensar que la preparación del recurso de casación sólo contenía la cita de una sentencia del Tribunal Supremo. No cabe en este trámite, como se ha dicho, suplir omisiones o ausencias. Pero, a mayor abundamiento, tanto porque esta Sala se ha pronunciado al respecto y es nuestra jurisprudencia la referente en materia de derecho civil de Cataluña, cuanto porque se pretende, como en el primer motivo, una revisión de las circunstancias fácticas cuya valoración compete a los tribunales de instancia, el motivo ha de ser inadmitido.

En el cuarto motivo y último, denuncia el recurrente la supuesta infracción de los arts. 39 y 40 del Código de familia de Catalunya. Sobre este aspecto, el auto resolutorio del recur-

so de reposición expresa: “Por último, también se pretenden subsanar los defectos incurrido (*sic*) en la preparación en relación con la medida relativa a los bienes patrimoniales, pues es en el recurso cuando se invoca la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mientras que en la preparación se alegaba que no existía la misma y se invocaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. El defecto se reproduce en esta instancia, pero ahora vuelve a intentar corregirlo la parte recurrente alegando —de forma absolutamente extemporánea— contradicción con la jurisprudencia de esta Sala. No es éste, efectivamente, el momento de alegar un cauce casacional que no se alegó en el momento de preparar el recurso, porque entonces se priva a la Audiencia de valorar la recurribilidad de su resolución, función que le es propia de conformidad con el art. 480.1 de la LEC.

**Cuarto.** Por todo lo dicho, procede la desestimación del recurso de queja planteado y la confirmación íntegra del auto combatido, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Así por ello,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de queja interpuesto por el procurador de los tribunales D. Carlos Arcas Hernández, en nombre y representación procesal de D<sup>a</sup>. Esther R. S., contra el Auto de fecha 8 de noviembre de 2002 dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona que denegó tener por preparado recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia pronunciada por la misma en fecha 8 de octubre de 2002; en su consecuencia, confirmamos la resolución en todos sus extremos, sin pronunciamiento sobre las costas causadas.

Notifíquese la presente y póngase en conocimiento de la Audiencia para su constancia en autos.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

770  
**SENTÈNCIA DE 23 DE JUNY DE 2003**  
*Virgínia V.P. / Tomàs S.P.*

**Règim econòmic matrimonial de separació de béns: procedència de la compensació econòmica per raó de treball. Recurs de cassació: diferències amb el recurs extraordinari per infracció processal**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Tomás S. P., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Àngel Joaniquet Ibarz i dirigit per l'advocat Sr. Alberto Bayó Marí, contra la Sentència dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona l'11 d'octubre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat per la Sra. Virgínia V. P. contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Badalona el 30 de desembre de 2000 en el procediment de separació contenciosa núm. 308/99. La Sra. Virgínia V. P., aquí part recorreguda, ha estat representada en aquest Tribunal pel procurador Sr. Ivo Ranera Cahís i dirigida per l'advocat Sr. José Luis Poch Paltré.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Narciso Ranera Cahís, en nom i representació de la Sra. Virgínia V. P., va formular demanda de separació núm. 308/99 davant el Jutjat de la Instància núm. 6 de Badalona. Seguida la tramitació legal, el jutjat va dictar Sentència amb data 30 de desembre de 2000, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando la demanda de separación interpuesta por el procurador D. Narciso Ranera Cahís en nombre y representación de D<sup>a</sup> Virgínia V. P. contra D. Tomàs S. P., con procurador D. José M<sup>a</sup> Bort Caldes, debo declarar y declaro la separación del matrimonio formado por D. Tomàs S. P. y D<sup>a</sup> Virgínia V. P., con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y, accediendo en parte a las medidas solicitadas por el procurador D. Narciso Ranera Cahís, en la representación indicada, acuerdo las siguientes medidas complementarias:

"1º Se atribuye la guardia y custodia de Gisela S. V. a su madre, Virgínia V. P., manteniéndose la patria potestad compartida de ambos progenitores.

“2º Se acuerda un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio consistente en aquél que padre e hija decidan libremente llevar a cabo, y, en caso de discrepancias organizativas, regirá como régimen de visitas el siguiente: padre e hija podrán disfrutar de su mutua compañía los fines de semana alternos, la mitad de periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano.

“En caso de discrepancia irresoluble entre la madre y el padre respecto a los periodos concretos en que la menor deba estar con su padre, se respetará la voluntad de la menor, y en caso de que ésta no desee verse en la tesitura de tener que decidir, será el padre quien, en los años pares, decida el periodo concreto en que disfrutará del periodo vacacional junto a su hija, y será la madre quien decida al respecto en los años impares.

“3º Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda conyugal, sita en la c/ XXX, nº XX, XX, de Badalona, y ajuar doméstico existente, a la madre Dª Virginia V. P. y a la hija común, Gisela S.

“4º El padre, D. Tomás S. P., deberá abonar en concepto de alimentos para su hija Gisela la cantidad de 144.000 pesetas mensuales, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorro que al efecto designe la actora. Dicha cantidad se actualizará anualmente en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

“Los gastos extraordinarios de índole escolar, médico-quirúrgicos o análogos serán sufragados por mitades e iguales partes por los progenitores previo acuerdo sobre su necesidad y presupuesto.

“5º D. Tomás S. P. deberá abonar en concepto de pensión compensatoria a Dª Virginia V. P. la cantidad de 127.500 pesetas mensuales, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorro que al efecto designe la actora. Dicha cantidad se actualizará anualmente en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que les sustituya”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part actora va interposar 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 11 d'octubre de 2002, amb la següent part dispositiva: “Con estimación del recurso contra Sentencia de 30 diciembre 2000 recaída en separación matrimonial 308/1999 del Juzgado 6 de Primera Instancia de Badalona, que interpuso la representación procesal de la actora Dª. Virginia V. P., en cuyo procedimiento ha sido parte demandada D. Tomás S. P., con intervención del Ministerio Fiscal debemos revocar y revocamos parcialmente la indicada sentencia en cuanto a la contribución del Sr. S. a los alimentos de la hija Gisela, que será de doscientas mil ptas. mensuales (1.202,02 euros) en vez de la cantidad menor allí fijada. También se revoca la cuantía de la pensión compensatoria a favor de la actora, y a cargo del Sr. S., que será de doscientas cincuenta mil ptas. mensuales (1.502,53 euros), en vez de la expresada en la sentencia apelada: se declara el derecho de la Sra. V. P. a percibir una compensación indemnizatoria del art. 41 CE, en cantidad de treinta millones de pesetas (180.303,63 euros). Las pensiones alimenticia y compensatoria se actualizarán cada primero de año conforme al IPC, de las doce menos precedentes”.

**Tercer.** Contra la sentència anterior, el Sr. Tomás S. P. va interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 28 d'abril de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el

va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 19 de juny de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què varen tenir lloc.

Hi actua com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Com ha assenyalat aquest Tribunal en repetides resolucions (per totes, sentències de 21 d'octubre de 2002 i de 26 de març passat), la nova Llei d'enjudiciament civil ha exclòs de l'àmbit cassacional totes les infraccions de naturalesa processal (com ara les referents a la vulneració de les regles legals sobre la valoració, l'apreciació o la distribució de la càrrega de la prova etc.), ja que la nova cassació té circumscrit el seu marc a les infraccions de normes substantives (art. 477). Per a la correcció de les processals ha estat instaurat el recurs extraordinari per infracció processal (art. 468) com explica l'exposició de motius de la nova llei (apartat XIV) i declara el Tribunal Suprem (interlocutòries de 20 de novembre de 2001; 12, 19 i 26 de febrer de 2002, etc.).

Conseqüentment, en aquesta resolució aquest Tribunal haurà de tenir per bones, per tal com no han estat impugnades en l'adiant recurs extraordinari per infracció processal, totes les apreciacions i valoracions fàctiques i probatòries que ha fet la sentència que és objecte d'aquest recurs, les quals hauran de romandre incòlumes en aquesta resolució i de les quals escaurà partir per determinar si l'Audiència ha infringit l'art. 41 del Codi de família de Catalunya —única norma que denuncia infringida el recurs— per haver atorgat a l'esposa la Sra. Virginia V. P. la quantitat de 180.303,63 euros (30.000.000 de les antigues pessetes) com a compensació econòmica per raó de treball, en aplicació de l'art. 41 del Codi de família de Catalunya.

**Segon.** L'Audiència ha tingut per provats els fets següents:

a) Que la Sra. V., mentre va durar el matrimoni (23 anys), no va tenir una activitat lucrativa important ja que la dedicació a activitats més aviat artesanals (quadres, tapissos, ornamentació floral) no passà d'ésser un complement davant la important activitat de metge i d'empresari de l'espòs, qui s'ha vist afavorit per la dedicació de l'esposa als fills quan eren menors d'edat i que el varen exonerar de les obligacions i dedicació a la seva criança (de la seva aportació personal al treball domèstic, com imposa la regla de l'art. 5.1r del Codi de família de Catalunya).

b) Que l'estabilitat del treball professional del marit com a metge en clínica de traumatologia i com a destacat empresari del ram de l'alimentació, ha anat establint diferències d'ingressos anuals entre marit i muller, de l'ordre de 10 a 20 vegades, segons els anys, a favor del marit.

c) Que, en concret, i prenent com a base les declaracions per a l'impost sobre el patrimoni de l'un i de l'altre consorts, l'Audiència diu:

que l'any 1992 el de l'esposa era de 19.519.196 ptes. i el del marit de 232.678.222 ptes.

que l'any 1994 el de l'esposa era de 26.966.743 ptes. i el del marit de 292.400.925 ptes.

que l'any 1995 el de l'esposa era de 45.497.660 ptes. i el del marit de 400.025.371 ptes.

que l'any 1996 el de la Sra. V. era de 38.091.094 ptes. i el del Sr. S., de 447.558.435 ptes.

que l'any 1997 el de la Sra. V. era de 49.188.085 ptes. i el del marit ,de 492.775.252 ptes.  
que l'any 1998 el de l'esposa era de 30.054.939 ptes., i de 588.505.168 ptes. el del Sr. S.  
que l'any 1999 el de la Sra. V. era de 30.027.811 ptes. i el del seu espòs, de 611.521.448 ptes.  
I,  
que l'any 2000 el de la Sra. V. era de 30.054.935 ptes. i el del Sr. S., de 556.360.268 ptes.

De tota aquesta evolució patrimonial l'Audiència n'aprecia “un desequilibrio, que produce la separación, y a la vez una desigualdad entre los patrimonios que por las circunstancias de dedicación a crianza de tres hijos y disolución de matrimonio, ha de fundamentar el derecho a la obtención tanto de la pensión del art. 84 del Código de familia como del art. 41 de dicho cuerpo legal” (la negreta és d'aquesta Sala); i atorga a la Sra. V., com ja hem dit, com a compensació econòmica per raó de treball per aplicació de l'art. 41, la quantitat de 180.303,63 euros.

**Tercer.** El recurrent combat les conclusions anteriors que l'Audiència ha establert sobre la base dels fets esmentats que ella ha considerat provats, tot adduint que “en la Sentencia se otorga tal indemnización por el simple hecho de que el ponente de dicha resolución detalla su asombro por la diferencia numérica existente entre el patrimonio de ambos cónyuges, a pesar de que en su obligada e inexistente valoración jurídica de la prueba practicada no pueda desvirtuar el carácter privativo y personal del patrimonio de nuestro representado, sin que en dicha resolución pueda observarse comprobado el más mínimo esfuerzo de apoyo o trabajo que la esposa haya podido colaborar con el mantenimiento y crecimiento en dicho patrimonio de indiscutido origen hereditario” (*sic*).

Amb independència que la sentència *a quo* no és del ponent sinó de la Sala que l'ha dictat, ja hem manifestat que la discussió sobre la valoració de la prova no és pròpia de la cassació, en la qual han de restar incòlumes les premisses de fet de l'Audiència, la qual cosa, per ella sola, fa inviable aquest recurs; i la pretesa naturalesa privativa “de indiscutido origen hereditario” del patrimoni del Sr. S., no té cap base de sustentació i, per tant, ha de ser rebutjada de ple.

**Quart.** Els fets que l'Audiència ha declarat provats —exposats anteriorment— fan palesament pertinent la seva conclusió de la procedència de la compensació econòmica per raó de treball del repetit art. 41 del Codi de família de Catalunya, i aquella sentència en res contradiu “la constante y pacífica doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya i (...) de las audiencias provinciales de Catalunya” com ho evidencien les sentències d'aquest Tribunal de 31 d'octubre de 1998, 27 d'abril de 2000, 1 de juliol de 2002 (referida a la ruptura d'una convivència estable de parella), 21 d'octubre de 2002, 10 de febrer, 10 i 26 de març i 14 d'abril de 2003. La sentència de l'Audiència que ara s'impugna s'ajusta plenament i completa a la doctrina uniforme d'aquesta Sala referida a l'esmentat art. 41 del Codi de família, que està continguda en les sentències esmentades, raó per la qual no es pot afirmar, com fa el recurs, que aquella sentència contradiu la nostra jurisprudència; i la relació de sentències de les seccions 12 i 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona o les de Girona que també s'al·leguen, tampoc contradiuen ni els fonaments ni la conclusió de la Sentència *a quo*, per la qual cosa escau rebutjar aquest recurs de cassació i confirmar la Sentència de l'Audiència.

**Cinquè.** Les costes s'hauran d'imposar al recurrent (art. 398 i 394 de la Llei d'enjudiciament civil).

Atès el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Desestimar aquest recurs de cassació, confirmar la Sentència de l'Audiència i imposar al recurrent les costes del recurs.

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



**INTERLOCUTÒRIA DE 26 DE JUNY DE 2003****Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: improcedència del recurs**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Presentat l'escrit anterior de l'advocada de la Generalitat de Catalunya, s'uneix a les actuacions. Es tenen per efectuades les manifestacions que s'hi contenen, i

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de la Sra. M<sup>a</sup> Carmen C. A. i del Sr. Said el G. va interposar recurs de cassació i extraordinari per infracció processal contra la Sentència dictada el 13 de desembre de 2002 per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d'apel·lació núm. 635/02.

**Segon.** Per provisió de data 29 de maig de 2003 es va conferir a les parts personades el termini d'al·legacions previst a l'art. 473.2.II de la Llei d'enjudiciament civil, sobre la possible inadmissió dels recursos interposats. L'advocada de la Generalitat de Catalunya ha efectuat les al·legacions que ha considerat escaients.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Els senyors Carme C. A. i Said el G. van interposar una demanda contra la Direcció General d'Atenció al Menor i contra el Ministeri Fiscal, en la qual interessaven que es dictés sentència que acordés la devolució als agents de les seves filles, per estar els pares plenament capacitats per ostentar la pàtria potestat, i el cessament de la Delegació Provincial d'Afers Socials en l'exercici de la tutela sobre les menors, pretensió que va ésser desestimada per Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància número 16 de Barcelona de data 10 d'abril de 2002, resolució que va ésser confirmada en grau d'apel·lació per la Sentència de 13 de desembre de 2002 dictada per la Secció Divuitena de l'Audiència Provincial de Barcelona.

Els agents van interposar contra aquesta sentència recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal, i en el tràmit dels articles 473.2.II i 483.3 de la Llei d'enjudiciament civil aquesta Sala va conferir a les parts personades un termini de deu dies per tal que formulessin al·legacions davant la possibilitat de no ésser admissible el recurs de cassació basat en l'interès cassacional que al·legava la part recurrent.

Únicament la defensa de la Generalitat de Catalunya ha presentat el seu escrit d'al·legacions amb data 12 de juny de 2003, en el qual interessa que no s'admetin a tràmit el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal.

**Segon.** Pel que fa referència al recurs de cassació, que la part recurrent fonamenta en l'interès cassacional segons l'article 477.2,3r de la Llei d'enjudiciament civil, s'al·lega que la sentència contra la qual es recorre infringeix l'article 2.2n de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparats, ja que segons la mateixa part recurrent no concorre en el cas que origina el recurs cap dels requisits que estableix la llei que permeti considerar que les filles dels agents es troben en situació de desemparament i, a més a més, l'interès cassacional deriva del fet que no existeix jurisprudència d'aquesta Sala sobre el precepte que considera infringit i, també, que existeix jurisprudència contradictòria de les audiències provincials en relació amb la matèria objecte del recurs.

Es pot convenir amb la part recurrent que aquesta Sala no ha establert jurisprudència sobre el precepte abans esmentat, que inicialment justificaria l'existència d'interès cassacional. Però no es pot admetre l'al·legació de la part recurrent sobre existència d'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials, ja que en cap moment la part recurrent ha fet referència a les sentències que posin de manifest l'existència de jurisprudència contradictòria que pugui fonamentar l'interès cassacional (segons exigeix l'article 481.2 de la Llei d'enjudiciament civil). I per últim, i com a fet més significatiu, hem d'esmentar que, com posa de manifest la mateixa part recurrent, el recurs es fonamenta essencialment en la seva disconformitat amb la valoració de les proves que ha fet l'organisme jurisdiccional d'apel·lació, que és una qüestió aliena al recurs de cassació basat en l'interès cassacional per manca de jurisprudència d'aquesta Sala i, per tant, la seva admissibilitat per aquesta disconformitat amb la valoració de les proves suposaria ni més ni menys que desnaturalitzar el recurs de cassació. I si a aquestes consideracions afegim que la part recurrent no s'ha personat a les actuacions i, per tant, no ha fet ús del tràmit d'al·legacions per desvirtuar el parer de la Sala, sense necessitat de més argumentacions s'ha d'inadmetre el recurs de cassació per manca d'interès cassacional.

**Tercer.** La inadmissió del recurs de cassació determina, a la vegada, la inadmissió del recurs extraordinari per infracció processal segons la disposició final setzena, apartat primer, subapartat cinquè, de la Llei d'enjudiciament civil.

**Quart.** La inadmissió d'ambdós recursos determina la imposició de costes a la part recurrent, segons preveuen els articles 394.1 i 398.1 de la Llei d'enjudiciament civil.

Per tot el que s'ha exposat,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit no admetre a tràmit el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal que ha interposat la procuradora dels tribunals senyora Maria Teresa Yagüe Gómez-Reino, que actua en nom i representació de la senyora Maria del Carme C. A. i del senyor Said el G. contra la Sentència dictada per la secció divuitena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 13 de desembre de 2002 en el rotlle d'apel·lació 635/2002-I; amb imposició a la part recurrent de les costes originades fins a aquest tràmit.

Contra aquesta resolució no escau cap mena de recurs.

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

**SENTÈNCIA DE 26 DE JUNY DE 2003**  
*Algendar Inmobles, SA / Pilar E.R. i altres*

**Emfiteusi: qüestions de dret transitori. Extinció de l'emfiteusi per prescripció i interrupció de la prescripció per inscripció registral dels drets del censalista. Tradició jurídica catalana. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació: abast del formalisme en el recurs**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist el recurs de cassació núm. 38/2003, contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotllo 546/02, com a conseqüència de les actuacions de judici de redempció de censos núm. 63/01 seguides davant el Jutjat de 1a Instància núm. 9 de Barcelona. Algendar Inmobles, SL, ha interposat aquest recurs representat pel procurador Sr. Jaume Romeu Soriano i defensat pel lletrat Sr. Juan Segura Pons. És part contra la qual es recorre la Sra. María del Perpetuo Socorro E. de R. P., Pilar E. de R. P., Alfonso E. de R. M., José-Juan E. de R. M., Joaquín-Artal E. de R. M., Luis-Beltrán E. de R. M., Pilar E. de R. M., María-Blanca E. de R. M., María de las Mercedes E. de R. M., Inés E. de R. M., Ana E. de R. M., María del Perpetuo Socorro E. de R. M., María-Elena S. C. de C., María-África E. de R. S., María E. de R. S., Bibiana E. de R. S., Lydia E. de R. S., Clara E. de R. S., Luis E. de R. S. i Carmen E. de R. S., que han estat representats per la procuradora Sra. Ester García Cortes i defensats per la lletrada Sra. M<sup>a</sup> Dolores Savall.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Jaime Romeu Soriano, que va actuar en nom i representació de la societat ALGENDAR IMMOBLES, SL, va formular demanda de redempció de censos núm. 63/01 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 9 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el jutjat indicat va dictar Sentència amb data 15 d'abril de 2002, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por el procurador Don Jaime Romeu Soriano, en nombre y representación de Algendar Inmobles, SL, y en consecuencia, por las razones expresadas en la precedente fundamentación jurídica, debo absolver y absuelvo a Doña Perpetuo Socorro y Doña Pilar E. de R. P, a

Don Alfonso, Don Luis Beltrán, Don José Juan, Don Joaquín Artal, Doña Pilar, Doña María Blanca, Doña María de las Mercedes, Doña Inés, Doña Ana y Doña María del Perpetuo Socorro E. de R. y M, a Doña María o María Elena S. C. de C. y a Doña María África, Doña María, Doña Bibiana, Doña Lydia, Doña Clara, Don Luis y Doña Carmen E. de R. y S. de todos los pedimentos deducidos en su contra en el suplico de esa demanda, con expresa imposición a la demandante de las costas procesales devengadas en la primera instancia de este procedimiento”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part actora va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i que es va substanciar a la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 18 de desembre de 2002, amb la següent part dispositiva: “Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de Algendar Inmobles, SL, contra la Sentencia dictada el 15 de abril de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Barcelona, y por tanto debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de costas a la parte apelante”.

**Tercer.** Contra aquesta Sentència, el procurador dels tribunals Sr. Jaume Romeu Soriano, en nom i representació de l'entitat Algendar Inmobles, SL, va interposar aquest recurs de cassació. Per mitjà d'interlocutòria de 24 d'abril de 2003 es va admetre el recurs de cassació i de conformitat amb l'art. 485 LEC es traslladà a la part recorreguda per vint dies perquè formalitzés escrit d'oposició. Un cop efectuat es va assenyalar per a la celebració de vista el dia 19 de juny de 2003 a les 11 hores del matí, la qual va tenir lloc.

Ha estat designat ponent el magistrat Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 19), de 18 de desembre de 2002 interposa la demandant Algendar Inmobles, SL, el present recurs de cassació amb fonament en els apartats 2n i 3r de l'art. 477.2 de la LEC, aduint la infracció de l'art. 33.1 i 10 de la Llei 6/1990, de censos, així com, subsidiàriament, la falta d'aplicació dels art. 296 i 297 de la Compilació del dret civil de Catalunya i l'aplicació indeguda de l'art. 44 de la Llei sobre inscripció, divisió i redempció de censos de 31 de desembre de 1945, pel que respecta als fets interruptius de la prescripció.

1r) Cal referir-se, d'entrada, a l'escrit d'impugnació del recurs en el particular en què denuncia la seva inadmissibilitat, amb fonament en l'existència del següents defectes formals:

a) Manifestació per la part agent que el recurs es formalitza sobre la base de més d'un motiu, essent així que la nova LEC en considera un de sol, o sigui el motiu previst en l'art. 477.1, (“infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”); norma que, a més a més, es diu que no ha estat expressament invocada.

b) Ampliació en l'escrit de formalització del recurs de les normes citades com a infringides en l'escrit de preparació, atès que en aquest darrer s'esmenta només com a vulnerat l'art. 33.1 de la Llei de censos de 1990, mentre que en el de formalització es cita també l'art. 10 i, de forma genèrica, tota la Llei de censos, cosa vedada en cassació.

c) Falta d'aportació del text de la Sentència de l'A.P. de Barcelona (Secció 14) de 4 de juliol de 1994 que cita la part recurrent.

d) Remissió genèrica als art. 296 i 297 de la Compilació del dret civil de Catalunya i següents, que s'entén que equival a "la infracción genérica de todo un cuerpo legal".

e) Ampliació en l'escrit de formalització del recurs de la primitiva base impugnatòria consignada en l'escrit de preparació, ja que se cita com a infringida una nova norma, que és el paràgraf final de l'art. 2 de la Llei de 18 de desembre de 1950, i se cita també una altra Sentència de l'A.P. de Barcelona (Secció 17), de data 9 d'abril del 2001, que tampoc fou invocada en l'escrit de preparació del recurs.

2n) Aquestes censures jurídiques no poden reeixir pel següent:

a) És veritat que el T.S. ha dit (per exemple, Sentència de 28 de juliol de 2000, que es cita per totes) que un recurs de caràcter extraordinari com el present, està sotmès a una tècnica cassacional rigorosa, que proscriu "la cita en un mismo motivo de normas de contenido diferente, sin exponer adecuadamente la relación que guarden entre sí, como la mezcla de cuestiones jurídicas heterogéneas (SSTS de 25 y 27 de enero y 23 de febrero del corriente año, por citar sólo tres de las más recientes). También el Tribunal Constitucional ha afirmado el especial rigor del recurso de casación en varias sentencias (así, SSTC 7/89, 29/93, 37/95 y 125/97). Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 19 de diciembre de 1997 (asunto Brualla Gómez de la Torre contra España), declaró la legitimidad de exigir un especial formalismo en el recurso de casación (párrafo 38)."

També aquesta Sala (per exemple, recurs de cassació núm. 49/2000) digué que "com que no és funció d'aquest Tribunal ensenyar les diferències entre la formalització d'un recurs ordinari i un d'extraordinari ni molt menys encara, construir *ex officio* —i per tant en benefici d'una part— un recurs ajustat a les pautes que imposa una mínima tècnica cassacional, el motiu s'esdevé inadmissible, el que vol dir que en aquest tràmit, i sense cap més explicació, s'ha de desestimar".

b) Ara bé; ha dit igualment aquest Tribunal que inadmissibilitats de tal condició (o sigui per defecte en el compliment de determinades formalitats) s'han de reservar per a casos d'autèntica entitat, en els quals la fallida d'uns mínims formals menin a una efectiva indefensió de la part contrària o a la necessitat de la proscriu construcció per la Sala i en benefici d'una part, de tal recurs extraordinari. Això és així perquè, ja des de la Llei 19/93, de 30 d'abril, s'ha anat registrant una minva del rigor formalista abans tan característic d'aquest extraordinari recurs, de tal manera que cal atènyer-se, en definitiva, a les directrius del Tribunal Constitucional, segons les quals una defectuosa formalització "no puede llevar a la inadmisión del recurso si no ha impedido la correcta ordenación del debate procesal, dentro de los límites materiales de la casación civil", essent element determinant "la comprensión por el juzgador y la parte contraria del fundamento del recurso" (S. del T.C. 81/1986, de 20 de juny i 6/1989, de 19 de gener).

c) Analitzades sota aquesta llum les censures formulades per la impugnant del recurs, fàcilment s'observa que cap d'elles s'esdevé determinant en el sentit abans esmentat. Per una part, resulta irrellevant que el recurrent hagi considerat "motivos" del recurs l'enumeració de les distintes i plurals infraccions denunciades, tenint en compte que, efectivament, la nova ordenació processal considera un únic motiu de cassació en l'art. 477. No obstant això, la sistematització efectuada per la recurrent ha estat correcta i permet —com així s'ha esdevingut efectivament— una perfecta comprensió per aquest Tribunal i impugnació per la part recorreguda de cadascuna de les crítiques formulades, sense que, per la resta, s'hagi produït la sempre censurable mixtificació entre la cosa fàctica i la jurídica. De la mateixa manera, tampoc es pot donar l'abast que es postula a la falta d'expressa cita per la part recu-

rrerent en l'escrit de formalització de l'art. 477 LEC, sobretot quan sí que n'ha fet esment en el de preparació. En aquest mateix ordre d'idees, tampoc equival a la també proscriuïda cita genèrica, heterogènia o indeterminada de preceptes, el fet que el recurrent hagi afegit l'expressió "següents" a uns articles concrets que considera infringits i sobre els quals desenvolupa la seva crítica, a saber, el 296 i el 297 de la Compilació; de la mateixa manera que l'esment de preceptes o noves sentències de reforç en l'escrit de formalització respecte al de preparació del recurs, tampoc ha de conformar el greu defecte que es postula, atès no solament el principi *iura novit curia*, sinó, sobretot, el fet que en tot moment ha pogut combatre la contrapart aquestes al·legacions, com resulta del seu exhaustiu escrit d'impugnació del recurs, el qual, per tant, ha de ser definitivament admès, amb claudicació d'aquestes objeccions formulades en sentit contrari.

3r) La primera crítica jurídica del recurrent denuncia la "infracción por falta de aplicación del art. 33.1 de la Ley 6/1990 de censos y de las normas contenidas en dicha Ley y, en particular, del art. 10".

Cal recordar breument que la litis deriva d'una demanda de cancel·lació, per prescripció, de cens amb domini directe i dels drets annexos de laudem i fadiga; cens constituït fa més de dos segles i respecte al qual fa més de 30 anys que no s'ha pagat la corresponent pensió. Tant la sentència de primera instància com la de l'Audiència, que ara es combat, desestimaren la demanda en aplicació de la Llei de censos de 31 de desembre de 1945. Per això afirma la recurrent que no s'ha d'aplicar al cas tal normativa, perquè "al no hallarse dicha materia regulada por dichas disposiciones transitorias (es refereix a les de la Llei de censos vigent, és a dir, la núm. 6/1990) y haber quedado derogada la legislación anterior, no cabe aplicar otra normativa que la vigente al momento de presentar la demanda y ésta no era otra que la Ley 6/1990, de censos".

L'interès de la part recurrent en l'aplicació de l'actual Llei de censos i el seu rebuig de la legislació anterior deriva de l'art. 10 de la Llei 6/1990, a tenor del qual els censos s'extingeixen per prescripció pel simple fet del transcurs del termini previst sense haver pagat la pensió, pagament que no s'ha demostrat efectuat en el cas.

Com ja va dir aquesta Sala en la sentència resolutòria del recurs de cassació núm. 48/2001 "al respecte, és cert que el preàmbul de l'actual Llei de censos fixa com a un dels seus objectes 'afavorir l'alliberament de càrregues de les finques i, subsegüentment, facilitar la cancel·lació d'inscripcions registrals', però tampoc ho és menys que el legislador en la mateixa exposició de motius proclama que 'amb aquesta finalitat s'estableix un sistema adequat de disposicions transitòries que persegueixen de fer compatible l'alliberament de càrregues de les finques amb el respecte envers els drets dels titulars', disegni, el de màxim alliberament de càrregues que, en definitiva, no fa més que continuar una tendència ja iniciada el segle passat i de la qual fou destacada capdavantera la Llei de 31 de desembre de 1945, pel fet de ser, en l'àmbit del dret català, la primera a regular els principis de redimitibilitat i de prescriptibilitat dels censos pel mer transcurs del temps".

S'esdevé, doncs, fonamental per a la resolució de la controvèrsia, dilucidar, d'una banda, el règim legal aplicable al cas i, de l'altra, si s'arribés a la conclusió que tal règim era el previst en la normativa anterior a la vigent, examinar si els censalistes actuaren d'acord amb allò previst en les lleis anteriors.

1r) Doncs bé; que en casos com el present, de censos constituïts amb anterioritat a la promulgació de l'actual Llei de censos, s'aplica en tal matèria prescriptiva l'esmentada

legislació anterior és criteri sobre el qual, contràriament al que indica la part que recorre, pràcticament no existeix discordança entre les audiències provincials de Catalunya. Això s'esdevé de total lògica perquè altrament no s'entendria la pròpia existència d'un dret transitori en la Llei 6/1990, de 16 de març. Si hagués estat voluntat del legislador la retroactivitat general de la norma, així hauria hagut de significar-ho i eliminar, en conseqüència, qualsevol sistema transitori. Ni ho ha fet —des del moment que sí crea tal règim transitori i, curiosament, dins el mateix articulat de la Llei, art. 34— ni possiblement ho hauria pogut fer constitucionalment (art. 9.3 de la C.E.), sota el perill, en cas contrari, de caure en situacions properes a l'expoliació en aquells supòsits en els quals els titulars de determinats drets haguessin complert escrupolosament tot allò que la legislació anterior els exigia per al manteniment i persistència de tals drets, i que veiessin esborrades fulminantment per una nova Llei les seves legítimes seguretats de reconeixement de la seva anterior situació jurídica. En aquests supòsits, les disposicions transitòries han de tenir sempre una interpretació restrictiva derivada, d'entrada, del principi general d'irretroactivitat de la Llei (disposició transitòria novena de la Compilació i primera del Codi Civil). Com diu la millor doctrina, “el legislador actual ha abordat novament la qüestió tot adjuntant a la nova Llei un sistema transitori que no té altre objectiu que afavorir la purga d'aquest vast conjunt de càrregues registrals que coneixem amb el nom genèric de *censos*, i ho ha fet respectant, en la mesura que ha estat possible, els drets dels seus titulars en el marc de les normes constitucionals i estatutàries. (...) No hi ha cap disposició expressa (en les transitòries, és clar) respecte dels censos constituïts amb anterioritat a la seva entrada en vigor. Tots aquests censos constituïts amb anterioritat que quedin subsistents un cop transcorreguts els terminis assenyalats a les disposicions transitòries, es regiran per la legislació anterior i per les disposicions transitòries de la Llei de 16 de març de 1990, tal com es dedueix de la disposició transitòria 7<sup>a</sup> de la Compilació del dret civil de Catalunya i de la disposició transitòria 1a del Codi civil”.

2n) En definitiva, el cens litigiós va ser constituït no solament amb anterioritat a l'actual Llei de censos, sinó també a la promulgació de la Compilació del dret civil de Catalunya i també a la Llei de 31 de desembre de 1945, sobre inscripció, divisió i redempció de censos de Catalunya. Per tant, encara que la disposició final primera de la vigent Llei de censos disposa, amb caràcter general, que, entre altres normes, queda derogada la Llei de l'Estat de 31 de desembre de 1945, això s'ha d'entendre sens perjudici dels drets adquirits segons aquesta Llei, que no poden ser negligits, per la qual cosa l'anterior legalitat continua essent d'aplicació en el repetit supòsit de censos constituïts abans de l'entrada en vigor de la Llei de censos de 1990, tesi a què donaria suport també la disposició transitòria novena de la Compilació del dret civil de Catalunya, en la seva previsió general que “les altres qüestions de caràcter intertemporal que sorgeixin per raó de les variacions que l'entrada en vigor de la Llei estatal 40/1960, de 21 de juliol i la Llei catalana 13/1984, de 20 de març, puguin implicar per al règim jurídic civil vigent a Catalunya es resoldran aplicant els principis que informen l'ordenament jurídic de Catalunya”. Per tant, sempre s'hauria de tenir també en compte la tradició jurídica catalana i més i tot, els principis anteriors a la vigència de la legislació derogada que poguessin esdevenir d'aplicació al cas en funció de la data de constitució del cens, que, en el cas, ja s'ha dit que té caràcter multiseccular.

Ha de decaure, doncs, aquesta primera crítica jurídica.

**Segon.** En la correlativa censura jurídica es denuncia, amb caràcter subsidiari a l'anterior, la falta d'aplicació “en su caso” de la Compilació del dret civil de Catalunya.



Més en concret es diu que, en el supòsit que s'entengués aplicable al cas una legislació anterior a la vigent Llei de censos de 1990, no hauria de ser-ho només la Llei de 31 de desembre de 1945, sinó també la Compilació del dret civil de Catalunya de 1960 "sin que a ello obsten las disposiciones transitorias establecidas en dicha normativa sobre los derechos constituidos con anterioridad, especialmente en lo que afecta al período de prescripción desde la entrada en vigor de la misma y ganada hasta la presentación de la demanda".

Aquest subsidiari interès de la recurrent en l'aplicació de la Compilació busca que el litigi es ventili d'acord amb els art. 296 a 319 de tal Compilació perquè "explícitamente reconoce la prescripción de los censos por impago de pensión por 30 años que empiezan a contar desde el momento en que el censatario deja de abonarla".

La crítica ha de decaure pel següent:

a) Com bé diu la part impugnant, el recurrent "presenta el caso que nos ocupa como si todas las normas aplicables al mismo debieran ser aplicadas, valga la redundancia, a la vez, sin tener en cuenta que algunas de ellas recogen y prevén supuestos que interrumpen la prescripción y que, si se da la situación prevista, dicha prescripción se ve interrumpida, no pudiendo entrar en juego el resto de las normas encaminadas a declarar prescrito el censo".

En efecte, l'esment de la recurrent a la Compilació del dret civil de Catalunya s'esdevé del tot inoportuna perquè oblida el principi de supletorietat, tant en relació amb el títol constitutiu del cens com respecte a la legislació aplicable preferentment pel principi d'especialitat.

L'avui derogat art. 296 de la Compilació disposava que "l'emfiteusi es regirà pel que estableix el títol de la seva constitució i, en defecte seu, per les disposicions contingudes en el present títol i en les lleis sobre inscripció, divisió i redempció de censos a Catalunya i disposicions complementàries", en clara al·lusió, doncs, a la Llei de 31 de desembre de 1945. Ja la primera doctrina sobre la Compilació demanava (per exemple, FIGA FAURA) "un examen atento del art. 296", del qual en sortia que "se trata de un artículo que reclama la vigencia de la legislación especial de censos y nada afirma acerca de la legislación supletoria general, ni siquiera de forma indirecta. Y en tercer lugar, tampoco hay que olvidar que la norma contenida en la disposición final segunda no tiene el mismo rango que las que componen el articulado de la Compilación, sino que es complemento de todas ellas, de modo que sólo una afirmación expresa contraria podría neutralizar su contenido, cosa que en este caso no ocurre". Doctrina més recent segueix la mateixa línia, d'aplicació preferent de la Llei sobre inscripció, divisió i redempció de censos de Catalunya, de 31 de desembre de 1945, respecte a la Compilació, dient, per exemple, que "l'extinció del dret del censalista-senyor directe per usucapió alliberadora de l'emfiteuta-senyor útil opera quan s'han deixat de pagar les pensions durant un termini de trenta anys (art. 299.6, 342 i 316.3, en sentit contrari), sempre que el dret del censalista-senyor directe no s'hagi reconegut per un altre mitjà (art. 316, 1 i 2) o s'hagi interromput la prescripció (art. 14 i 44 de la Llei especial de censos)", que és precisament el que s'ha esdevingut en el cas.

I pel fet d'haver-ho entès així la sentència combatuda no s'ha infringit, per inaplicació, la normativa denunciada, el que provoca la claudicació d'aquesta segona censura jurídica.

**Tercer.** No ofereix cap altra perspectiva millor la correlativa i darrera crítica jurídica, també subsidiàriament formulada i en la qual es denuncia la interpretació errònia de l'art. 44 de la Llei sobre inscripció, divisió i redempció de censos de 31 de desembre de 1945 i la falta d'a-

plicació del paràgraf final de l'art. 2 de la Llei de 18 de desembre de 1950, adduint-se que la sentència combatuda ha errat "al atribuir caràcter de inscripciones interruptivas de la prescripción las anotaciones que los antecesores de los actuales titulares han ido realizando al respectivo fallecimiento, caràcter que no se considera posean tales inscripciones de fallecimiento y aceptación de herencia por no referirse las mismas a 'inscripciones relativas a su derecho' (de censo) aunque fuese solamente a los efectos de interrumpir la prescripción".

Aquesta tesi de la recurrent no resulta assumible perquè:

A) Sempre referent al cens litigiós, no s'ha qüestionat l'existència d'activitat registral durant períodes que mai han superat els trenta anys. És el mateix recurrent el que reconeix que "el anterior titular del censo Sr. E. de R. y S. esperara prácticamente hasta la conclusión de la prórroga legalmente otorgada (...) i que "por lo que afecta a la cuestión de los hechos interruptivos de la prescripción (...) no el tienen "aquellos actos que el censalista hace por su propia voluntad y sin notificarlo al censatario o los que no guardan relación con el propio derecho de censo"; el recurrent no ha contradit, doncs, la realitat fàctica que sintèticament expressa la sentència combatuda, que, a la vegada, es remet a la més exhaustiva de la sentència de primera instància en la qual es diu que "la propia actora reconoce (y así se colige de la inscripción 8ª del documento aportado como nº 7 con la inicial demanda) que en 1957 se practica inscripción registral respecto al censo objeto de debate, por el titular del mismo y para efectuar la división de aquél conforme a lo legalmente preceptuado y, asimismo, se reconoce por la demandante (y se constata mediante la inscripción 10ª de ese documento) que en 1986 se practica otra inscripción registral con relación al censo que nos ocupa. En consecuencia, estableciéndose por la propia actora el inicio del cómputo prescriptivo en 1942, queda acreditado (...) que antes de transcurrir 30 años, concretamente en 1957, se efectuó una inscripción registral y que posteriormente (antes también de transcurrir 30 años desde 1957) se vuelve a practicar otra inscripción registral con relación al censo debatido, no habiendo transcurrido treinta años desde esta última fecha citada hasta el momento de interposición de la demanda iniciadora de estas actuaciones".

B) Això considerat, és evident que tals inscripcions, sempre referides al cens en qüestió, conformen autèntics actes de domini, amb virtualitat interruptiva de qualsevol prescripció. És més, i com molt bé s'indica en la impugnació del recurs, aquestes inscripcions són més demostratives de l'existència, subsistència i conservació del cens que una simple instància, ja que els negocis subjacents representen actes de disposició per part dels censalistes de més pes i transcendència que la simple instància a la qual l'art. 44 de la Llei de 31 de desembre de 1945 també atorga força per a interrompre una prescripció encara no guanyada. Efectivament, actes relatius a una divisió de la pensió d'un cens o una acceptació d'herència porten immanents la proclamació *erga omnes*, pel principi —i mecanisme de la publicitat registral— d'un drets de domini idonis, per descomptat, per interrompre qualsevol prescripció en la mesura que palesen un *animus conservandi* inequívoc.

C) Per això, la cita que fa el recurrent de l'art. 2 de la Llei de 18 de desembre de 1950 resulta dissortada per tal com el supòsit jurídic considerat en aquesta norma no té res a veure amb el problema que ara es dilucida, ja que el precepte invocat pertoca a les conseqüències que una divisió del domini mal feta pot tenir sobre una finca que, en realitat, no estava gravada i sobre la resta de les finques vertaderament gravades. El fet que la Llei disposi que, una vegada practicada tal errònia inscripció, podrà esmenar-se, però sense que això pugui perjudicar els censataris amb una modificació de la pensió assignada, com s'ha dit, no té res a veure amb el problema que ara es dilucida.

D) Finalment, escau recordar que aquesta Sala ja ha tingut ocasió de pronunciar-se explícitament sobre aquesta tercera crítica atenent els actes amb eficàcia interruptiva de la prescripció dels censos. En efecte, la recent Sentència d'aquest Tribunal de 12 de juny de 2003 diu que "els censalistes van tenir sempre cura d'obtenir inscripcions registrals amb uns intervals tots ells inferiors al 30 anys. En conseqüència, per aplicació d'aquell art. 44 (es refereix, és clar, a la Llei de 31 de desembre de 1945) i de la seva jurisprudència, aquest cens no va prescriure"; i afegeix que "quan es donen les condicions per a l'aplicació de l'art. 44 (haver sol·licitat i obtingut inscripcions registrals del dret de cens durant els últims trenta anys), aquest cens no prescriu, tant si les pensions han estat pagades com si no ho han estat. Per aquest motiu la manca de prova del pagament no pot ser causa, en casos com el present, de la prescripció del cens, contràriament a allò que ha entès l'Audiència; a part que les vuit inscripcions esmentades en el Registre de la Propietat situava els titulars dels cens (els censalistes) a redós de l'art. 38 de la Llei hipotecària, la qual cosa suposava que fins i tot si no hi hagués hagut aquell art. 44 per interrompre la prescripció, s'hauria hagut de presumir en mèrits de l'art. 38 esmentat que els censalistes tenen la propietat i la possessió del cens i haurien d'haver estat els censataris els qui haurien d'haver provat el contrari, perquè els afavorits per una presumpció legal (aquí els censalistes per les inscripcions registrals i l'art. 83 de la Llei hipotecària) estaven dispensats de tota prova, segons l'art. 385.1 de l'actual Llei d'enjudiciament civil i de l'antic 1250 del Codi civil".

Tot això mena, doncs, a la claudicació d'aquesta darrera crítica jurídica i, amb ella, del recurs.

**Quart.** La desestimació total del recurs de cassació comporta, d'acord amb els art. 394 i 398 de la LEC, la imposició de les costes d'aquesta alçada a la part recurrent i la pèrdua del dipòsit que en el seu moment es va constituir.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix que desestima el recurs de cassació interposat per la representació d'Algendar Immobles, SL, contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 19a) de 18 de desembre de 2002 en el rotlle d'apel·lació núm. 546/2002, derivat del judici de redempció de censos núm. 63/2001, del Jutjat de Primera Instància núm. 9 de Barcelona, amb imposició de les costes d'aquesta alçada a la part recurrent.

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

773  
**INTERLOCUTÒRIA DE 26 DE JUNY DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Presentats els anteriors escrits dels procuradors Sr. Ramentol Noria i Sr. Rodes Durall s'uneixen a les actuacions. Es tenen per efectuades les al·legacions que s'hi contenen, i

**FETS**

**Únic.** Amb data 7 de gener de 2003 va ser dictada Sentència per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona que estimà en part el recurs d'apel·lació interposat pel procurador Juan Rodes Durall, en nom i representació del Sr. Juan M. T., i amb desestimació del recurs d'apel·lació interposat pel procurador Alberto Ramentol Noria, en nom i representació de la Sra. María N. T.

Contra aquesta sentència el procurador dels tribunals senyor Alberto Ramentol Noria, en nom i representació de la Sra. María N. T., va preparar recurs de cassació.

Aquesta Sala, amb data 19 de maig de 2003 va dictar provisió que pel que ara interessa deia: "D'acord amb el que disposa la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil (paràgraf 5è) escau primer examinar si és procedent l'admissió del recurs de cassació.

"El recurrent diu que motiva el recurs en l'article 477.1 de la LEC de 2000 i tot seguit aborda l'exposició de preceptes legals que considera infringits en la Sentència que pretén recórrer en cassació.

"També addueix infracció de jurisprudència de l'Audiència Provincial de Barcelona, quan, com és sabut, l'oposició a la jurisprudència ha d'ésser de la forjada per aquest Tribunal Superior de Justícia.

"Finalment, cita un seguit de sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona que, segons el seu parer, serien favorables a les seves pretensions.

"Tot l'exposat permet afirmar que el recurs està mancat d'una mínima tècnica cassacional, atès que si s'empara en l'interès cassacional hauria de:

concretar la doctrina d'aquest Tribunal Superior de Justícia que resulta infringida en la sentència debatuda o, si fos el cas, citar les sentències que possessin de manifest la doctrina

contradictòria de les audiències provincials concretant el punt controvertit que hauria de coincidir amb la *ratio decidendi* de la sentència que pretén impugnar o, esmentar la norma jurídica en relació amb la qual aquest Tribunal no ha tingut oportunitat de pronunciar-se.”

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

## FONAMENTS DE DRET

**Únic.** Tal com va posar de manifest aquesta Sala en la provisió de 19 de maig de 2003, la part recurrent interposà contra la sentència dictada per l'Audiència recurs extraordinari per infracció processal i a la vegada recurs de cassació.

Per tant, en aquest tràmit escau decidir sobre l'admissió de la cassació ja que, segons ordena la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil, només en aquest cas seria admissible el recurs per infracció processal plantejat. La part recurrent diu que basa el seu recurs en l'article 477, primer, de la Llei d'enjudiciament civil, i tot seguit enumera els preceptes ja de la Llei hipotecària, ja de la Llei catalana de censos, ja del Reglament hipotecari que considera infringits.

Però el cert és que la preparació del recurs de cassació està mancada d'una mínima tècnica processal atès que no concreta l'interès cassacional, que, com és sabut, hauria d'ésser suport del recurs invocat.

La cita de sentències d'audiències provincials no és suficient per assolir l'interès cassacional esmentat, pel fet que les sentències de les audiències no suposen doctrina jurisprudencial que en cas de ser infringida suposi el susdit interès.

A l'anterior hi escau afegir que la cita de sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona l'aborda la part recurrent de manera desordenada, sense concretar quina és la *ratio decidendi* que, coincidint amb la de la sentència que es pretén recórrer, suposa d'alguna manera la doctrina contradictòria de què tracta l'article 477.3 de la Llei d'enjudiciament civil.

És cert que en el tràmit de l'article 483.3 de la LEC la recurrent intenta esmenar la defectuosa tècnica en què va incidir en el període de preparació del recurs, però aquesta Sala ha declarat ja en reiterades ocasions que en aquest moment processal no es pot acceptar la concreció de l'interès cassacional que es va obviar en el moment oportú.

Per les anteriors consideracions,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit inadmetre el present recurs de cassació i extraordinari per infracció processal interposat per la representació processal de la Sra. Maria N. T. contra la Sentència de data 7 de gener de 2003 dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el seu rotlle d'apel·lació núm. 238/02, amb imposició de costes.

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

774  
**SENTÈNCIA DE 3 DE JULIOL DE 2003**

**Impugnació de la taxació de costes per indegudes: improcedència pel fet que el lletrat ha presentat dues minuts d'honoraris diferents, l'una amb referència al recurs de cassació i l'altra en relació amb el recurs extraordinari per infracció processal**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist l'incident d'impugnació per indeguts dels honoraris de lletrat inclosos en la taxació de costes practicada pel secretari judicial en data 14 de maig de 2003, referent als recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació núm. 88/2002 on han intervingut el Sr. José E. A., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Javier Mundet Salaverria i dirigit per l'advocat Sr. Javier Dos Santos V Factor, i la Sra. M<sup>a</sup> José G. R., representada pel procurador Sr. Carlos Badía Martínez i dirigida per l'advocat Sr. Jorge Gilabert García.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** A instàncies de la part recorreguda, la Sra. M<sup>a</sup> José G. R., el secretari d'aquesta Sala va practicar taxació de costes, al pagament de les quals va ser condemnat el recurrent Sr. José E. A. L'import va ascendir a 42.759,19 euros.

**Segon.** Sotmesa la taxació a la vista de les parts per un termini comú de deu dies, la condemnada al pagament va impugnar els honoraris del lletrat per indeguts i per excessius.

**Tercer.** Per provisió de 30 de maig i d'acord amb l'art. 246 de la LEC, es va escoltar el lletrat autor de la minuta, i un cop dut a terme es va assenyalar per a la celebració de vista el dia 26 de juny de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què es va celebrar.

Hi actua com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

## FONAMENTS DE DRET

**Únic.** Independentment d'allò que oportunament escaigui decidir sobre la impugnació per excessius dels honoraris del lletrat Sr. Jorge Gilabert García conforme als articles 246, 1 i 3, de la Llei d'enjudiciament civil, resulta palesa la improcedència de la impugnació per indeguts dels honoraris pel fet que el lletrat minutant els hagi reflectit en dues minuts diferents (l'una per a la impugnació del recurs extraordinari per infracció processal i l'altre per a la impugnació del de cassació) ja que els honoraris per ambdós conceptes han estat meritats per haver impugnat el lletrat ambdós recursos, per la qual cosa escau desestimar la impugnació per indegudes de les minutes presentades; sense costes.

Atès el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

## PART DISPOSITIVA

Desestimar la impugnació per indeguts dels honoraris de l'advocat Sr. Jordi Gilabert García.

No es fa pronunciament sobre les costes d'aquest incident.

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

775  
**INTERLOCUTÒRIA DE 7 DE JULIOL DE 2003**

**Recurs de cassació: inadmissió per fonamentar-se en preceptes que en tot cas podrien fer viable el recurs extraordinari per infracció processal**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**FETS**

**Únic.** La representació processal del Sr. Salvador de Paco Fernández ha interposat recurs de cassació contra la Sentència dictada en data 20 de febrer de 2003 per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el seu rotlle d'apel·lació núm. 854/02. Les parts no s'han personat en el procediment.

Ha estat ponent el magistrat l'Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** En donar compliment a allò que disposa l'art. 484,1 de la Llei d'enjudiciament civil, escau assenyalar que aquest Tribunal és competent per conèixer del recurs de cassació interposat perquè al·lega la infracció de preceptes del dret civil de Catalunya (art. 19 i 20 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial).

**Segon.** Atès que les parts no s'han personat en aquesta Sala, no ha estat possible donar compliment a allò que determina l'art. 483.3 de la Llei d'enjudiciament civil.

**Tercer.** D'acord amb el que disposa l'art. 483.2,1r i 2n, de la Llei processal civil, s'ha d'inadmetre el recurs de cassació de què es tracta per les raons següents:

a) El motiu primer es formula a l'empara de l'art. 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil "por haber infringido la Sentencia recurrida lo estipulado en los arts. 76.3.b, 259, 260, 84, 85 y 86 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, reguladores de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, todo ello en relación con el art. 216 de la LEC, que consagra el principio de justicia rogada, principio que rige para la concesión de la pensión compensatoria".

Aquest motiu, fonamentat en la infracció dels principis de la justícia pregada (art. 216 de la Llei processal) i de la congruència de les sentències (art. 218 de la mateixa llei), amb-



dós inclosos dins la secció 2a del capítol VIII del llibre I de la Llei esmentada (“dels requisits interns de la sentència i dels seus efectes”), hauria d’haver estat objecte, si fos el cas, del recurs extraordinari per infracció processal de l’art. 469.1.2n de la Llei d’enjudiciament civil (“infracció de les normes processals reguladores de la sentència”) i no podia fer-se objecte de recurs de cassació; motiu pel qual el primer motiu esdevé inadmissible.

b) El segon denuncia “error en la apreciación y valoración de la prueba respecto al pronunciamiento relativo al establecimiento de la pensión compensatoria a favor de la Sra. L., habiendo incurrido en infracción de los arts. 316, 326 y 376 de la LEC y vulneración de la doctrina contenciosa en la Sentencia del T.S.J. de Cataluña de 27 de abril de 2000, núm. 8/2000”.

Aquest motiu segon també ignora —igual que l’anterior— que la nova Llei d’enjudiciament civil ha exclòs de l’àmbit cassacional totes les infraccions de naturalesa processal (com ara les referents a la vulneració de les regles legals sobre la valoració, l’apreciació o la distribució de la càrrega de la prova), ja que la nova cassació té circumscrit el seu marc a les infraccions de normes substantives (art. 477) perquè per a la correcció de les processals ha estat instaurat el recurs extraordinari per infracció processal (art. 468), com explica l’exposició de motius de la Llei nova (apartat XIV) i declara la jurisprudència tant del Tribunal Suprem (interlocutòries de 20 de novembre de 2001, 12, 19 i 26 de febrer de 2002, entre d’altres) com la d’aquesta Sala (sentències de 21 d’octubre de 2002, 26 de març i 23 de juny de 2003, etc.); per la qual cosa resulta també inadmissible el segon i últim motiu del recurs i, consegüentment, cal dictar la resolució del núm. 4 de l’art. 483 de la L.L.E.C.

Atès el que s’ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha resolt:

#### **PART DISPOSITIVA**

Declarar inadmissible aquest recurs de cassació i ferma la sentència que n’era objecte. Contra aquesta resolució no hi ha recurs (art. 483.5 de la LEC). Així ho acorda la Sala i ho signen el president i els magistrats esmentats més amunt.

## INTERLOCUTÒRIA DE 7 DE JULIOL DE 2003

**Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: requisits**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte. Uniu a les actuacions els escrits de les procuradores Sres. García Cortés i Barbany Cairó. Es tenen per fetes les al·legacions d'acord amb allò que va assenyalar la provisió d'aquesta Sala de 3 de juny passat; doneu-ne les còpies a l'altra part.

## ANTECEDENTS DE FET

**Primer.** En els recursos extraordinaris de cassació i d'infracció processal interposats per la procuradora Sra. García Cortés, en nom i representació de la Sra. Roser P. D. —en què era part recorreguda la Sra. Dolors C. A., representada per la procuradora Sra. Barbany Cairó—, contra la Sentència dictada el 8 d'octubre de 2002 per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona en el seu rotlle núm. 131/2002, en data 3 de juny passat aquesta Sala va dictar una provisió amb el contingut següent: “D'acord amb allò que disposa l'art. 483.3 de la Llei d'enjudiciament civil, posareu de manifest a la part personada la possible inadmissió dels recursos extraordinaris interposats, atès que el de cassació ha estat encarrilat per la via de l'art. 477.2.3r de la Llei esmentada, i aparentment no concorre en el cas cap dels supòsits a què es refereix tal precepte. Escau tenir en compte que:

“a) Els motius primer i segon de cassació (7è i 8è de l'escrit) denuncien com a infringits els preceptes legals que esmenten, sense considerar que la denúncia d'infracció de llei no és un supòsit incardinable en els de l'apartat 3 de l'art. 477.

“b) El motiu tercer (9è de l'escrit) al·lega la vulneració de la jurisprudència d'aquesta Sala i de sentències d'audiències provincials; però no té en consideració que la conculcació de jurisprudència d'audiències provincials no és tampoc un motiu comprès en aquell apartat 3 de l'art. 477, i que, pel que fa a les dues sentències d'aquest Tribunal, a més d'haver resolt assumptes diferents, la *ratio decidendi* de la que aquí es recorre no rau en l'aplicació de l'antic art. 291 de la Compilació, actual art. 38 de la Llei 13/1990, que havia estat objecte de les esmentades sentències d'aquesta Sala.

“S’atorgarà a aquella part el termini de deu dies per tal que pugui fer les manifestacions que cregui escaients respecte d’això, i se li indicarà que la inadmissió del recurs de cassació comportaria ensems la del d’infracció processal, d’acord amb allò que determina la regla 5a de l’apartat 1 de la disposició final 16a de la Llei d’enjudiciament civil.”

**Segon.** Ambdues parts han presentat sengles escrits en els quals han efectuat les manifestacions que han estimat adients. La recurrent sol·licita que li siguin admesos els recursos, i l’altra part, que se’n declari la inadmissió.

Ha estat ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

### FONAMENTS DE DRET

**Primer.** El motiu primer del recurs de cassació es planteja “en base al caso 1 del art. 477 de la vigente LEC del 2000 por infracción por no aplicación o aplicación errónea del art. 38 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, del Parlamento de Catalunya, antes art. 291 de la Compilación del derecho civil especial de Catalunya”; i el segon, “en base al caso 1 del art. 477 de la vigente LEC del 2000, por infracción por no aplicación o aplicación errónea del art. 348 del Código Civil”.

En la provisió de 3 de juny passat aquesta Sala va fer notar la possible inadmissibilitat d’aquests dos motius perquè “la denuncia d’infracció de llei no és un supòsit incardinable en els de l’apartat 3 de l’art. 477”.

En resposta a això la recurrent reconeix que “ello es cierto, però (que) no podemos olvidar que la actual casación tiene que fundarse en un solo motivo, que es el que figura en el art. 477.1 de la LEC del 2000, referido a la infracción de normas aplicables para resolver la cuestión objeto del proceso, lo que incluye sin lugar a dudas las infracciones legales denunciadas por esta parte recurrente”.

Respecte d’això cal aclarir que l’actual recurs de cassació és substancialment diferent al de la cassació de la llei anterior. L’actual té limitat el seu àmbit a un únic motiu (“la infracció de les normes aplicables per resoldre les qüestions objecte dels procés”, com diu el núm. 1 de l’art. 477), el qual coincideix amb el motiu 4 de l’art. 1692 de la llei anterior; els altres tres motius de l’art. 1692 derogat (tots de naturalesa processal) han estat reconduïts al recurs extraordinari per infracció processal de l’art. 469 de nova creació, tal com explica l’apartat XIV de l’exposició de motius de la llei nova.

És per tant evident que —com diu l’apartat 1 de l’art. 477 de la nova llei— la infracció de normes és avui motiu de cassació. És més: és l’únic motiu de l’actual cassació. Però el següent apartat 2 del mateix art. 477 determina les sentències que en són susceptibles i concreta els tres supòsits en què aquest recurs es pot interposar. El supòsit tercer és “quan la resolució del recurs presenti interès cassacional”; i l’apartat 3 del mateix art. 477 determina quins són els casos en què s’ha de considerar que un recurs presenta interès cassacional, i els especifica de tal manera que quan es vol recórrer en cassació per la via de l’interès cassacional del núm. 3 de l’art. 477.2 no n’hi ha prou d’assenyalar la infracció legal que es considera comesa, sinó que ja en l’escrit de preparació s’ha d’expressar, a més de la infracció legal, “les sentències que posin de manifest la doctrina jurisprudencial o jurisprudència contradictòria en què es fonamenti l’interès cassacional que s’al·legui (com prescriu l’apartat 4 de l’art. 479)”; i com que els motius 1r. i 2n. del recurs de cassació aquí interposat (parà-

grafs 7è i 8è de l'escrit) s'articulen el 1r. “en base al caso 1 del art. 477 de la vigente LEC del 2000, por infracción por no aplicación o aplicación errónea del art. 38 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, del Parlament de Catalunya, antes art. 291 de la Compilación del derecho civil especial de Catalunya”; i el 2n. “en base al caso 1 del art. 477 de la vigente LEC del 2000 por infracción por no aplicación o aplicación errónea del art. 348 del Código civil”, i cap d'ells s'incardina en algun dels supòsits de l'apartat 3 de l'art. 477 de la Llei processal, la seva inadmissibilitat és palesa, i així escau declarar-ho aquí d'acord amb allò que ordena l'art. 483.2.1r i 3r de la Llei esmentada, tal com va observar l'apartat a) de la provisió d'aquest Tribunal de 3 de juny passat.

**Segon.** I el motiu 3r (paràgraf 9è de l'escrit) es planteja “en base al caso 1 del art. 477 de la vigente LEC del 2000, por infracción de la jurisprudencia y de sentencias de audiencias provinciales”. A propòsit d'aquest motiu, la susdita provisió d'aquesta Sala de 3 de juny darrer va advertir que “no té en consideració que la conculcació de jurisprudència d'audiències provincials no és tampoc un motiu comprès en aquell apartat 3 de l'art. 477; i que les dues sentències d'aquest Tribunal, a més d'haver resolt assumptes diferents, la *ratio decidendi* de la que aquí es recorre no rau en l'aplicació de l'antic art. 291 de la Compilació, actual art. 38 de la Llei 13/90, que havia estat objecte de les sentències d'aquesta Sala esmentades”.

La recurrent discrepa de l'observació d'aquesta Sala (“que la jurisprudència de les audiències provincials no és tampoc un motiu comprès en l'apartat 3 de l'art. 477 de la LEC”) i argumenta que al seu entendre “el art. 477.3 de la nueva LEC permite invocar el interés casacional cuando la sentencia que se recurra se oponga o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales” que —diu— “es lo que efectivamente sucede en el supuesto que nos ocupa, amén de oponerse la resolución recurrida a jurisprudencia de este TSJC”; i per demostrar la seva asserció addueix que “las sentencias de primera y de segunda instancia dictadas en la presente litis (...) se apartan de los criterios de las SSTSC de 13 de junio de 1994, de 2 de noviembre de 1994 (*sic*) y las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida de 8 de septiembre de 2000, de Barcelona de 21 de septiembre de 1992, Sección 15a, y de la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala 1a, de 14 de noviembre de 1979”.

Escau dir respecte d'això que és errònia la interpretació que la recurrent dóna a l'expressió “que exista jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales”. Ella entén que si la sentència que s'ha dictat en el seu cas contradia jurisprudència d'altres audiències, ja existeix interès cassacional; però no és correcta aquesta interpretació.

La interpretació correcta és que si la sentència que es vol recórrer en cassació ha resolt punts o qüestions sobre les quals existeix jurisprudència contradictòria de les audiències provincials (perquè una té establerta una jurisprudència que contradia la jurisprudència d'una altra o d'altres audiències de Catalunya), és aleshores quan l'interès cassacional es dóna amb la finalitat que el Tribunal Superior unifiqui la jurisprudència de totes elles.

Però això ni s'al·lega ni es dóna en aquest cas. Conseqüentment, no existeix interès cassacional perquè no hi ha jurisprudència contradictòria de les audiències provincials de Catalunya.

I com que el fonament quart de la sentència que aquí es pretén recórrer parteix d'uns fets que són inatacables en cassació (els quals aquesta Sala ha de tenir per acreditats tal com l'Audiència els dóna per provats), i aquells fets res tenen a veure amb els que varen ser objecte de les dues sentències d'aquest Tribunal Superior que el recurs esmenta, la Sala a

*quo* no ha infringit la doctrina d'aquelles sentències i, per tant, tampoc escau admetre el tercer i darrer motiu de cassació. I no és acceptable el propòsit del recurrent de convertir en una tercera instància el recurs de cassació, la inadmissió del qual comporta, ensems, la del d'infracció processal segons la regla 5a de l'apartat 1 de la disposició final 16a de la Llei d'enjudiciament civil.

**Tercer.** La inadmissió dels recursos comportarà la imposició de costes al recurrent.

Atès el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit:

### **PART DISPOSITIVA**

Inadmetre els recursos de cassació i d'infracció processal de què s'ha fet esment en els antecedents d'aquesta resolució. Es declara ferma la Sentència recorreguda i s'imposen les costes al recurrent.

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

777  
**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE JULIOL DE 2003**

**Recurs de cassació: diferències amb el recurs extraordinari per infracció procesal**

Presidente:  
Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu  
Magistrados/as:  
Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté  
Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Dada cuenta. Presentado el anterior escrito, únase a las presentes actuaciones; se tienen por efectuadas las alegaciones contenidas en el mismo, y

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La representación procesal de la Sra. M<sup>a</sup> Elena R. M. interpuso recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 29 de noviembre de 2002 por la Sección 16<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación 407/02.

**Segundo.** Por providencia de fecha 12 de junio pasado, se dio traslado a la parte recurrida por término de diez días a fin de formular las alegaciones que considerase oportunas sobre la posible inadmisibilidad del recurso interpuesto. Dicha parte ha presentado el oportuno escrito.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Tal como se anticipaba en el proveído de esta Sala de fecha 12 de junio pasado, el recurso deviene inadmisibile por falta de interés casacional.

En efecto, el motivo primero de recurso combate determinadas afirmaciones del Tribunal *a quo* que no constituyen la *ratio decidendi*, siendo ésta, como dice expresamente la sentencia, “los antecedentes, circunstancias económico-familiares y la no acreditación de necesidad que pudiera justificar la prórroga”, circunstancias fácticas no combatibles en casación.

El segundo motivo del recurso de casación plantea una cuestión procesal sin que se haya utilizado el recurso extraordinario establecido al efecto.

**Segundo.** En consecuencia, procede la inadmisión del recurso con imposición al recurrente de las costas causadas.

### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decide inadmitir el presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Sra. M<sup>a</sup> Elena R. M. contra la Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2002 dictada por la Sección 16<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación 407/02, que se confirma íntegramente. Con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

778  
**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE JULIOL DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: es pot interposar amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**ANTECEDENTS DE FETS**

**Únic.** La representació processal de la Sra. M<sup>a</sup> Teresa C. M. va interposar, dins el termini establert i en la forma escaient, recurs de queixa contra la Interlocutòria de 26 d'abril de 2003 que va desestimar el recurs de reposició interposat contra la de 6 de febrer de 2003 que denegava la preparació de recurs de cassació contra la Sentència de 18 de novembre de 2002 dictada per la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el seu rotlle d'apel·lació 434/02.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Contra la Interlocutòria de l'A.P. de Barcelona (Secció 17a) de 26 d'abril passat, confirmatòria de la de 6 de febrer de dos mil tres per la qual es denegava a la representació de la Sra. Teresa C. M. tenir per preparat recurs de cassació contra la Sentència de l'esmentat Tribunal de 18 de novembre de dos mil dos, es formula el present recurs de queixa, respecte al qual convé ponderar que :

a) La interlocutòria combatuda afirma que “resulta imposible admitir el recurso de casación por la vía del art. 477.2.3 LEC, pues esta queda limitada a aquellos procedimientos tramitados por razón de la materia y el presente lo ha sido por razón de la cuantía. Como quiera que el mismo además no excede de 25.000.000 de pesetas, tampoco podría admitirse por la vía del art. 477.2.2 LEC, sin que además se hayan citado las disposiciones que se estiman infringidas, consideración ésta que se realiza a los meros efectos dialécticos ya que no se ha invocado expresamente aquel apartado de la disposición citada”

b) La primera de les afirmacions de la interlocutòria recorreguda no pot ser compartida per la Sala atès que aquest Tribunal ha dit (per totes, Interlocutòria de 18 d'abril de 2002) que “és un principi de dret ininterrompudament aplicat per la jurisprudència que *ubi lex non dis-*



*tinguit nec nos distinguere debemus* (sentències del Tribunal Suprem de 12 de gener de 1884, 11 de març de 1885, 27 de febrer de 1909, 31 de maig de 1949, 13 de maig de 1950, 11 de maig de 1964, 12 d'abril de 1988, 2 d'abril de 1990, 22 de febrer de 1993, 31 de desembre de 1994, etc.); i (...) l'Audiència, en interpretar el núm. 3r esmentat, fa unes distincions entre els processos substanciat per raó de la matèria o els especials, i els tramitats per raó de la quantia, que aquell precepte no fa; i per tal com no existeix justificació legal per donar-hi suport, caldrà entendre que l'Audiència ha distorsionat aquell precepte i la voluntat del legislador pel que fa a la interpretació de les sentències que són susceptibles de ser impugnades en cassació (...). En efecte, el núm. 2n de l'art. 477.2 diu que són susceptibles de ser recorregudes en cassació per la seva via les sentències dictades en segona instància per les audiències 'quan la quantia de l'afer excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes' sense fer cap mena de distinció de procediments (ni dels substanciat per raó de la matèria, els especials, o els tramitats per raó de la quantia); cosa per la qual escau concloure, sense més additaments, que qualsevulla que hagi estat el procediment que s'hagi seguit i la classe de procés que s'hagi emprat, si la quantia de l'afer ultrapassa els 25.000.000 de pessetes el recurs de cassació per aquesta via del núm. 2n s'haurà d'admetre; i s'haurà d'admetre per la via del núm. 3r 'quan la resolució del recurs presenti interès cassacional', i en presentarà si concorre algun dels quatre supòsits de l'apartat 3 de l'art. 477 qualsevulla que sigui la quantia de l'afer i la classe de procediment emprat, ja que segons el núm. 3r de l'art. 477.2, l'únic que cal és que la resolució del recurs presenti interès cassacional; interès que, com diu l'apartat 3, presentarà si la sentència s'oposa a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia, o resol punts i qüestions sobre els quals existeixi jurisprudència contradictòria de les audiències provincials o si aplica normes que no fa més de cinc anys que estan en vigor, sempre que, en aquest darrer supòsit, no hi hagi doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia relativa a normes anteriors de contingut igual o similar".

En aquesta mateixa interlocutòria afegia la Sala que "el criteri interpretatiu i decisorí que aquest Tribunal adopta en aquesta resolució difereix del que havia aplicat en la seva Interlocutòria de 31 de gener passat en el recurs de cassació núm. 68/2001, en la qual aquesta Sala havia assumit la doctrina en què ara es fonamenten les interlocutòries de l'Audiència que són objecte d'aquesta queixa; però, a parer d'aquest Tribunal, no escau continuar mantenint aquella doctrina perquè es basa essencialment (per fer aquella diferenciació entre els procediments substanciat per raó de la matèria i els substanciat per raó de la quantia a l'efecte d'admetre o no els recursos de cassació) en el fet d'haver enllaçat el núm. 2n de l'art. 477.2 de la Llei d'enjudiciament civil amb els art. 249.2 i 250.2 de la mateixa llei; i es basa també en el fet d'haver posat en concordança el núm. 3r de l'art. 477.2 amb el 249.1 (excepte amb el seu núm. 2n) i el 250.1 de la mateixa llei; enllaçaments i concordances que fa la doctrina que l'Audiència aplica però que la llei no fa, i que aquest Tribunal entén que no escau fer ja que tals enllaços i concordances són aliens a la llei i a la seva interpretació correcta; perquè si la llei hagués volgut posar en relació i concordança tots aquells preceptes, ho hauria fet, però no ho va fer, i aquesta Sala considera que no hi ha base legal per poder-ho efectuar per la via interpretativa sense distorsionar la voluntat del legislador. Hom no veu, en efecte, per quina raó s'han d'enllaçar els art. 249.2 i 250.2 amb el núm. 2n del 477.2; ni tampoc per què s'han de fer concordar el 249.1 i el 250.1 amb el 477.2.3r: El 249.2 disposa que s'han de decidir en el judici ordinari les demandes la quantia de les quals excedeixi les 500.000 pessetes i aquelles en les quals sigui impossible calcular la quantia pel seu interès econòmic ni tan sols de manera relativa; i el 250.2 determina que s'han de decidir en

el judici verbal les demandes la quantia de les quals no excedeixi les 500.000 pessetes i no es refereixin a cap de les matèries que preveu l'art. 249, en el seu apartat 1. Aquests preceptes (el 249.2 i el 250.2) fan referència a l'àmbit del judici ordinari (el 249.2) i a l'àmbit del judici verbal (el 250.2). L'àmbit d'aquests judicis, ordinari o verbal segons la quantia de l'afer, no té a veure amb el núm. 2n de l'art. 477.2, referit a la possibilitat de recórrer en cassació quan la quantia de l'assumpte excedeix els 25.000.000 de pessetes; i per tal com no tenen a veure aquells primers preceptes amb el darrer, ja que consideren coses diferents (aquells, l'àmbit respectiu dels judicis ordinari o verbal per raó de sengles quanties, i el 277.2.2n, la possibilitat de recórrer en cassació quan la quantia ultrapassa els 25.000.000 de pessetes) no es poden enllaçar entre ells com ho fa, creiem que erròniament, la doctrina esmentada que aquesta Sala considera que no és escaient mantenir. Existeix legalment idèntica manca de concordança entre els art. 249.1 i 250.1, i el núm. 3r del 477.2: els dos primers fan referència als procediments que es tramiten en judici ordinari per raó de la matèria (el 249.1) o en judici verbal també per raó de la matèria (el 250.1). No tenen cap relació amb el núm. 3r del 477.2, que estableix la possibilitat de recórrer en cassació quan la resolució de l'assumpte presenta interès cassacional. I no imposa cap més condició. Són coses diferents les que regulen els art. 249.2 i 250. 2 i el 477.2.2n; i són també coses diferents les que regulen els art. 249.1 i 250.1 i les que considera el 477.2.3r. I com que són coses diferents, la seva concordança no és possible i, per tant, aquesta Sala així ho ha d'entendre i d'aplicar en exercir la seva competència jurisdiccional per admetre (i aquí ara per tenir per preparat) els recursos de cassació que estableix la llei d'acord amb la previsió de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i, en execució d'aquest, d'acord amb allò que disposa l'art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial”.

c) Tanmateix en la Interlocutòria resolutòria del recurs de queixa núm. 32/2003, aquesta Sala també digué que “si bé resulta exacta l'existència de una distinta interpretació entre el Tribunal Suprem i aquest Tribunal Superior, aquest darrer ha de seguir mantenint el seu criteri, tant perquè, com ja s'ha assenyalat, no existeix cap raó per considerar més plausible la interpretació legal que efectua el Tribunal Suprem sobre la que manté aquesta Sala, com també per inexistència de cap mena de superioritat o jerarquia hermenèutica entre ambdós òrgans judicials, atès que aquest Tribunal ostenta no només la competència, sinó el monopoli nomofilàctic, a través del recurs de cassació com a últim graó jurisdiccional, en tot allò referit al dret civil de Catalunya”.

**Segon.** Això no comporta, però, l'acolliment de la present queixa, atesa la palesa inadmissibilitat del recurs de cassació, perquè en l'escrit de preparació de tal recurs, després d'assenyalar la part la seva disconformitat amb la sentència que combat, afirma literalment que “no hallándose dicha Resolución ajustada a derecho —dicho sea con los debidos respetos en términos y exclusivo ánimo de defensa— es por lo que se desea interponer recurso de casación, formulando a tales efectos el presente escrito de preparación del recurso de casación, previsto en el nº 1, punto 3º, del art. 469 de la LEC y art. 477 nº 2, punto 3º”. Res més manifesta ni explica la part recurrent, llevat de la ritual fórmula, en el “Suplico”, que s'admeti el recurs.

Davant de tant flagrant incompliment de tots els mínims requisits legals formalment exigibles, tampoc farà aquesta Sala el més mínim comentari, excepte el de recordar que la preparació d'un recurs de cassació o d'un recurs extraordinari d'infracció processal és del tot distinta a la d'un recurs d'apel·lació.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de queixa interposat per la representació de la Sra. Maria Teresa C. M. contra la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 17) de 26 d'abril de 2003, desestimàtoria del recurs de reposició interposat contra la Interlocutòria de 6 de febrer de 2003 per la qual s'acordava no tenir per preparat recurs de cassació contra la Sentència de l'esmentada Audiència Provincial de 18 de novembre de 2002, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 434/2002, derivat del judici de menor quantia núm. 13/2001 del Jutjat de Primera Instància núm. 7 de Barcelona, amb imposició de les costes d'aquesta alçada a la part recurrent .

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE JULIOL DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional per manca de Jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya: inadmissibilitat de la queixa.**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal del Sr. Francesc d'Asís M. J. va interposar recurs de queixa contra la Interlocutòria de 7 d'abril de 2003 que va desestimar el recurs de reposició interposat contra la de 17 de febrer de 2003 que va denegar la preparació de recurs de cassació contra la Sentència de 15 de gener de 2003 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona, en el seu rotlle d'apel·lació núm. 599/02.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Les qüestions que s'han de resoldre en el recurs de queixa es deriven de l'escrit de preparació del recurs de cassació, que vol interposar la part que ara recorre en queixa, contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona de data 15 de gener de 2003.

En el seu escrit de preparació del recurs de cassació la part recurrent fonamentava la seva pretensió en l'article 477.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil, que autoritza el recurs basat en l'interès cassacional, en aquest cas concret per manca de jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya sobre les matèries objecte del recurs d'apel·lació. La Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona va dictar una Interlocutòria amb data 17 de febrer de 2003, que decretava no tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional per no haver esmentat la part recurrent dues o més sentències del Tribunal Suprem i per no haver argumentat en quin sentit s'havia vulnerat la doctrina de cadascuna d'elles; o, si el volia fonamentar en l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials, per no haver designat dues sentències que mantinguessin un criteri determinat i altres dues sentències que mantinguessin un criteri contradictori.

La part recurrent va interposar recurs de reposició contra aquesta interlocutòria, que va ésser desestimat per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona per la Interlocutòria de 7 d'abril de 2003, que si bé admet la competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs de cassació, confirma la resolució recorreguda per entendre ara que la seva procedència exigiria que la sentència d'apel·lació hagués aplicat normes d'una vigència inferior a cinc anys; i com que la part recurrent fonamenta l'escrit de preparació del recurs de cassació en els articles 333, 334 i 335 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, que està en vigor des de fa més de cinc anys, conclou que no escau tenir per preparat el recurs de cassació.

**Segon.** El recurs de queixa ha d'ésser estimat, ja que no podia la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona denegar la preparació del recurs de cassació basat en l'interès cassacional per manca de jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per la via d'argumentar, inicialment, que la part recurrent no havia esmentat el nucli de la contradicció de la sentència recorreguda amb dues o més sentències del Tribunal Suprem i no havia precisat l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials sobre les matèries objecte del recurs; i tampoc podia denegar la preparació del recurs de cassació per al·legar la part recurrent normes del dret civil de Catalunya que considerés infringides de vigència inferior a cinc anys, com va fer a l'hora de resoldre el recurs de reposició.

Atesa la competència d'aquesta Sala per a conèixer de l'eventual recurs de cassació que vol interposar la part que ara recorre en queixa, segons resulta de l'article 478.1.II de la Llei d'enjudiciament civil, existeix interès cassacional si no hi ha jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya sobre normes del dret civil propi d'aquesta Comunitat Autònoma, segons preveu l'article 477.3.II de la mateixa Llei. En conseqüència, la manca de jurisprudència d'aquesta Sala sobre els articles 333, 334 i 335 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, i la identificació del nucli de la controvèrsia determinen l'existència d'interès cassacional i la procedència de tenir per preparat el recurs de cassació d'acord amb els preceptes esmentats.

Per tot el que s'ha exposat,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit estimar el recurs de queixa que ha interposat la procuradora dels tribunals senyora Araceli García i Gómez, que actua en nom i representació del senyor Francesc d'Asís M. i J., contra les interlocutòries de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona de dates 17 de febrer i 7 d'abril de 2003, tenir per preparat el recurs de cassació i ordenar a l'organisme jurisdiccional d'apel·lació continuar-ne la tramitació.

Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 14 DE JULIOL DE 2003****Recurs de cassació per manca de jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya: inadmissibilitat**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte. Presentats els anteriors escrits dels procuradors Sr. Montero Reiter i Sr. Joaniquet Ibarz s'uneixen a les actuacions. Es tenen per efectuades les manifestacions que s'hi contenen, i

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** Amb data 26 de febrer de 2003 la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Sentència que en la seva part dispositiva deia a la lletra: "FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por D. José Luis O. R. y desestimando la impugnación deducida por Dña. María Elena R. C. contra la Sentencia de fecha uno de septiembre de dos mil uno, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Esplugues de Llobregat en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, únicamente en lo concerniente a: 1) Los alimentos para el hijo común, Alejandro, en cuyo concepto el señor O. abonará a Dña. María Elena R. C. la suma de cuatrocientos noventa euros al mes, en la misma forma y con igual actualización establecidas en la sentencia apelada, sin que haya lugar a la devolución por dicha señora de lo que se haya pagado de más como consecuencia de la ejecución provisional de la referida sentencia; y 2) La pensión compensatoria a favor de la señora R., la cual tendrá una duración de cinco años, contados desde la sentencia de primera instancia. Confirmamos en todo lo demás la sentencia apelada, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de la segunda instancia".

Contra l'esmentada decisió el procurador dels tribunals senyor Carlos Montero Reiter, en nom i representació de la senyora María Elena R. C., va preparar recurs de cassació.

Amb data 11 d'abril de 2003 es va registrar d'entrada a la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona un escrit en virtut del qual la recurrent interposà el recurs de cassació anunciat.

Aquesta Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia el 16 de juny de 2003 va dictar provisió que, pel que ara interessa, deia: "El cert és que sobre el tema objecte del recurs: tem-

poralitat de la pensió compensatòria de l'article 84 del Codi de família, aquesta Sala ja té fixada doctrina, atès que a la sentència suara esmentada s'hi ha d'afegir la de 21 d'octubre de 2002 i la de 10 de febrer de 2003.

“Per això, d'acord amb el que disposa l'article 483.3 de la Llei d'enjudiciament civil, escau posar de manifest a les parts personades l'anterior causa d'inadmissió perquè, en el termini de deu dies hi formulin les al·legacions que considerin procedents”.

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

### FONAMENTS DE DRET

**Únic.** Tal com aquesta Sala va posar de manifest en la provisió de 16 de juny de 2003 transcrita en part en els antecedents fàctics d'aquesta decisió, el recurs de cassació en relació amb el qual escau decidir l'admissió es basa en dos supòsits, a saber:

En l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials sobre el *thema decidendi* i,

En la Sentència d'aquest Tribunal Superior de Justícia de 4 de març de 2000, que segons sembla derivar-se de l'escrit de preparació de la cassació, estaria en contradicció amb el decidit en la resolució que es pretén recórrer.

Les dues vies d'accés a cassació elegides no permeten reeixir els interessos de la recurrent per les següents circumstàncies:

Pel fet que aquesta Sala ha tingut oportunitat de pronunciar-se sobre el *thema litigiós*, o sigui sobre la temporalitat de la pensió compensatòria a què fa referència l'article 84 del Codi de família, en reiterades resolucions: l'esmentada per la recurrent de 4 de març de 2000, la de 21 d'octubre de 2002 i la de 10 de febrer de 2003.

Aquests reiterats pronunciaments de la Sala posen en evidència que l'existència de doctrina contradictòria de les audiències a què fa referència la recurrent ja no té interès pel fet que les contradiccions al·legades han estat superades per la jurisprudència forjada per aquest Tribunal.

La suposada vulneració, per part de la sentència que es vol recórrer, de la doctrina consolidada per aquest Tribunal tampoc pot ésser acceptada atès que només cal una lectura de l'escrit d'interposició del recurs de cassació per a detectar que les pretensions de la recurrent van únicament encaminades a combatre les premisses fàctiques de què parteix la sentència de l'Audiència, que, com és sabut, han de restar intangibles perquè no s'ha aduït, per la via processal oportuna, l'existència de valoració il·lògica de la prova practicada.

Per consegüent,

### PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit inadmetre el present recurs de cassació interposat per la representació processal de la Sra. M<sup>a</sup> Elena R. C.. contra la Sentència de 26 de febrer de 2003 dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el seu rotlle d'apel·lació 768/02.

Així ho acordava la Sala i ho signen el president i els magistrats esmentats més amunt. En dono fe.

781  
**SENTÈNCIA DE 14 DE JULIOL DE 2003**  
*Sergi P.S. / Xavier F.S.*

**Règim jurídic de la filiació en el dret civil de Catalunya. Principis que informen la legislació sobre filiació en el dret civil de Catalunya. Sentències fermes en matèria de filiació: retroactivitat del Codi de família. Importància de les proves biològiques en els procediments sobre filiació. Negativa a la pràctica de proves biològiques i la seva valoració. Tradició jurídica catalana. Recurs de cassació: diferències amb el recurs extraordinari per infracció processal. Jurisprudència a l'efecte del recurs de cassació. Cosa jutjada material: naturalesa jurídica i problemàtica de dret transitori derivada de la nova Llei d'enjudiciament civil**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats per la representació del Sr. Francisco Javier F. S., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Ildefonso Lago Pérez i dirigit per l'advocat Sr. Tomás Espuny Carrillo, contra la Sentència dictada per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 12 de novembre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat per la demandada contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 17 de Barcelona el 29 de novembre de 2001 en el procediment de judici de menor quantia núm. 97/99. El Sr. Sergio P. de T. S., aquí part recorreguda, ha estat representat en aquest Tribunal per la procuradora Sra. Luisa Lasarte Díaz i dirigit per l'advocada Sra. Marta Guillermo Puig. La Sra. Teresita P. de T. S., aquí part recorreguda, ha estat representada en aquest Tribunal pel procurador Sr. Ernesto Huguet Fornaguera i dirigida per l'advocada Sra. Lydia Möller Roca. Amb la deguda intervenció del Ministeri Fiscal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. Luisa Lasarte Díez, en nom i representació del Sr. Sergio P. de T. S., va formular demanda de judici de menor quantia núm. 97/99 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 17 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 29 de novembre de 2001, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando como estimo la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Luisa Lasarte Díaz, en nom-



bre y representación de D. Sergio P. de T. S., contra D. Fco. Javier F. S. representado por el procurador D. Ildefonso Lago Pére, y D<sup>a</sup> Teresita P. de T. S., representada por el procurador D. Ernesto Huguet Fornaguera, debo declarar y declaro haber lugar a la reclamación de la filiación paterna no matrimonial formulada por D. Sergio P. de T. S. contra D. Fco. Javier F. S. y D<sup>a</sup> Teresita P. de T. S., con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, imponiéndose las costas de este procedimiento a D. Francisco Javier F. S.”

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, el qual es va admetre i es va substanciar a la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 12 de novembre de 2002, amb la següent part dispositiva: “Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Francisco Javier F. S. contra la Sentencia dictada en los mismos el día 29 de noviembre de 2001, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona, en autos de juicio de menor cuantía nº 97/1999, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, haciendo expresa condena de las costas de esta alzada”.

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, el Sr. Francisco Javier F. S. va interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 5 de maig de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a les parts recorregudes perquè en un termini de vint dies formalitzessin l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar data per a la celebració de vista, que va tenir lloc el dia 3 de juliol de 2003 a les 11 hores del matí.

Ha estat ponent la magistrada Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Són antecedents d'índole històrica de necessària al·lusió per a una correcta comprensió del tema litigiós sotmès a l'apreciació d'aquesta Sala els següents:

a) La demanda que ha donat lloc a aquest recurs de cassació fou plantejada pel senyor Sergio P. de T. S. a l'empara dels articles 93, 94, 98, 99 i 104 del Codi de família de Catalunya i dels articles 24 i 39 de la Constitució espanyola, entre d'altres, amb expressa petició de declaració de filiació no matrimonial del actor en relació amb el demandat senyor Francisco-Javier F. S.

b) La demanda es dirigia a l'ensem contra la senyora Teresita P. de T. S., mare biològica del demandant.

c) El demandant senyor Sergio P. de T. S. va néixer el 24 d'agost de 1970 i des de la data d'aquest naixement no hi ha hagut una situació de conformitat en relació amb la manca de determinació de la seva filiació paterna, sinó que s'han succeït les accions plantejades per tal d'assolir el que novament es pretén assolir en aquesta acció judicial, a saber, la declaració que l'actor és fill no matrimonial del demandat.

d) Ja el 27 de novembre de 1971, la senyora Teresita P. de T. va presentar una demanda contra el senyor Francisco-Javier F. en la qual sol·licitava que es condemnés el demandat a reconèixer com a fill seu Sergio, que en aquells moments feia poc temps que havia nascut. Aquella primigènia acció es basà en la redacció de l'article 135 del Codi civil (ara derogat

per la Llei 1/2000, d'1 de gener), i en concret en el fet que Sergio ostentava en relació amb el senyor F. una situació de *possessió d'estat*.

e) Amb data 7 d'octubre de 1972 el Jutjat de Primera Instància número 8 de Barcelona va dictar Sentència que en la seva part dispositiva decidia condemnar el demandat a reconèixer com a fill natural seu Sergio. Aquesta resolució fou confirmada per la Sentència dictada per l'Audiència Territorial de Barcelona de 6 de juny de 1973. Finalment el Tribunal Suprem, amb data 17 de maig de 1974, va dictar nova decisió que estimà el recurs de cassació interposat pel senyor Francisco-Javier F. S., i va revocar la sentència de l'Audiència Territorial per considerar que no havia resultat provat que Sergio P. de T. hagués gaudit de la "possessió d'estat de fill natural" del demandat.

f) La mare del senyor Sergio P. de T. no va romandre impassible enfront de la decisió judicial, sinó que amb data 3 de juliol de 1974 va presentar novament demanda en judici declaratiu en qualitat de legal representant del seu fill menor, en la qual s'exercia l'acció de reclamació de paternitat del fill respecte del demandat, senyor F.; la demanda fou rebutjada pel Jutjat de Primera Instància número 8 de Barcelona, que va estimar en la resolució dictada que concorria l'excepció de cosa jutjada per mor de l'anterior litigi a què s'ha fet al·lusió.

g) El 6 de març de 1992, el senyor Sergio P. de T., que ja havia assolit la majoria d'edat, va presentar de bell nou demanda de judici declaratiu de menor quantia, en reclamació de filiació, contra el senyor F., en virtut de la qual es va dictar sentència estimatòria de la petició plantejada. La sentència fou confirmada per una nova decisió de l'Audiència Provincial de Barcelona dictada el 14 d'octubre de 1996. Però aquesta resolució fou revocada per la sentència dictada per aquest mateix Tribunal Superior de Justícia que, amb data 22 de juny de 1998, va decidir que concorria l'excepció de litisconsorci passiu necessari i va eludir entrar en el fons de l'assumpte, de manera que va deixar, per tant, l'acció sense jutjar.

h) Finalment, com s'ha dit ja en l'apartat a) d'aquests antecedents fàctics, s'ha esgrimit de nou l'acció de reclamació de filiació, ara a l'empara de la normativa establerta en el Codi de família de Catalunya, i tant la sentència dictada en Primera Instància com la dictada per la Secció Catorze de l'Audiència Provincial de Barcelona estimaren la demanda i, consegüentment, declararen la filiació no matrimonial paterna del agent senyor Sergio P. de T. S.

**Segon.** Abans d'abordar els diferents motius de cassació plantejats per la part recurrent, que ho són de combat a la decisió de què es discrepa, escau que aquesta Sala faci expressa referència al fet que tant la sentència dictada en Primera Instància com la de l'Audiència que la confirma íntegrament, fan un estudi profund i acurat del tema sotmès a la seva consideració, cosa que provoca que el *thema decidendi* quedi ja, en aquest estadi processal, molt concretat i, per raons òbvies, facilita l'estudi que ha de circumscriure el recurs de cassació.

Com a primer motiu de cassació addueix la part recurrent infracció de l'article 222 de la Llei d'enjudiciament civil 1/2000, de 7 de gener, i manifesta la seva disconformitat amb la sentència dictada per l'Audiència pel fet que s'hi raona que la norma aplicable al debat és la LEC derogada y no la LEC de 2000, en virtut del que preveu la disposició transitòria segona d'aquesta darrera norma.

La part recurrent dissenteix de la conclusió de l'Audiència perquè, segons diu, no fa expressa distinció entre normes de naturalesa "procesal, substantiva o mixta" (*sic*), i invoca el caràcter substantiu de l'article 1252 del Codi civil, ara derogat.

Amb aquesta al·legació oblida la recurrent que una de les pretensions de la LEC 2000 és precisament assolir un cos de normes processals complet i íntegre, de manera que abor-

da una forta vis atractiva que provoca que les normes processals contingudes en diferents cossos legals resultin derogats i acollits en la susdita Llei, i per altra banda rebutja la regulació d'allò que no tingui aquesta naturalesa.

Però es que l'anterior consideració enllaça directament amb l'àmbit del recurs de cassació. Ha tingut oportunitat, aquest Tribunal Superior de Justícia, de declarar en reiterades interlocutòries —cosa que n'eximeix la citació— que l'àmbit de la cassació queda circumscribit a la funció nomofilàctica que afecta només qüestions de caràcter substantiu, i que les infraccions d'indole processal resten fora de la cassació i s'han d'emmarcar dintre del recurs d'infracció processal.

L'anterior afirmació es deriva d'una lectura de l'articulat de la LEC 2000 i també de l'apartat XIV de l'exposició de motius de la susdita Llei, que assenyalava explícitament que: “las infracciones de leyes procesales quedan fuera de la casación”.

Corol·lari de les anteriors consideracions és la impossibilitat que reïxi el primer motiu de cassació, i d'igual manera el segon, pel fet que s'hi addueix infracció de l'article 1252 del Codi civil.

S'ha de reconèixer, malgrat tot, que algunes de les argumentacions esgrimides a l'empara dels motius analitzats estan íntimament lligades amb les desgranades a redós del tercer motiu de cassació, on s'invoca infracció de la disposició transitòria tercera del Codi de família de Catalunya de 1998, i consegüentment la Sala té l'oportunitat d'abordar el que constitueix el nucli del recurs plantejat, que gira al voltant de decidir si, després dels tres litigis anteriors seguits sobre el tema controvertit, és legítim plantejar-se novament el debat en aquest quart procediment.

Com s'argumentarà, les al·legacions de la part recurrent encaminades a denunciar la interpretació errònia per part de l'Audiència de la disposició esmentada no poden ésser acollides pel fet que de forma acurada l'Audiència raona: “En el mismo sentido la disposición transitoria tercera de la Ley de filiaciones de 1991 y la disposición transitoria tercera del Código de familia aprobado por la Ley de 15 de julio 1998, que son las aplicables al caso, establecen que las sentencias firmes sobre filiaciones dictadas al amparo de la legislación anterior a la presente Ley no impedirán que se pueda ejercer de nuevo la acción, fundamentada en una norma, un hecho o una prueba solamente establecidos por la presente Ley o admisibles a su amparo.

“Sostiene el recurrente que como quiera que en el derecho civil catalán tradicional venía reconocida ya desde tiempo inmemorial la libre investigación de la paternidad y también la posibilidad de toda clase de pruebas incluidas las biológicas, debe entenderse que ya se ejercitaron las anteriores acciones al amparo de los mismos principios inspiradores lo que, en definitiva, implica la concurrencia de la excepción aducida.

“Pues bien, sentado como dice la sentencia dictada en primera instancia ni los artículos 93, 94, 98, 99 y 104 del Código de familia se hallaban en vigor en los años 1971 a 1974, en que se sustanciaron los dos pleitos anteriores, únicos que deben ser considerados, pues el tercero del año 1992 dejó imprejuizadas todas las acciones al apreciarse la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, tampoco lo estaba el art. 5 de la Ley de filiaciones, el cual presume la filiación del hombre cuando se acredita la existencia de relaciones sexuales con la madre al tiempo de la concepción.

“Si como viene a sostener el recurrente nada nuevo incorpora la nueva regulación de la Ley de filiaciones y el Código de familia, no se advierte la razón de ser de la disposición transitoria tercera que en ambos casos se incluyen, máxime cuando la propia exposición de

motivos de la Ley de 1991 ya comenzaba diciendo que la ‘filiación, dada la regulación realizada en el derecho civil catalán histórico, por una parte, distinta de la realizada en el derecho castellano, y el Código civil, por otra parte, y dado que tiene pendientes de resolver cuestiones importantes, merece y exige un desarrollo legislativo que le confiera dentro del ordenamiento jurídico catalán una regulación autónoma y autosuficiente que hoy no posee. La filiación no se puede conformar con los dos artículos que le dedica la Compilación del derecho civil de Cataluña, que en algunos casos la hace dependiente del Código civil, si bien de una forma menos traumática y problemática que con anterioridad a 1981, aunque sigue creando problemas importantes de integración’.”

Davant de les correctes i detallades argumentacions de la sentència de l’Audiència, transcrites en part, el recurrent invoca principis de seguretat jurídica i de confiança en l’administració de justícia pel fet que, segons diu, és la quarta vegada que es debat el mateix tema litigiós.

Per altra banda fa expressa referència a la segona sentència, de 13 de març de 1975, en la qual s’estimà l’excepció de cosa jutjada; i, respecte d’això, addueix que les accions emmarquen la mateixa pretensió de fons i per tant no pot quedar desnaturalitzada la *causa petendi* pel canvi del *nomen iuris* de l’acció.

Amb les esmentades al·legacions el recurrent distorsiona el que constitueix el centre del debat, que no és tant la concurrència dels requisits que comporta la cosa jutjada material — que altrament ja s’ha dit que queda fora del marc cassacional—, sinó l’abast de la disposició transitòria tercera, apartat tres, del Codi de família, que és molt semblant a la disposició transitòria tercera de la Llei de filiacions de 27 d’abril de 1991.

Amb molt d’encert l’Audiència circumscriu la cosa jutjada adduïda pel demandat al llarg de tot el procediment, als dos litigis seguits en els anys 1971 i 1974, atès que el tercer litigi seguit al voltant del tema que ara ens ocupa va deixar sense jutjar l’acció per tal com va estimar el litisconsorci passiu necessari.

La sentència que ara es combat, en efectuar l’exègesi de la disposició transitòria tercera de la Llei de filiacions catalana (de 27 d’abril de 1991) en consonància amb la disposició transitòria tercera, apartat tercer, del Codi de família, arriba a la conclusió que el litigi que ara s’analitza es basa en una norma innovadora respecte als seguits amb anterioritat, i en unes proves tampoc susceptibles de proposició i/o pràctica en aquells altres.

Per tal de combatre les consideracions de la sentència impugnada, la part recurrent diu que no es pot raonar que el segon litigi que es va presentar a l’empara de l’article quart de la Compilació catalana, suposés una acció esgrimida a l’empara d’una norma de naturalesa distinta a la que fonamenta en aquest debat l’acció, a saber, els articles 94 i següents del Codi de família.

Com a argument de suport es diu en el recurs que la filiació a Catalunya, a diferència del que succeïa a la resta de l’Estat, es basava en la lliure investigació de la paternitat, cosa que ha comportat que la tradició catalana s’hagi recollit en les lleis que ara regulen la filiació, i consegüentment hom no pot parlar de normes innovadores. Per altra banda en el recurs es posa en relleu que l’important no és l’acció exercida en la demanda que hauria produït la cosa jutjada, sinó la possibilitat d’exercir una acció de naturalesa idèntica a les que ara concedeix el Codi de família.

Una lectura de la sentència que s’impugna fa decaure les expectatives de la part recurrent, ja que només cal repassar l’exposició de motius de la Llei de filiacions de 27 d’abril de 1991 per deduir que estem davant d’una normativa de caràcter innovador, que s’alça

enfrent de l'escassetat reguladora de la Compilació pel que fa a la matèria de filiació, a la qual només dedicava dos articles.

En l'esmentada exposició de motius hom parla d'una regulació autònoma i actualitzada de la filiació en el dret català, cosa que suposa el reconeixement (que de forma expressa conté l'exposició de motius) que la regulació fins a aquell moment no era autosuficient. Aquesta circumstància, unida al reconeixement del principi fonamental del *favor filii*, ja demostra el caràcter innovador de la norma, a què també de forma expressa fa al·lusió la llei en parlar de "nou règim". Per tant, l'exposició de motius que atorga a l'interpret la possibilitat d'una lectura autèntica condueix sense dubtes a proclamar la naturalesa distinta de la normativa recollida en la Llei de filiacions (molt semblant a la del Codi de família) per contraposició a la vigent fins al moment.

Aquesta circumstància no impedeix, però, reconèixer que en matèria de filiació, a Catalunya no ha calgut fer una fractura temporal en la normativa vigent de forma que no és distingible un abans i un després de la Constitució, cosa que sí ha succeït en el dret regulador de la filiació del Codi civil.

Però per si les anteriors consideracions no fossin suficients (que ho són, a l'entendre d'aquesta Sala), l'Audiència encara fa esment del fet que en l'època en què se seguiren els judicis que avui podrien produir cosa jutjada, no existia la prova biològica amb les característiques de què ara gaudeix, atès que, com és sabut, els avenços tecnològics permeten que la determinació de la paternitat per mitjà d'aquestes proves sigui pràcticament irrefutable. I aquesta afirmació, l'enllaça l'Audiència amb "la prova només admissible a l'empara de la nova llei", a què fa referència l'esmentada disposició transitòria del Codi de família.

Aquesta Sala ha de compartir també aquest darrer raonament de l'Audiència, però es escaient encara afegir, de forma sintètica, el següent:

a) El primer litigi que se seguí contra el senyor Francisco-Javier F. S. es basà en la possessió d'estat en favor del menor (en aquella època) Sergio, pel fet que l'article 135 del Codi civil vigent en aquells moments tenia una redacció absolutament contrària a la lliure investigació de la paternitat. És procedent fer memòria de la redacció d'aquell precepte anterior a la Constitució espanyola: "el padre está obligado a reconocer el hijo natural en los casos siguientes: 1. Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad. 2. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. En los casos de violación, estupro o rapto se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole".

Resultaria absolutament desencertat dir que la norma en què s'empara ara la petició de paternitat no és absolutament innovadora en relació amb la que va emparar la primera demanda presentada contra el recurrent.

b) Pel que fa al segon litigi presentat contra el senyor F., la resolució dictada estimà la cosa jutjada; per tant, no entrà en el fons del litigi, i consegüentment la qüestió de la suposada paternitat va quedar sense jutjar. Així doncs, no es pot parlar de la possibilitat de plantejar una acció similar a la reconeguda en la Llei de filiacions o en el Codi de família, si el jutjat ni tan sols va entrar en el debat per tal com es va abstenir d'entrar en el fons de l'assumpte.

Davant de les anteriors consideracions, que complementen les de la sentència que es recorre, es revela la manca absoluta de raó del tercer motiu del recurs.

A la circumstància anterior hi podem afegir que en la Sentència de 13 de març de 1975 que estimà la cosa jutjada es raonà en el següent sentit: “los oportunos análisis médicos a practicar por los facultativos que se designaren, su dictamen al menor en la situación actual de los avances científicos, solamente ofrece una prueba convincente del carácter negativo, pero nunca pueden ser para decidir por sí mismos la paternidad de una determinada persona”. D’aquesta argumentació es desprèn sense dubtes que la prova biològica amb la garantia que es practica en el moment actual poc té a veure amb les proves de la mateixa naturalesa que hom podia practicar l’any 1975, cosa que fa encara més ostensible la tesi mantinguda per l’Audiència.

**Tercer.** En el quart motiu de recurs, la part recurrent invoca infracció de la doctrina jurisprudencial que assenyala que la lliure investigació de la paternitat forma part de la tradició jurídica catalana.

A redós d’aquesta afirmació raona el recurrent que la sentència de l’Audiència parteix de la consideració que els articles 93, següents i concordants del Codi de família que regulen la filiació i també la Llei anterior de filiacions, suposen un dret nou, cosa que comporta, segons criteri del recurrent, la negació del fet que el principi de lliure investigació de la paternitat suposava tradició jurídica catalana.

L’argument emprat no és gens menyspreable, però comporta una conclusió perversa. La interpretació que fa el recurrent de la disposició transitòria tercera de la Llei catalana de filiacions i de la disposició transitòria tercera, apartat tercer, del Codi de família és summament restrictiva, i aquesta restricció juga en contra de la lliure investigació de la paternitat que invoca i també del principi *favor filii*, que tantes vegades esmenta.

Una cosa és quina fou la tradició jurídica catalana que òbviament regia en l’època de les demandes qüestionades, i una altra molt diferent si la demandant tenia al seu favor, en aquell moment, una norma similar a les del Codi de família actual que permetés la consecució de les seves pretensions amb el mateix vigor que li ofereixen les armes que té ara a les seves mans.

Inclinar-se per la segona de les anteriors consideracions suposa donar l’esquena a unes concepcions normatives, jurisprudencials i socials que regien a la dècada dels setanta i que sortosament no regeixen ara.

Per consegüent, ha de decaure també el quart motiu de recurs.

**Quart.** En el cinquè motiu de recurs denuncia el recurrent la infracció de la doctrina forjada pel Tribunal Suprem en les sentències de 19 de juny de 1998 i 24 d’abril de 2000, i també en la interlocutòria de 15 de juliol de 1997.

La Sentència de 19 de juny de 1998 fa referència a un supòsit en què el Tribunal estima que concorre l’excepció de cosa jutjada, però el cas, si bé té algunes similituds amb el que aquí es ventila, presenta uns trets característics que impedeixen fer extensiva la doctrina al·ludida al cas que ara es tracta. A aquest fet hi escau afegir que, com és sobradament conegut, una sola sentència no suposa jurisprudència, per la qual cosa la invocació de la susdita sentència està mancada d’interès.

Per la seva banda, la Sentència de 24 d’abril de 2000 del mateix alt tribunal tracta d’un supòsit de negativa justificada a la pràctica de les proves biològiques, i des de la mateixa perspectiva anterior s’ha de posar en relleu que la doctrina seguida en aquella resolució no és extrapolable a la litis, i tampoc en aquest cas es fa una cita jurisprudencial.

Finalment, pel que fa a la interlocutòria esmentada que tracta d'una denegació de la prova biològica confirmada pel Tribunal Suprem, per estimar que no es causà indefensió, tampoc té cap interès pel tema debatut ja que no és aplicable al litigi que ara s'analitza la doctrina que es deriva de la resolució.

És d'interès en aquest moment transcriure novament, en part, els encertats raonaments de la resolució que es recorre: “La importancia y trascendencia de las pruebas biológicas en la materia que nos ocupa ha sido destacada en la propia Constitución y es también tradicional en el ordenamiento jurídico catalán tal y como ponen de relieve, entre otras, las STSJC de 22 de febrero de 1999 y 31 de enero de 2000. También el Tribunal Constitucional, en Sentencia 95/1999, ha recordado: ‘Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución española), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad’.

“No se ha acreditado la existencia de justa causa alguna que ampare la reiterada negativa del demandado a la realización de las pruebas (vid. al efecto f. 1096, 1140, 1141, 1159, 1249, 1265 de las actuaciones).

“Se le indicó incluso, pese a la inocuidad de la prueba de extracción sanguínea, que existían otras posibles fuentes para la obtención del material orgánico necesario para poder determinar el ADN, como pelos o saliva. A nada se avino el demandado aduciendo la situación de estrés que la situación le producía. De la declaración del médico personal del Sr. F. se infiere claramente que el estrés le venía ocasionado al demandado por el propio pleito y la eventual posibilidad de perderlo y tener que hacer frente finalmente a la negada paternidad, sin que, consecuentemente, la concreta práctica de la prueba pudiese como tal alterar su salud. De otra parte el estrés no le impedía viajar (f. 1153), acudir a fiestas o reuniones sociales (revistas obrantes en los autos) ni tampoco seguir trabajando (f.1232).

“Teniendo en cuenta que las pruebas biológicas permiten descartar la paternidad con certeza absoluta y establecerla con elevadísimas probabilidades, deberemos concluir con la STSJC de 31 de enero de 1999 que la investigación de la paternidad no se ha de limitar a las pruebas indiciarias cuando se cuenta con la prueba biológica; que la negativa a la práctica de la prueba revela simplemente miedo a que la verdad resplandezca de manera que no quede ninguna duda y, por último, que aunque no se trate de una *ficta confesio* sí puede dársele el valor de presunción *ex art. 1249 y 1253 del CC en su anterior redacción*”.

Amb les anteriors premisses que han esdevingut intangibles ja que en cap moment ha aduït la part recurrent manca de lògica o raó en la valoració probatòria, queda ben palesa la manca de possibilitats de reeixir del motiu de recurs, per la qual cosa és procedent també el seu rebutj.

**Cinquè.** Finalment:

a) En el sisè motiu de recurs denuncia el recurrent la infracció dels articles 1218 del Codi civil i 319 de la Llei d'enjudiciament civil de 2000, que fan referència a la prova de documents públics.

b) En el setè motiu de recurs s'addueix infracció de l'article 385 de l'esmentada LEC, que s'ocupa de les presumpcions legals.

c) En el vuitè motiu de recurs hom invoca infracció de l'article 376 de la LEC de 2000, que s'encarrega de regular la prova de testimonis.

d) I en el novè motiu de recurs el recurrent al·lega infracció de l'article 324 de la LEC, que tracta de la prova de documents privats.

Com ja s'ha dit més amunt, l'àmbit del recurs de cassació és totalment aliè al tractament de les infraccions de caràcter processal, que han d'ésser examinades per mitjà de la interposició del recurs per infracció processal, que, com molt bé diu el seu nom, queda reservat a les infraccions d'aquesta naturalesa.

L'òrbita del recurs extraordinari per infracció processal no es limita a les infraccions de les qüestions a què fa referència l'article 416 de la LEC, sinó que es circumscriu al control de les qüestions d'aquella naturalesa enteses en sentit ampli, i les denúncies més amunt formulades queden, sense dubtes, dintre aquest òrbita; per tant, no poden ésser tractades en seu de recurs de cassació.

Per consegüent s'han de rebutjar els darrers motius de cassació i confirmar la sentència impugnada en tots els seus aspectes.

**Sisè.** En virtut del que disposa l'article 398 de la Llei d'enjudiciament civil, les costes d'aquest recurs s'han d'imposar a la part recurrent.

Vistos els preceptes esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha decidit desestimar el recurs de cassació interposat per la representació processal del Sr. Francisco Javier F. S. contra la Sentència dictada per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona en data 12 de novembre de 2002, en el seu rotlle d'apel·lació núm. 141/02, i confirmar-la íntegrament, amb imposició de costes a la part recurrent.

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



782  
**INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE JULIOL DE 2003**

**Recurs de cassació: desistiment**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Carlos Testor Ibars, en nom i representació de la Sra. Cristina B. P., va interposar recurs de cassació contra la Sentència de data 26 de gener de 2003 dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el procediment 287/02.

**Segon.** Per escrit de data 12 de juny de 2003, el mateix procurador va manifestar que desistien de la prossecució d'aquest recurs i en va sol·licitar l'arxivament. Amb data 16 de juliol va comparèixer i va ratificar l'escrit esmentat.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**RAONAMENTS JURÍDICS**

**Únic.** D'acord amb el que preveu l'article 450 de la Llei d'enjudiciament civil, en qual-sevol moment la part pot desistir del recurs que hagi plantejat; per aquest motiu, escau tenir-la per desistida i apartada del recurs de cassació interposat al seu dia.

Vistos els preceptes legals i la resta d'aplicació general,

**PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha dit que té per desistida i apartada la Sra. Cristina B. P. del recurs de cassació interposat contra la Sentència dictada en data 26 de gener de 2003 per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, i s'han d'arxivar les actuacions presents un cop s'hagi notificat aquesta resolució. Trameteu testimoniatge d'aquesta resolució a l'esmentada Secció de l'Audiència Provincial als efectes legals oportuns.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE JULIOL DE 2003****Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antonio Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Dada cuenta; presentados los anteriores escritos de los procuradores Sr. Lluch Roca y Toll Alfonso, únanse a las presentes actuaciones; se tienen por efectuadas las manifestaciones contenidas en los mismos, y

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La representación procesal de la Sra. Montserrat P. M. interpuso recurso de casación contra la Sentencia de fecha 17 de enero de 2003 dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación 32/02.

**Segundo.** Por providencia de fecha 16 de junio de 2003 se dio traslado a las partes por término de diez días sobre la posible falta de competencia de este Tribunal. Las partes efectuaron las alegaciones que consideraron oportunas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**Único.** Tal como se advertía en el proveído de fecha 16 de junio pasado, el presente recurso se preparó ante la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona alegándose en el escrito la posible vulneración de los arts. 92 a 96, 103.2, 158 y 159 del Código civil y los arts. 39 y 47 de la Constitución española. Siendo ello así, la propia Sección hubiera de haber remitido los autos al Tribunal Supremo, competente *ratione materiae*; no es dable variar en la interposición del recurso el título impugnatorio.

A mayor abundamiento, el recurrente cita como doctrina jurisprudencial contradictoria la del Tribunal Supremo, sin mención a esta Sala del Tribunal Superior de Justícia de la inexistencia de doctrina de este tribunal.

En consecuencia, debe declararse la incompetencia de la Sala y actuar conforme dispone el segundo inciso del párrafo primero del art. 484 de la LEC.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido declarar la incompetencia de esta Sala para conocer del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Sra. Montserrat P. M. contra la Sentencia de fecha 17 de enero de 2003 dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación 32/02, y acuerda la remisión de las actuaciones, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

**INTERLOCUTÒRIA DE 28 DE JULIOL DE 2003****Demanda de responsabilitat civil contra jutges i magistrats: determinació de l'organisme jurisdiccional competent**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** El procurador Sr. Juan Dalmau Piza, en nom i representació de la Sra. Tatiana O., va interposar demanda de responsabilitat civil contra el Sr. Joan Francesc Uria Martínez i el Sr. Adolfo Fernández Oubiña.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** Segons resulta dels fonaments de dret de la demanda sobre responsabilitat civil adreçada contra els Il·lms. Srs. Magistrats Joan Francesc Uria Martínez i Adolf Fernández Oubiña, titulars dels jutjats d'instrucció números 23 i 14 de Barcelona, l'organisme jurisdiccional destinatari de la demanda era l'Audiència Provincial de Barcelona i hem de suposar que, per error, la demanda es va presentar davant d'aquesta Sala mancada de competència objectiva per a conèixer-ne, segons resulta de l'article 73.2.b de la Llei orgànica del poder judicial.

En conseqüència, escau remetre les actuacions a la secció civil de l'Audiència Provincial de Barcelona a què correspongui segons les normes de repartiment, per tal que decideixi amb llibertat de criteri sobre la seva pròpia competència l'admissió d'aquesta demanda sobre responsabilitat civil.

D'acord amb els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

**PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit decretar la seva incompetència objectiva per a conèixer de la demanda de responsabilitat civil adreçada contra els Il·lms. Srs. Joan Francesc Uria Martínez i Adolf

Fernández Oubiña i remetre les actuacions a la secció civil de l'Audiència Provincial de Barcelona que correspongui segons les seves normes de repartiment.

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

**INTERLOCUTÒRIA D'1 DE SETEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: improcedència quan el recurs es fonamenta en preceptes que en tot cas podrien fer viable el recurs extraordinari per infracció processal. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal i Andreu

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

S'ha escoltat el magistrat ponent; i,

**FETS**

**Únic.** Amb data 4 d'abril de 2003 la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida va dictar interlocutòria que en la seva part dispositiva deia: "La Sala acuerda, denegar la preparación del recurso de casación por la representación procesal de D. Isidro C. P. contra la Sentencia dictada por esta Sala en fecha 12 de marzo de 2003".

Contra l'esmentada interlocutòria la procuradora Sra. Natàlia Puigdemasa Domènec, en nom i representació del Sr. Isidro C. P., va interposar recurs de reposició a conseqüència del qual l'Audiència dictà nova interlocutòria, amb una part decisòria del tenor següent: "Desestimamos el recurso de reposición interpuesto por la representación procesal de D. Isidro C. P. contra el Auto de fecha 4 de abril de 2003, imponiendo las costas a la parte recurrente".

Contra aquesta darrera interlocutòria el Sr. Francisco Lucas Rubio Ortega, procurador dels tribunals en nom i representació del Sr. Isidro C. P. va interposar recurs de queixa.

És ponent la magistrada de la Sala Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** En el recurs de queixa presentat contra la interlocutòria de l'Audiència Provincial que rebutja tenir per preparat el recurs de cassació pretès per la recurrent, es deixa constància del fet que el susdit recurs es desgranava en cinc diferents motius:

a) En el primer, en el qual s'adduïa infracció dels articles 316.2n, 326.2n i 376 de la Llei d'enjudiciament civil i oposició a doctrina reiterada del Tribunal Suprem que posa en relleu

que la valoració de la prova és funció del jutge de primera instància, es feia expressa cita de diverses sentències de l'esmentat T.S.

b) En el segon s'al·legava infracció de l'article 257 de la Compilació del dret civil especial de Catalunya de 1960 i contradicció de doctrina consolidada del Tribunal Suprem i del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya sobre acceptació tàcita de l'herència.

c) En el tercer es denunciava infracció de l'article 1281 del Codi civil i oposició a doctrina del Tribunal Suprem que disposa que la interpretació dels negocis jurídics és funció del jutge de primera instància.

d) En el quart s'esgrimia infracció de l'article 434 del Codi civil i contradicció a la doctrina del Tribunal Suprem que tracta la presumpció de bona fe.

e) En el cinquè i darrer s'al·legava vulneració de l'article 394.1 de la Llei d'enjudiciament civil i contradicció amb la doctrina del Tribunal Suprem sobre imposició de costes.

**Segon.** Escau ara, doncs, analitzar cadascun dels motius enumerats per tal de detectar si algun d'ells pot conduir a l'estimació d'aquest recurs de queixa i, consegüentment, a l'admissió de la cassació pretesa.

Pel que fa al primer motiu, vulnera totalment la doctrina d'aquesta Sala que determina que les infraccions de llei processals queden fora del marge de la cassació.

Aquesta doctrina ha especificat reiterada i clarament que les qüestions de caràcter processal són alienes al recurs de cassació que es circumscriu a les infraccions d'indole substantiva, de manera que l'antiga distinció derivada de la Llei d'enjudiciament civil de 1881 entre vicis *in procedendo* i vicis *in indicando* ha quedat superada.

Per les anteriors consideracions és clar que el recurs de queixa no pot ser acollit pel que fa al primer motiu del recurs de cassació preparat.

**Tercer.** El segon motiu de recurs, que gira al voltant de l'acceptació tàcita de l'herència, tampoc obre el marc cassacional ja que el recurrent negligeix concretar en quin sentit la sentència de l'Audiència contradiu la jurisprudència que cita. I el cert és que en fase de preparació no es pot obviar aquesta concreció que suposa precisament determinar l'interès cassacional que s'invoca.

Per les mateixes consideracions s'ha de rebutjar el tercer motiu de recurs, que tampoc determina l'interès cassacional ja que solament fa invocació d'una norma interpretativa que suposadament hauria infringit la sentència de l'Audiència.

En el mateix error incideix el quart motiu, que s'empara en una pretesa oposició a doctrina del Tribunal Suprem que tracta sobre la presumpció de bona fe invocant solament una sentència de l'esmentat Tribunal, defecte tampoc esmenable.

Finalment, en el darrer motiu de recurs, s'al·lega infracció de la doctrina del Tribunal Suprem en matèria de costes, cosa que comporta, com s'ha dit, que s'hauria de denunciar per la via del recurs extraordinari per infracció processal i, per tant, impedeix accedir al recurs de cassació.

Per consegüent escau el rebuig del recurs de queixa i la confirmació de la interlocutòria dictada per l'Audiència.

Vistos els preceptes esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de queixa interposat pel procurador Sr. Francisco Lucas Rubio Ortega, en nom i representació d'Isidro C. P., i confirmar en la seva integritat la Interlocutòria de l'Audiència dictada el 9 de maig de 2003, amb expressa imposició de costes al recurrent .

Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs.

Ho acorda la Sala i ho signen els seus integrants. En dono fe.



786  
**INTERLOCUTORIA DE 4 DE SETEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no ademetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: desestimació de la queixa**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados:

Ilmo. Sr. Ponç Feliu Llansa

Ilmo. Sr. Lluís Puig Ferriol

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.** La procuradora de los tribunales Sra. Cristina Borràs Mollar presentó en la oficina de reparto de la Audiencia Provincial de Barcelona, en nombre y representación de la Sra. Inmaculada C. C., un recurso de queja contra el Auto de 3 de julio de 2003, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, en su rollo núm. 1151/02-R, el cual desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 19 de mayo de 2003, rectificado por el de 11 de junio de 2003, que deniega la preparación del recurso de casación contra la Sentencia de 10 de abril de 2003. Se formó el rollo correspondiente.

En fecha 24 de julio de 2003 se dictó una providencia en la cual se designaba el Tribunal.

Actúa como ponente el magistrado de la Sala Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Único.** Ante la claridad y contundencia del Auto de fecha 19 de mayo pasado, dictado por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, ninguna argumentación fáctica o jurídica contiene el presente recurso de queja que permita alterar la solidez de los argumentos denegatorios del acceso a la casación; antes bien, la parte recurrente admite que, en la preparación del recurso, cita una sentencia de este Tribunal Superior de Justicia, lo que, con evidencia, no constituye “doctrina jurisprudencial”, y enumera disposiciones del Código civil supuestamente infringidas, lo que no conduce a la competencia material de esta Sala (*vide*, en conjunto, art. 477.2, último párrafo); todo lo cual se suma a la inconcreción —denunciada por el Tribunal de instancia— respecto al cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerado el derecho civil propio de Cataluña o la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior.

Razones, las anteriores, que inexorablemente convocan a la desestimación del recurso de queja interpuesto.

Por lo expuesto,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Debemos desestimar como desestimamos el recurso de queja presentado por la procuradora de los tribunales Dña. Cristina Borràs Mollar, en nombre y representación procesal de D<sup>a</sup>. Inmaculada C. C., contra el Auto de fecha 3 de julio de 2003 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 19 de junio de 2003, rectificado por el de 11 de junio de 2003, que denegaba la preparación del recurso de casación contra la Sentencia de 10 de abril de 2003 dictada por la Sección 12<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación 1151/02-R.

Notifíquese la presente a las partes personadas y remítase testimonio de la misma a la indicada Sección de la Audiencia.

Así por esta lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**SENTÈNCIA DE 18 DE SETEMBRE DE 2003***Joan R.R.. i una altra / Margarida V.D.*

**Constitució del dret real de servitud per signe aparent: la seva vigència en el dret civil de Catalunya. Constitució del dret real de servitud per signe aparent segons el dret romà i el *ius commune*. Tradició jurídica catalana. Interpretació del dret civil català: determinació dels seus criteris interpretatius. Diferències entre llacunes legislatives i conjunts buits. Recurs de cassació: qüestions noves en el recurs:**

Presidenta

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha vist el recurs extraordinari de cassació interposat per la representació de Maria Àngels N. S. i Joan R. R., contra la Sentència de 23 de gener de 2003 pronunciada per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en resoldre el recurs d'apel·lació formulat per la Sra. Maria Àngels N. S. i Joan R. R. contra la dictada el 10 de maig de 2002 pel Jutjat de 1a Instància núm. 6 de Mataró en el judici declaratiu ordinari núm. 456/2001, en exercici d'una acció reivindicativa respecte de la finca urbana situada a Mataró, c. XXX, núm. XX. La part recurrent ha estat representada davant d'aquest Tribunal per la procuradora Sra. Araceli García Gómez i defensada pel lletrat Sr. José M<sup>a</sup> Pou de Avilés. L'altre part recurrent ha estat representada pel procurador Sr. Manuel Martí Fonollosa i dirigida per l'advocat Sr. Antonio Sánchez Malagón.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En data 10 de maig de 2002, el Jutjat de 1a Instància i Instrucció núm. 6 de Mataró va dictar una Sentència en les actuacions de judici declaratiu ordinari núm. 456/2001, la qual declarava: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Javier González, en nombre y representación de D. Joan R. R. y Dña. M. Àngels N. S., contra D<sup>a</sup>. Margarita V. D., absolviendo a ésta de los pedimentos contra ella formulados; imponiendo a la parte actora el pago de las costas procesales causadas.

**Segon.** No conforme amb aquella resolució, la representació de la Sra M. Àngels N. S. i el Sr. Joan R. R. va interposar un recurs d'apel·lació davant la Secció 16a. de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual, en data 23 de gener de 2003, va dictar la seva Sentència desestimant el recurs d'apel·lació i confirmant íntegrament la sentència apel·lada.

**Tercer.** Disconforme aquest amb la Sentència esmentada, va interposar contra ella un recurs extraordinari de cassació, el qual ha estat tramitat d'acord amb la llei. Atès que cap de les parts litigants no havia sol·licitat la celebració de vista, es va senyalar dia per a la votació, que va tenir lloc el 10 de juliol de 2003.

Actua com a ponent la magistrada Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

### FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Per tal de facilitar la comprensió del tema debatut, aquest Tribunal considera d'interès la fixació dels següents antecedents de caràcter fàctic:

a) La demanda que originà aquest litigi fou presentada pel senyor Joan R. R. i la senyora Maria Àngels N. S. contra la senyora Margarita V. D. en “ejercicio de acción reivindicatoria respecto a la finca: urbana sita en Mataró, calle XXX, nº XX (...) solicitando que la finca que se describirá, pertenece en propiedad y libre de cargas a mis representados “ (*sic*).

b) En la demanda s'afirmava que els agents eren propietaris de la finca urbana del carrer XXX, número XX, de Mataró, i que la demandada senyora Margarita V. D. era propietària de la finca del carrer YYY, número YY, de la mateixa localitat, que és contigua a la dels agents.

c) També es deia en la demanda que la finca de la demandada envaïa en part la dels demandants en virtut de la construcció d'una terrassa i una escala que hi donava accés, sense que la susdita invasió estigués emparada en un dret de servitud.

d) D'acord amb les anteriors afirmacions, en la demanda se suplicava a l'òrgan judicial que ordenés l'enderroc de la part de terrassa que envaeix el vol de la finca dels agents i tanqués la dita terrassa amb una paret de dos metres d'alçada.

e) La sentència dictada en primera instància desestimà en la seva totalitat la demanda principal, fet que provocà la interposició d'un recurs d'apel·lació que fou també rebutjat per mor de la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona, secció XVI, que d'igual manera desestimà els interessos dels apel·lants.

f) L'esmentada Sentència dictada en primera instància afirmà l'aplicabilitat de l'article 541 del Codi civil a Catalunya i declarà que “habrá que examinar si concurren en el supuesto de autos los requisitos que en él se establecen para la constitución de la servidumbre y que, conforme a reiterada jurisprudencia (SSTS 7 de julio 1983, 13 de mayo de 1986) vienen representados por los siguientes: a) la existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario; b) un estado de hecho del que resulte, por signos visibles y evidentes, que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que uno cambiara de titularidad dominical; c) que persista en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de las fincas; d) que la escritura no exprese nada en contra de la pervivencia del expresado derecho real (...). De las copias, no impugnadas, de la inscripción registral (...) se desprende que la demandada la adquirió a título de herencia, procediendo a segregar de la misma una porción mediante escritura pública otorgada en fecha 26 de octubre de 1973, formando la registral Nº 28800. Que mediante escritura pública otorgada en fecha 25 de marzo de 1974, Doña Margarita vende a Subirà y Compañía, SA, la registral 8879, quien, a su vez, la vende a los actores mediante escritura de 28 de junio de 1988 (...). El signo aparente de servidumbre viene constituido por la propia configuración y destino de las fincas, siendo apreciable desde el exterior como resulta de las fotografías incorporadas a las actuaciones (...). Existen en las

actuaciones elementos suficientes para afirmar que la construcción data de una fecha anterior a los cuarenta años”.

g) La sentència de l'Audiència Provincial que és objecte de recurs ratificà íntegrament tant les conclusions fàctiques de la dictada en primera instància com les argumentacions jurídiques de la dita resolució, que conclou en el sentit d'afirmar l'aplicació a Catalunya del que disposa l'article 541 del Codi civil.

**Segon.** Contra la Sentència de l'Audiència Provincial, que com s'ha dit s'inclinà per l'aplicabilitat a Catalunya de l'esmentat article 541 del CC, s'alcen els demandants, que a l'empara de l'article 477 de la Llei d'enjudiciament civil addueixen, com a primer motiu de recurs, “infracción por aplicación indebida del art. 541 del Código civil”.

Correspon, doncs, a aquesta Sala abordar un tema sobre el qual la doctrina i la jurisprudència no han mantingut tradicionalment un criteri pacífic, sinó ben al contrari; durant un llarg període, tant el Tribunal Suprem, com les desaparegudes audiències territorials, com, finalment, les audiències provincials han defensat tesis moltes vegades contradictòries.

El *thema decidendi* es presenta complex pel fet que ambdues postures, la que s'inclina per l'aplicació a Catalunya de l'article 541 del CC, i, per tant, en favor de l'adquisició d'una servitud per destinació del *pater familiae*, i la contrària, que rebutja l'anterior possibilitat, han estat mantingudes sobre la base de diferents elements jurídics que els han donat suport .

Es tracta de determinar l'aplicació d'un precepte del dret civil espanyol a Catalunya en període de vigència de la Compilació; per tant és d'interès fer ressaltar el que predicava l'article 1.2 de la CDCC abans de la reforma de 1984: “Per tal d'interpretar els preceptes d'aquesta Compilació hom prendrà en consideració la tradició jurídica catalana, encarnada en les antigues lleis, els costums i doctrina de la qual deriven”.

En el supòsit debatut es tractaria d'integrar, si fos el cas, l'ordenament català amb una norma que regeix en dret civil estatal, i arribats a aquest punt, la Sala considera d'interès fer expressa referència a la distinció establerta per autoritzada doctrina entre llacunes jurídiques i conjunts buits; en el primer supòsit es tracta de la manca de resposta jurídica en la llei enfront de determinades situacions fàctiques que es presenten. En el segon cas es tracta d'unes concretes situacions que no estan regulades, ni previstes, ni desaprovades, ni permeses per la llei: és a dir que a la dita llei no li interessa una determinada institució que pot estar regulada en un altre ordenament jurídic distint; en aquest darrer cas no és factible la integració a través d'un ordenament extern, pel fet que això suposaria infringir la voluntat del legislador. Les anteriors consideracions comporten la necessitat d'indagar quina fou la voluntat del legislador: si deixar de banda la servitud per destinació del pare de família per considerar-la estranya al dret civil català o, al contrari, no regular la institució, però permetre la integració de la norma amb l'aplicació supletòria del dret civil espanyol.

En compliment del mandat contingut en el transcrit article 1.2 de la Compilació escau analitzar la postura mantinguda sobre això per les “antigues lleis” i per la doctrina, indagar en la jurisprudència i, de forma especialment rellevant, cercar el sentit de la tradició jurídica catalana.

Així, és d'interès dir que posa en relleu autoritzada doctrina, en un tractat sobre servituds en el qual s'abordà de forma difícilment superable l'estudi d'aquests drets reals, que les anomenades *servituts per destinació del pare de família* no eren admeses en el dret romà.

Diu aquella doctrina (ho esgrimeix com a simple hipòtesi) que es podria trobar algun antecedent en la pràctica posterior a Justinià. El *pater familiae*, en executar la divisió *inter liberos*, afegia una clàusula en virtut de la qual els predis s'assignaven amb la situació fiduciària existent.

Però la major part dels autors reconeixen que les servituds per raó de destinació o signe aparent foren creades per la Glosa; va ésser Bartolo el que en matèria urbana fixà el principi de què es deriva el dret que ara s'estudia.

Les codificacions que acolliren sense dubtes la institució foren les de tarannà napoleònic, que la conegueren ja com a servitud per destinació del pare de família. Aquesta idea és molt freqüent en les fonts i textos francesos que parlen "d'usar com ho feia el pare de família" o en "la mesura que n'hagués gaudit el pare de família".

En aquest sentit, la doctrina, en la cerca dels antecedents del dret francès pel que fa a la institució que ara ens ocupa, ens remet als costums de París i d'Orleans (art. 216, 227 i 228, respectivament), en què el propietari havia de manifestar expressament l'existència d'eventuals servituds. Magrat tot, hi havia una excepció a aquesta necessitat: les servituds necessàries o aparents, així com les procedents d'obres incorporades al predi servent; és aquesta la primera via per la qual s'instaura legalment la servitud de destinació.

La susdita doctrina s'obre camí no sense oposició pel fet que, segons ha dit autoritzada doctrina a la qual es feia al·lusió més amunt, sembla excessiu que es transformin en servituds aquelles situacions de fet que es deriven solament, moltes vegades, d'una decisió del propietari no meditada i que obeeix només a raons pràctiques o de comoditat.

La institució fou recollida, com s'ha dit, en nombrosos codis d'inspiració francesa, malgrat que, segons la doctrina que ara es comenta, l'esfera d'aplicació de la institució resulta massa àmplia i condueix a resultats absolutament aberrants; suposa condemnar els predis a la inamovibilitat més absoluta, ja que potser el canvi en un camí o en una riera o en una finestra podria conduir a violentar una servitud constituïda per la destinació. S'afirmà també que la institució no és més que una trampa que la llei inconscientment prepara a les parts, les quals, pel sol fet de la separació entre predis, esdevenen propietàries de finques amb nombroses i inimaginables servituds que equivalen a múltiples destinacions portades a terme pel seu propietari.

En el Codi civil espanyol, com és sabut, la institució es recull en l'article 541, i el litigi que ha plantejat el debat que ara s'analitza gira, doncs, al voltant de l'aplicabilitat de l'esmentat article, en la Comunitat Autònoma de Catalunya, en concret, en el període anterior a la vigència de la Llei 13/1990, que com veurem rebutja sense embuts la institució.

La raó d'ésser de l'article 541 en el Codi civil espanyol l'hem de trobar en el projecte de García Goyena, copiat literalment del Codi civil francès.

En relació amb això és escaient parlar del sistema legislatiu català, que òbviament és fruit de l'estudi de la tradició jurídica, i en aquesta tradició jurídica s'observa que la constitució d'una servitud ha rebut de sempre un tractament restrictiu. Escau posar en relleu que aquest caràcter restrictiu es reflecteix en l'article 283 de la Compilació catalana, que impedeix la constitució per usucapió, ni tant sols immemorial, d'una sèrie de servituds que esmenta expressament; també s'endevina en l'article 342 de l'avantddita Compilació, que determina que la usucapió del domini i altres drets reals sobre béns immobles, incloses les servituds, es produirà per virtut de la possessió en concepte de *dominus* pel temps de trenta anys sense necessitat de just títol ni de bona fe.

**Tercer.** Certament que la Compilació catalana de 1960, en la disposició final segona, diu: “En el que no estigui previst en la Compilació regiran els preceptes del Codi civil que no s’oposin a ella i les fonts jurídiques d’aplicació general”.

Però escau posar en relleu que aquesta disposició no pot ésser interpretada de forma que violenti l’esmentada tradició jurídica. Aquest criteri ja el va tenir en compte el segon Congrés Jurídic Català de l’any 1971, i és suficient en aquest moment recordar les conclusions de la seva secció primera, en concret la XIII, a saber: “ La Compilació no ha d’ésser pas interpretada d’una manera literal, ni tant sols estrictament; al contrari, cal que la interpretació es faci valent-se de tots els recursos de l’hermenèutica, incloent-hi l’analogia i ajustant-se a criteris històrics i d’equitat. També és procedent citar la XVI: “El Codi civil espanyol i les normes jurídiques generals regiran com a dret supletori quan la Compilació s’hi remeti expressament, o tàcitament, i també quan, encara que no hi hagués remissió, aquelles normes no s’oposessin, en la lletra ni en l’esperit, a la Compilació , als Costums catalans ni als principis generals del dret compilat.”

La tradició jurídica de què ara es tracta ha begut directament de les fonts romanistes , i s’ha de dir que en dret romà es coneixien tres formes distintes d’adquisició de les servituds: per estipulació o pacte (*pactionibus atque stipulationibus*), per testament (Instituta, llibre II, títol III *de servitutibus praediorum*) i per prescripció (Llei 12, final, llibre VII, títol XXXIV, *de praescriptione longi temporis*). Ja s’ha dit més amunt que les servituds per raó de destinació eren desconegudes en el dret romà clàssic.

També és d’interès destacar que ni el projecte d’apèndix Duran i Bas, ni el projecte d’apèndix de 1930 ni tampoc el projecte de compilació contenien cap referència a cap norma similar al 541. En tot el procés d’elaboració de la Compilació ni s’endevina una idea similar, atès que el dret català té una normativa completa i diferenciada en matèria de servituds que es regeix per uns principis completament oposats a la constitució tàcita o presumpta d’aquestes.

La importància dels textos preparatoris de l’actual Compilació per tal d’interpretar-la és destacada pel mateix Tribunal Suprem en diverses sentències, de les quals podem citar *ad exemplum* la de 25 de març de 1964.

S’ha remarcat ja que la tradició jurídica té una transcendència notable, i la té també en la regulació posterior a la Compilació; per això interessa la Llei reguladora de les immissions, servituds i relacions de veïnatge (13/1990), que en l’article 11 disposa que l’adquisició de les servituds per usucapió té lloc mitjançant la possessió pública, pacífica i ininterrompuda, en concepte de titular del dret de servitud, per un període de trenta anys.

Però, òbviament, d’aquesta llei encara n’és més revelador l’article 7, que diu, pel que ara interessa: “L’existència d’ un signe aparent de servitud entre dues finques pertanyents a un únic propietari no es considera, si se’n transmet una, títol suficient perquè la servitud continuï, si en l’acte d’alienació no es disposa així”.

És a dir que la Llei catalana 13/1990 ha fet una clara opció en contra de l’aplicació a Catalunya de la servitud de què ara es tracta, i aquesta opció del legislador català té en compte els antecedents històrics i legislatius d’aquesta Comunitat Autònoma, que conformen en part la tan invocada tradició jurídica. En aquest moment interessa remarcar que els autors de l’avantprojecte de la Llei 13/1990 varen considerar totalment aliè al dret civil català el contingut de l’article 541 del Codi civil , motiu pel qual en fou rebutjada la inclusió en el text legal.

L’anterior consideració es desprèn del Dictamen 19/1989 de la Comissió Jurídica Assessora esgrimit en relació amb l’esmentada Llei. En aquest dictamen la Comissió parla

de la tècnica de la Llei 13/1990 que comporta la necessitat de: “regular les especialitats del nostre dret, especialitats que poden consistir perfectament en una regulació actual posada al dia de situacions velles i noves i a neutralitzar les disposicions del Codi civil que s’entengui que no formen part del nostre dret”.

És més, procedent encara afegir que la Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d’adquisició voluntària o preferent, s’inclina per un règim totalment restrictiu pel que afecta la constitució del dret de servitud; des d’aquesta perspectiva, l’article 7 de l’esmentada norma diu, en el seu apartat quart: “cap servitud pot adquirir-se per usucapió”. En canvi, l’article vuitè estableix la possibilitat de servitud sobre finca pròpia, modalitat que també era molt discutida per la doctrina, però, no gensmenys, disposa que “en cas d’alienació de qualsevol de les finques, dominant i servent, la servitud sobre finca pròpia publicada únicament per l’existència d’un signe extern, només subsisteix si s’estableix expressament en l’acte d’alienació”.

Per tant, analitzats els antecedents històrics del dret català i el període posterior al dictat de la Compilació, que s’inspira forçosament en aquells antecedents, suposaria una incoherència en el nostre sistema legislatiu admetre en el lapse temporal anterior a la vigència de la Llei 13/1990 la servitud per destinació del pare de família, ja que no seria justificable que en l’únic període en què no hi ha una regulació expressa, els operadors jurídics optessin per una integració de la qual es derivés la vigència d’una institució que no s’infereix dels antecedents jurídics ni s’ajusta a la regulació escrita immediatament posterior.

A més, l’acceptació en el període concretat, en què manca regulació expressa, de la servitud per destinació del *pater familiae* comportaria acceptar que en la matèria de què es tracta hi ha hagut una fractura legislativa abismal, pel fet que una regulació que acceptaria la constitució de servituds pel sol fet que el propietari d’un predi el posseïa d’una determinada forma que no feu desaparèixer amb anterioritat a la divisió, seria substituïda, sense solució de continuïtat, per una altra, la Llei 13/1990, que rebutja la institució sense dubtes, i més tard per la Llei 22/2001, que fa desaparèixer fins i tot la possibilitat de servituds nascudes per usucapió.

Les anteriors consideracions no impedeixen posar en relleu que la Sala és coneixedora de la jurisprudència del Tribunal Suprem forjada al voltant del tema de què ara es tracta: l’aplicabilitat a Catalunya (en el període anterior a la Llei 13/90) de l’article 541 del Codi civil. I, certament, aquesta jurisprudència de forma majoritària s’inclinava en favor d’aquesta possibilitat; només escau fer esment de les sentències de 10 de desembre de 1976, de 20 d’octubre de 1980 o de 21 de novembre de 1985, que l’admeten implícitament. Per la seva banda, la Sentència de 31 de gener de 1990 fa una declaració expressa en favor de l’esmentada aplicabilitat. Quant a les resolucions de l’anterior Audiència Territorial de Barcelona o de les actuals audiències provincials, s’ha de reconèixer que hi ha doctrina contradictòria al voltant del *thema decidendi*, com també hi ha parers oposats en la doctrina dels autors, però cal reconèixer que en el període més proper a la regulació expressa del tema debatut, la doctrina s’inclina de forma majoritària per excloure la institució reconeguda en el Codi civil de la normativa catalana.

**Quart.** Les anteriors argumentacions condueixen, sense dubte, a pronunciar-se en contra de l’aplicació a Catalunya de l’esmentat article 541 del CC en el període qüestionat, cosa que suposa seguir una tesi oposada a la mantinguda per la sentència contra la qual es recorre, que consegüentment ha d’ésser revocada, amb expressa estimació del recurs de cassació interposat i òbviament de la demanda.



**Cinquè.** Arribats en aquest moment, és procedent posar en relleu que els dos motius d'oposició tractats en l'escrit d'impugnació al recurs de cassació sota la rúbrica de "primera cuestión previa" i "segunda cuestión previa", no poden reeixir pel fet que les consideracions qüestionades que sobre això es fan en la sentència de l'Audiència han d'ésser compartides per aquest Tribunal. Escauria només insistir, pel que fa a la denominació de les accions esgrimides en la demanda, que poca importància té el *nomen* de l'acció plantejada, quan de la mateixa demanda queda palès el que pretenen els agents, que no és altra cosa que la negació d'una pretesa servitud; és a dir, en la demanda s'exerceix una acció negatòria.

**Sisè.** Pel que fa a les costes causades en el present litigi, s'ha d'aplicar el que disposen els articles 394 i 398 de la Llei d'enjudiciament civil, i atès que el *thema decidendi*, com es desprèn de les anteriors argumentacions, presentava seriosos dubtes de dret, no escau fer condemna en costes ni en primera ni en segona instància, i tampoc pel que fa a aquest grau cassacional.

Per consegüent, vistos els preceptes esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix estimar el recurs de cassació interposat per la procuradora senyora Araceli García Gómez, en nom i representació de la Sra. M<sup>a</sup> Àngels N. S. i el Sr. Joan R. R., estimar la demanda per ells presentada i condemnar la demandada senyora Margarita V. D. a enderrocar de la finca de la Ronda XXX, n<sup>o</sup> XX, la part de terrassa que envaeix el dret de volada de la finca dels demandants, i a tancar la part de terrassa que confronta amb la finca dels agents amb una paret de dos metres d'alçada.

No escau fer imposició de costes processals ni pel que fa a les causades en primera i segona instància ni pel que fa a aquest grau cassacional.

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

**SENTÈNCIA DE 18 DE SETEMBRE DE 2003**  
*Comunitat de Propietaris / Carme M.G. i altres*

**Títol constitutiu de la propietat horitzontal: naturalesa jurídica. Modificació de les quotes fixades en el títol constitutiu de la propietat horitzontal: caducitat de l'acció**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació de la Sra. Carmen M. G., Sr. Luis B. F., Sr. Félix P. A., Sr. Francesc V. V., Sr. Ramón A. M. i Sr. Jaime B. F., representats davant aquest Tribunal per la procuradora Sra. Carmen Fuentes Millán i dirigits per l'advocat Sr. Alejandro Fuentes-Lojo Lastres, contra la Sentència dictada per la Secció 13a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 18 de juny de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat per la part demandada contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 9 de Barcelona el 5 d'abril de 2001, en el procediment de judici de menor quantia núm. 59/00. La Comunitat de Propietaris de l'avinguda XXX, núm. XX, aquí part recorreguda, ha estat representada en aquest Tribunal per la procuradora Sra. Mercè Pijoan Badia i dirigida per l'advocat Sr. Enrique Villanueva Piquer.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. Mercè Pijoan Badia, en nom i representació de la Comunitat de Propietaris de l'avinguda XXX, núm. XX, va formular demanda de judici de menor quantia núm. 59/00 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 9 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 5 d'abril de 2001, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por la procuradora Doña Mercè Pijoan Badia, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios avenida XXX, nº XX, de esta capital, y en consecuencia debo absolver y absuelvo a Doña Carmen M. G., Don Luis y Don Jaime B. F., Don Félix P. A., Don Francesc V. V. y Don Ramon A. M. de todos los pedimentos deducidos contra los mismos en el suplico de aquélla, con expresa imposición a la Comunidad de Propietarios demandante de las costas devengadas como consecuencia de la defensa de tales demandados frente a dicha demanda.

“De otro lado, debo estimar y estimo parcialmente (y exclusivamente en lo que respecta a la Comunidad de Propietarios contra la que se dirigía) la demanda (acumulada a estas actuaciones) formulada por la procuradora Doña Carmen Fuentes Millán, en nombre y representación de Don Félix P. A. y otros, y en consecuencia, por los motivos expresados en la precedente fundamentación jurídica, declarando nulo el acuerdo adoptado en la Junta de Propietarios de la Comunidad antes referida de fecha 14 de junio de 1999 por el que se aprobaba el presupuesto de gastos para el próximo ejercicio (1999), correspondiente al punto dos del orden del día de dicha Junta; declarando asimismo nula el acta de esta Junta de Propietarios de fecha 14 de junio de 1999; y declarando también nulos todos los acuerdos adoptados en las Juntas de Propietarios de la referida Comunidad de fechas respectivas 8 de julio y 15 de noviembre, ambas de 1999, debo condenar y condeno a la Comunidad de Propietarios de la avenida XXX, nº XX, de esta capital a estar y pasar por las anteriores declaraciones, absolviéndola de los restantes pedimentos deducidos contra ella en el suplico de dicha demanda y sin imposición de las costas devengadas a ninguna de las partes litigantes; y al mismo tiempo debo desestimar y desestimo íntegramente dicha demanda formulada en nombre y representación de Don Félix P. A. y otros en lo que respecta a los restantes codemandados frente a los que se deducía y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a Doña Conxita C. C., Doña María de los Ángeles I. C., Doña Rosa María S. L., Don Francisco Javier M. B., Doña Pilar C. O., Don Juan S. P., Doña Montserrat S. F., Don José Antonio, Doña Silvina y Don Ivan V. O., Don Julio P. B., Doña Marcelina M. R., Don José T. S., Doña María Fuencisla R. V., Doña María del Carmen G. P., Don Juan G. P., Don Manuel T. F., Doña Elisabeth M. L., Don Luis M. C., Don Vicente I. M., Doña Irene A. T., Don Gregorio F. G., Doña Pilar A. G., Don Víctor E. D. y Doña Montserrat J. G., de todos los pedimentos deducidos contra los mismos en el suplico de aquélla, con imposición a los demandantes (Sr. P. A. y otros) de las costas procesales devengadas como consecuencia de la defensa, frente a dicha demanda, de estos codemandados absueltos”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, el qual es va admetre i es va substanciar a la Secció 13a de l'Audiència Provincial de Barcelona la qual va dictar Sentència amb data 18 de juny de 2002, amb la següent part dispositiva: “Desestimem el recurs d'apel·lació interposat per Jaume Batlle Freixas contra la Sentència dictada el dia 5 d'abril de 2001 pel Jutjat de Primera Instància núm. 9 de Barcelona a les actuacions de què dimana aquest rotlle, i confirmem la resolució esmentada. Impossem les costes d'aquesta alçada a la part apel·lant”.

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, la Sra. Carmen Monclús García i altres van interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 5 de juny de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC, es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 4 de setembre de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què es varen celebrar.

Hi actua com a ponent la magistrada Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Com a antecedents d'índole fàctica que resulten d'interès per a una correcta comprensió del tema litigiós és escaient fixar els següents:

a) El gener de 2000 es va registrar d'entrada al Jutjat Degà de Barcelona una demanda presentada per la Comunitat de Propietaris de la finca de l'avinguda XXX, núm. XX, que es dirigí contra la senyora Carmen M. G. i contra els senyors Jaime B. F.s, Félix P. A., Francesc V. V. i Ramon A. M., en reclamació d'una quantitat global de 832.581 pessetes per manca de pagament de quotes i derrames causades per mor del manteniment de l'esmentada comunitat.

b) D'altra banda, el febrer del mateix any 2000, va ésser presentada una demanda davant del susdit Jutjat Degà en la qual uns quants propietaris d'elements privatis en l'immoble suara descrit es dirigien contra la comunitat de propietaris d'aquest immoble i també específicament contra tots i cadascun dels propietaris que no signaren la demanda presentada pels primers. En aquest segon litigi es pretenia la declaració de nul·litat de les quotes de participació assignades a cada una de les entitats registrals en què es divideix la finca descrita, i es sol·licitava la fixació de noves quotes que, a l'entendre dels demandants, respectarien l'article cinquè de la Llei de propietat horitzontal, el qual es considerava negligit en les quotes determinades en el títol constitutiu. En aquest litigi també s'invocava la declaració de nul·litat d'una sèrie d'acords aprovats en el si de la comunitat de què tractem en el transcurs de l'any 1999.

c) La sentència dictada en primera instància pel que fa a les quotes de participació de cada pis i local, determinades en el títol constitutiu pel primigeni propietari de l'immoble, raona que en haver estat tractada la possible alteració d'aquestes quotes en la Junta de Propietaris de 20 de setembre de 1999, els propietaris dissidents (que són els qui presentaren la demanda de què tractem) haurien d'haver impugnat l'acord dintre del termini que disposa l'article 18 de la Llei de propietat horitzontal. Malgrat aquesta consideració, el jutge de primera instància decidí que calia analitzar la possibilitat d'alterar la fixació de quotes del títol constitutiu perquè entenia que es tractava d'una acció de caràcter personal contra un negoci jurídic celebrat el 6 de març de 1968 (en què es determinaren els coeficients en escriptura pública) i modificat el 12 d'agost de 1970; però precisament per mor del transcurs d'aquest llarg període de temps, la sentència concloué que havien passat els quinze anys fixats de forma general en l'article 1964 del Codi civil per a la prescripció de les accions de caràcter personal i, en conseqüència, s'havia perdut la possibilitat d'impugnar les susdites quotes.

La mateixa sentència va declarar la nul·litat d'una sèrie d'acords adoptats per la Junta de Propietaris i, consegüentment, rebutjà la demanda esgrimida en reclamació de quantitat per la Comunitat contra diversos propietaris dels quals s'ha fet esment més amunt, pel fet que les quantitats suposadament degudes s'havien fixat en un dels acords declarats nuls.

d) Contra la sentència de primera instància es va interposar recurs d'apel·lació en el qual s'insistia en l'alteració de les quotes de participació fixades en el títol constitutiu i en la condemna individual de cadascun dels propietaris demandats. La sentència dictada per l'Audiència rebutja ambdues pretensions: la primera per considerar que en virtut del que disposa l'article 1964 del Codi civil havia prescrit la possibilitat d'analitzar l'adequació a la llei de les esmentades quotes, i la segona per raonar que és el president de la Comunitat qui representa la comunitat en judici i fora d'ell, exclouent la legitimació passiva de la resta de demandats.

En la sentència de l'Audiència es fa expressa referència al fet que l'article 344 de la Compilació del dret civil de Catalunya que recull l'usatge *Omnes Causae* i determina un període de prescripció aplicable tant a les accions d'indole personal com a les de caràcter real, no és aplicable al supòsit litigiós pel fet que aquesta prescripció, segons criteri de l'Audiència, només regeix per a les institucions del dret civil de Catalunya. D'acord amb aquesta previsió l'esmentada sentència aplica la prescripció del Codi civil i, per tant, confirma la sentència de primera instància .

**Segon.** Contra la sentència de l'Audiència s'interposà recurs de cassació a l'empara de l'article 477, tercer, tercera, de la Llei d'enjudiciament civil per entendre que el supòsit litigiós presenta interès cassacional per la circumstància que sobre l'aplicació del termini de prescripció de l'article 344 de la Compilació de dret civil de Catalunya a les accions de la naturalesa jurídica de què es tracta, i que fan referència a la impugnació de les quotes de participació fixades en el títol constitutiu de la comunitat, no hi ha doctrina d'aquest Tribunal Superior de Justícia.

El recurs de cassació fou admès pel fet que, certament, aquesta Sala no ha tingut possibilitat de pronunciar-se sobre el tema debatut. Per aquesta circumstància escau l'anàlisi dels diferents motius de recurs plantejats per la senyora Carmen M. G. i d'altres, les pretensions dels quals només han estat acollides en part per la sentència que ara s'impugna.

En el primer motiu de recurs la part recurrent invoca infracció per no-aplicació de l'article 344 de la Compilació del dret civil de Catalunya, en relació amb l'article primer, disposició final quarta, de la mateixa Compilació, que com és sabut estableix un termini prescriptiu de trenta anys tant per a les accions de naturalesa personal com per a les de caràcter real, que no tinguin assenyalat termini especial.

Considera la Sala que una premissa que no es pot negligir per tal d'una correcta decisió de la contesa que ara correspon abordar és la de determinar la naturalesa jurídica de l'acció que s'exerceix en la demanda.

Una lectura de l'esmentada demanda permet afirmar que la pretensió dels agents anava encaminada a obtenir l'alteració de les quotes fixades en el títol constitutiu de la propietat horitzontal. És escaient, per tal de posar en relleu aquesta circumstància, transcriure un breu, però revelador, paràgraf de la demanda: "Al otorgarse la escritura de división horizontal el otorgante entonces único propietario Don Rufino S. G. no se atuvo en la fijación de las cuotas de participación o coeficientes a asignar a cada uno de los pisos y locales resultantes de dicha división a lo que al respecto establece el artículo 5 de la Ley de propiedad horizontal, ya que señaló a los pisos de los demandados unas cuotas inferiores a las que les debían corresponder, en perjuicio por tanto de las de mis poderdantes, muy superiores.

"No existe la menor proporcionalidad entre las cuotas de unos y otros, quizá por el error del promotor, quizá por simple arbitrariedad".

És sabut que el títol constitutiu de la propietat horitzontal s'atorga per a l'únic propietari de l'edifici com a negoci jurídic unilateral, o bé per a tots els propietaris de l'immoble, en un moment posterior a la venda dels diferents elements privatis, essent en aquest darrer cas un negoci jurídic plurilateral.

Es tracta d'un títol constitutiu atorgat el 6 de març de 1968 i rectificat amb posterioritat, el 12 d'agost de 1970. Aquest títol constitutiu havia regit quasi trenta anys entre els propietaris d'elements privatis de l'immoble, abans de suscitar problemes (no consta que abans d'aquest litigi hi hagués hagut conflictes derivats de l'aplicació de les quotes fixades

en el títol). És de destacar que tant la sentència dictada en primera instància com la de l'Audiència invoquen l'article 7.1 del Codi civil, segons el qual els drets s'han d'exercir d'acord amb les exigències de bona fe, pel fet que valoren com a contrari a la bona fe i als propis actes l'atac a un negoci jurídic que s'havia acceptat durant tant de temps.

Després de tants anys d'acceptar de forma expressa les quotes en debat, els demandants en aquesta litis pretenen substituir les esmentades quotes fixades per unes altres que els són molt més favorables.

L'estudi de la demanda fa palès que als locals comercials i despatxos se'ls va fixar una quota de participació proporcionalment més elevada que l'assignada als habitatges si es pren únicament com a pauta la superfície dels elements. Aquesta circumstància posa de manifest que per a fixar les susdites quotes es van prendre com a paràmetres tant la superfície com la situació de l'immoble, cosa que no sembla pas contradir l'article cinquè de la Llei de propietat horitzontal, ans al contrari, ja que aquest article fa remissió a diferents elements que cal tenir en compte, a saber: la superfície útil de cada pis o local en relació amb la total de l'immoble, l'emplaçament interior o exterior, situació, ús dels serveis o elements comuns, etc.

Totes les anteriors consideracions van encaminades a mostrar que és un fet irrefutable, que la demanda ja evidencia, que el títol constitutiu en cap cas pot ésser catalogat com un negoci jurídic radicalment nul o inexistent, sinó que, ben al contrari, es tracta d'un acte jurídic de caràcter unilateral que, en principi, apareix com totalment respectuós de la llei, consideració que té interès pel que seguidament es dirà.

**Tercer.** A propòsit de les anteriors argumentacions es fa palès que la tesi plantejada per la part recurrent, en el sentit de sotmetre a la consideració d'aquest Tribunal si les accions encaminades a obtenir l'alteració del títol constitutiu de la propietat horitzontal han de ser sotmeses al termini de prescripció de l'article 344 de la Compilació catalana, per tal com no té assenyalat un termini especial de prescripció la Llei de propietat horitzontal, si bé en principi sembla ben encarrilada, parteix d'una premissa errònia que ha de posar en relleu aquesta Sala.

L'article 14 de la Llei de propietat horitzontal disposa com a funcions de la junta de propietaris "aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior (...) conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común".

Per la seva banda, l'article 17 de l'esmentada Llei de propietat horitzontal determina les majories necessàries per a l'aprovació d'acords en la referida junta, i diu, pel que ara interessa: "la unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad".

Com es desprèn de la sentència dictada en primera instància íntegrament confirmada per l'Audiència Provincial i és acceptat per ambdues parts litigants, el 20 de setembre de 1999 es va celebrar junta de propietaris de la finca de l'avinguda XXX, número XX, la qual tenia com a únic objecte, segons l'ordre del dia l'aprovació de nous coeficients que postulen els ara recurrents.

Per tal d'assolir l'anterior objectiu era necessari, segons s'ha dit, que hi hagués unanimitat, que no es va obtenir. Els interessats en l'alteració de les quotes fixades en el títol constitutiu tenien els terminis establerts en l'article 18 de la Llei de propietat horitzontal per tal

d'impugnar l'acord que els era desfavorable i impedia l'alteració de les esmentades quotes, però no ho varen fer ni varen optar per plantejar directament la demanda que ha donat lloc a aquest litigi.

El Tribunal Suprem ha tingut oportunitat de pronunciar-se en relació amb el tema que aquí es debat; així, és d'interès el que diu la Sentència de 22 de maig de 1992, a saber: “El motivo siguiente, formulado bajo la tutela procesal del núm 5 del art. 1692, denuncia la infracción del art. 16.4 de la Ley de propiedad horizontal, puesto que, según sostiene el recurrente, la sentencia impugnada no hace acepción entre causas de nulidad y causas de anulabilidad, a los efectos de distinguir la aplicación o no al caso, del plazo de caducidad, ya que las nulidades de pleno derecho no pueden someterse a tal caducidad. Sin embargo, reiterada jurisprudencia de esta sala, viene poniendo de manifiesto que sólo causas de nulidad fundadas en normas que no sean reglas aún imperativas y prohibitivas de la misma Ley de propiedad horizontal, pueden propiciar aquella distinción; así la Sentencia de 25 de noviembre de 1988, que se refiere, de un lado, a los acuerdos contrarios a la ley en el sentido del art. 6.3 CC (lo que aparejaría la nulidad de pleno derecho), y, de otro, a los acuerdos contrarios a la LPH o contrarios a los estatutos privativos que admiten, de ordinario, la convalidación consiguiente a la caducidad de la acción. Consecuentemente, siempre que se trate de impugnaciones basadas en infracciones normativas del régimen de la propiedad horizontal, como es el caso, la jurisprudencia sostiene que para enervar acuerdos se requiere haberlos impugnado dentro de los treinta días siguientes al que se adoptó o a la notificación conforme previene el art. 16 de la LPH, y aun así el acuerdo tiene el carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión (SS de 17 de abril de 1990 i 5 de febrero de 1991)”.

És oportú també transcriure un interessant paràgraf de l'esmentada Sentència de 5 de maig de 1991 que diu: “En la sentencia de esta sala de 6 de febrero de 1989, en donde se refleja el sentido dirimente que ha de proyectarse sobre las vías impugnatorias de cada uno de dichos acuerdos, cuya ilegalidad es susceptible de sanción por efecto de la caducidad de la acción de impugnación (pues si no se entendiera así quedaría totalmente vacío de contenido e inane el párrafo segundo regla cuarta del art. 16 de la LPH) i otro orden de acuerdos, cuya ilegalidad conllevaría la nulidad radical o absoluta sin posibilidad alguna de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad, pareciendo que deben de ser incardinados en el primer grupo aquellos acuerdos cuya ilegalidad venga determinada por cualquier infracción de alguno de los preceptos de la LPH, o en los Estatutos de la comunidad respectiva, pues so pena de incurrir en el riesgo de crear un amplio y recusable margen de inseguridad jurídica, no puede ser otra la interpretación que corresponda al párrafo primero, regla cuarta, del art. 16 de la LPH, cuando como acuerdos impugnables y provisionalmente ejecutivos, señala expresamente los que sean contrarios a la ley o a los Estatutos, para cuya impugnación el párrafo segundo de la propia regla, en íntima conexión con el primero, establece el plazo fatal de caducidad de treinta días, mientras que en el segundo de los aludidos sectores u órdenes de acuerdos habrían de situarse aquellos otros que por infringir cualquier ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención o por ser contrarios a la moral o al orden público o por implica un fraude a la ley, hayan de ser conceptuados como nulos de pleno derecho, conforme al párrafo tercero del art. 6 del CC (...); en consecuencia, sin que por lo razonado exista duda que el acuerdo controvertido vulneraba la propia LPH al contrariar el título constitutivo, ha de incluirse el mismo en la regla impugnatoria específica a que se contrae su núm, 4, por lo que, al no haberse ejercitado esa vía de oposición (...)”.

Com s'ha dit més amunt, els recurrents varen optar per prescindir de l'acord de la Junta de Propietaris que rebutjà l'alteració de les quotes reflectides en el títol constitutiu i decidiren plantejar la demanda que inicià aquest litigi, que impugna directament aquest títol. El jutge de primera instància i l'Audiència Provincial, malgrat reconèixer l'anterior omisió consideraren legítims els demandants per a impugnar directament el títol constitutiu.

L'anterior postura de les sentències dictades és totalment errònia i oposada a la doctrina suara transcrita. Aquesta doctrina es basa en consideracions de seguretat jurídica i té en compte l'especial naturalesa de la comunitat horitzontal. És obvi que aniria contra la més elemental seguretat jurídica permetre que els propietaris impugnessin directament el títol constitutiu, per contravenir (suposadament) la LPH sense sotmetre la suposada contravençió a la junta de propietaris. Escau posar en relleu que, fins ara, en la comunitat de què es tracta tots els acords s'han pres de conformitat amb el títol constitutiu en qüestió, i per raons evidents la Junta ha de tenir la possibilitat d'expressar la seva opinió abans de qualsevol altra actuació.

Una altra cosa ben diferent succeiria quan el títol estigués en franca contradicció amb preceptes de la llei de caràcter imperatiu, atès que en aquest cas es podria parlar de nul·litat radical o absoluta.

Per tant, aquesta Sala haurà de confirmar la sentència de l'Audiència però per unes argumentacions diferents que s'infereixen de la doctrina transcrita. Els recurrents, demandants en la instància, no han seguit la via adequada per impugnar un acord de la comunitat de propietaris; per tant, no poden reeixir els seus interessos. Fins i tot en el cas que, seguint una postura de màxima tolerància, es considerés que amb la demanda ja s'impugnaven els acords de la Junta, s'hauria de concloure en el sentit d'estimar caducada l'acció per expressa aplicació de l'article 18 de la Llei de propietat horitzontal.

Segons s'ha dit, no hi ha elements suficients en la demanda per considerar que l'acord impugnat és contrari a la llei o als estatuts, per impugnar els quals, segons preveu el paràgraf tercer de l'article 18 de la LPH, hi ha un termini de caducitat d'un any; per tant escauria l'aplicació del termini de caducitat de tres mesos establert en l'esmentat article 18, que ja havia passat de sobres quan es va presentar la demanda.

Les anteriors consideracions comporten el rebuig del primer motiu de recurs de cassació, que com s'ha avançat denunciava infracció de l'article 344 de la Compilació catalana, el qual no és aplicable al debat, i també del segon i tercer motius, pel fet que estan estretament vinculats amb el primer. Escau, doncs, la desestimació del recurs i la confirmació de la sentència de l'Audiència, però amb expressa substitució dels seus raonaments jurídics pel que s'ha exposat.

**Quart.** Pel que fa a les costes processals, és procedent declarar que el cas presentava seriosos dubtes de dret pel fet que, tant en primera instància com davant de l'Audiència, l'assumpte litigiós es va abordar amb unes consideracions jurídiques distintes a les seguides per aquesta Sala. Malgrat tot, només escau eximir els recurrents de les costes causades en aquesta alçada ja que és a partir de la sentència de l'Audiència quan els demandants susciten els dubtes jurídics resolts en cassació.

Per consegüent,



## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de cassació interposat per la procuradora dels tribunals senyora Carmen Fuentes Millan, que actua en nom i representació dels senyors Carmen M. G., Luis B. F., Félix P. A., Francesc V. V., Ramon A. M. i Jaime B. F., contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 13a de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 18 de juny de 2002 en el rotlle número 482/2001, que es confirma en tots els seus punts; sense imposició de les costes originades.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 18 DE SETEMBRE DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per manca de jurisprudència: improcedència del recurs. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: improcedència del recurs**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados:

Ilmo. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Ilmo. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La representación procesal de la Sra. Remei M. B. interpuso recurso de casación contra la Sentencia de fecha 7 de abril de 2003 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona en el rollo de apelación 100/03 que dimanaba de las actuaciones de divorcio 254/02 tramitadas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Olot.

**Segundo.** Por providencia de fecha 24 de julio pasado, se dio traslado a las partes por término de diez días, de conformidad con lo dispuesto en el art. 483.3 de la LEC, a fin de que alegasen lo que estimasen oportuno sobre las posibles causas de inadmisibilidad del recurso interpuesto, alegaciones que las partes evacuaron en tiempo y forma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Se interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 7 de abril de 2003 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona en rollo de apelación 100/03 dimanante de autos 254/02 tramitados por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Olot.

El recurso de casación se fundamenta, según expresa cita de la parte recurrente, en los apartados 2, número 3º, y 3 del art. 477 de la Ley de enjuiciamiento civil, esto es, en presentar interés casacional por contradecir la sentencia impugnada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Cataluña —en este caso— y por resolver puntos o cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales.

Por providencia de fecha de 24 de julio último y de conformidad con lo que dispone el art. 483.3 de la LEC., se concedió un plazo de diez días a las partes personadas a fin de que formularan alegaciones, habida cuenta de que, a juicio de la Sala, el recurso presentaba

determinados óbices de admisibilidad “por discutirse temas fácticos, inaccesibles a la casación, citándose también, sólo dos sentencias de contradicción entre las audiencias provinciales y una exclusivamente de esta Sala, y sin concretar el núcleo de contradicción en las sentencias que, por copia, se presentan”.

Las partes han efectuado las oportunas alegaciones.

**Segundo.** En absoluto modifican el criterio de esta Sala las alegaciones efectuadas por la parte recurrente que, por lo demás, se limita a insistir sobre el contenido del recurso, afirmando, en lo que es motivo de este trámite procesal, que “en quan a que només s’acompanya una sentència d’aquest Tribunal és perquè entenem que no n’existeix cap altra que reguli el tema que ara es debat” y que “el nucli de contradicció també entenem que està fixat i és que la sentència de l’Audiència que es recorre infringeix la doctrina daquest Tribunal quant a la fixació d’un límit temporal a les pensions compensatòries”.

En cuanto al primer argumento, supone el desconocimiento de lo que debe entenderse por doctrina jurisprudencial, que lo representan dos o más sentencias que interpretan la Ley en sentido similar (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991 y 21 de mayo de 1997, Auto de 27 de noviembre de 2001, más Auto de esta Sala de 30 de abril de 2001, entre muchos otros). Pero, aun en el caso de que existieran otros pronunciamientos de esta Sala, la parte no cuida de concretar, como lo exige el art. 479.4 de la LEC, en qué forma, cómo y en qué sentido la sentencia de apelación ha vulnerado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia, requisito que tiene una justificación evidente ya que sólo en estos supuestos la Audiencia puede valorar, si cabe, la revocabilidad que se invoca y decidir sobre la preparación del recurso, según prevé el art. 479.4 de la Ley procesal (así se ha expresado la Junta General de Magistrados del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000, el Auto de la Sala Primera de ese Tribunal de 16 de octubre de 2001 y esta Sala en, por ejemplo, los autos de fechas 21 de mayo de 2001 y 6 de marzo de 2003).

En cuanto al segundo de los argumentos, esta Sala, en la sentencia indicada por la parte recurrente, dejó claramente establecido que la fijación de un límite temporal en la obligación de pago de la pensión es de carácter potestativo, valorando el Tribunal las circunstancias concurrentes en el caso concreto (allí se dijo: “Tampoco el derecho catalán opta definitivamente por la temporalidad esencial, sí, en cambio, por la temporalidad potestativa, al fijar legalmente las causas sobrevenidas de extinción: ‘millora de la situació econòmica del cònjuge creditor, matrimoni del cònjuge creditor, mort del cònjuge creditor i transcurs del termini pel qual es va establir”. Deviene, pues, claro que el Código de familia (art. 86) permite la fijación del término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial”). Sobre estos presupuestos, queda en indefinición en qué sentido la Audiencia infringió la anterior doctrina, como no sea en contemplación de las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto litigioso, no valorables en trámite de casación.

Y esa misma indefinición queda patente al estudiar las dos únicas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona presentadas por la parte recurrente (con olvido de que el interés casacional se basa en la existencia de doctrina jurisprudencial —dos o más sentencias— contradictoria de las audiencias provinciales) que recaen, obviamente, sobre casos específicos y, por ende, difícilmente extrapolables a otro supuesto fáctico, tal cual se decía en el citado Auto de esta Sala de 6 de marzo de 2003.

Por todas estas razones, el recurso debe ser inadmitido.

**Tercero.** La total inadmisión del recurso comporta la condena en costas de la parte recurrente.

Así pues,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Debemos inadmitir e inadmitimos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Remei M. B. contra la Sentencia dictada en fecha 7 de abril de 2003 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona, en rollo de apelación 100/03, dimanante de autos 254/02 tramitados por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Olot, con imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese la presente a las partes personadas, previniéndolas de que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**SENTÈNCIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003***Jose M. P.T. / Rosa T.V. i un altre*

**Usdefruit amb facultats de disposició: determinació de l'abast de les facultats dispositives de l'usufructuari. Diferències entre l'usdefruit amb facultats de disposició i el fideï-comís de residu. *Negotium mixtum cum donazione*: naturalesa jurídica. Diferències entre l'*arbitrium merum* i l'*arbitrium boni viri*. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya: irretroactivitat del seu article 304. Bona fe. Abús de dret: efectes**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació de la Sra. Rosa T. V. i del Sr. Francesc Xavier S. P., representats davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Alberto Inguanzo Tena i dirigits per l'advocat Sr. Ramon Montanyà i Salvans, contra la Sentència dictada per la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 28 de gener de 2003 en entendre del recurs d'apel·lació interposat pel Sr. José María P. T. contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Vic el 12 de juny de 2002, en el procediment de judici ordinari núm. 450/01. El Sr. José María P. T., aquí part recorreguda, ha estat representat en aquest Tribunal pel procurador Sr. Jorge Rodríguez Simón i dirigit per l'advocada Sra. Inés Miguel.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Mariano Canadell i Castañer, en nom i representació del Sr. Josep M. P. T., va formular demanda de judici ordinari núm. 450/01 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 2 de Vic. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 12 de juny de 2002, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Desestimando la demanda instada por Mariano Canadell Castañer, procurador de los tribunales, en nombre y representación de Josep M. P. T., contra Rosa T. V. y Xavier S. P., y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pronunciamientos contra ella realizados. Se imponen las costas del presente pleito a la parte actora".

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part actora va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual

va dictar Sentència amb data 28 de gener de 2003, amb la següent part dispositiva: “Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don Josep Maria P. T. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vic en los autos de que este rollo dimana, revocamos dicha resolución y declaramos la nulidad del contrato de compraventa sobre la nuda propiedad del inmueble sito en la calle XXX, nº XX, de la localidad de Torelló, celebrado por los demandados el día 23 de diciembre de 1997, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de ninguna de las dos instancias”.

**Tercer.** Contra la sentència anterior, la Sra. Rosa T. V. i el Sr. Francesc Xavier S. P. van interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 23 de juny de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 15 de setembre de 2003, a les 12 hores del matí, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent el magistrat Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Amb la finalitat de centrar les qüestions que planteja el recurs de cassació que ara s'ha de resoldre, interessa fer una referència breu als fets següents:

A/ El senyor Francesc P. V. va atorgar testament notarial obert el dia 18 de setembre de 1951, en el qual ordenava un llegat a favor dels seus fills senyors Josep Maria i Concepció P. en pagament dels seus drets de llegítima paterna, ordenava un llegat d'usdefruit universal a favor de la seva esposa senyora Rosa T. V. alliberant-la de l'obligació de prestar qualsevol mena de caució i “facultándola para vender y gravar los bienes usufructuados, cuando en conciencia, sin intervención de persona alguna, lo crea necesario” i, finalment, instituïa hereus per parts iguals els seus fills senyors Josep Maria i Concepció. El testador va morir el dia 15 d'abril de 1984.

B/ L'any 1989 el senyor Josep Maria P. T. va presentar una demanda contra la seva mare senyora Rosa T. V., la seva germana senyora Concepció P. T. i contra l'herència jacent del seu pare senyor Francesc P. V. en relació amb els seus drets de llegítima paterna, que va ésser resolta per la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància número 1 de Vic amb data 11 de gener de 1990, en el sentit que estimava en part la demanda, i declarava el dret de l'agent a percebre la seva llegítima paterna amb els seus interessos legals des de la data de presentació de la demanda, que formaven part de l'herència paterna dues cases que es troben a San Feliu de Torelló valorades en 8.819.515 pessetes i 7.038.678 pessetes i els mobles que es detallen en la prova de reconeixement judicial; condemnaven la senyora Rosa T. V. a reservar béns suficients que no podria alienar ni gravar per un import de la quarta part dels béns objecte del dret real d'usdefruit ordenat en el testament patern; que no era procedent condemnar la senyora Rosa T. V. a pagar a l'agent la quantitat que reclamava en concepte de llegítima paterna, ja que el pagament de la llegítima correspon a l'hereu i no a la usufructuària universal de l'herència, i, finalment, desestimava l'excepció de manca de legitimació passiva que havia al·legat la senyora Rosa T. V. L'agent va interposar recurs d'apel·lació contra aquesta resolució, que va ésser desestimat per la Sentència dictada per la Secció Tretzena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 31 d'octubre de 1990.

C/ Segons resulta de les actuacions, el dia 23 de desembre de 1997 la senyora Rosa T. V. va vendre al seu nét senyor Xavier S. P. la nua propietat d'una de les finques que formaven part de l'herència paterna pel preu de 7.500.000 pessetes, compravenda que el senyor Josep P. T. qualifica de simulada per encobrir una donació a favor del nét i, per tant, sense ostentar la vídua usufructuària facultats per a disposar a títol gratuït. Amb anterioritat, i més concretament durant l'any 1991, la senyora Rosa T. V. havia fet donació de tots els seus béns privatis a la seva filla senyora Concepció P. T.

D/ Prenent com a base els fets anteriors, el senyor Josep Maria P. T., amb data 18 de desembre de 2001, ha interposat una demanda contra la senyora Rosa T. V. i contra el senyor Xavier S. P., en la qual interessa que es decreti la rescissió per lesió de la compravenda de la finca que formava part de l'herència paterna realitzada per la vídua usufructuària el dia 23 de desembre de 2001 i, amb caràcter subsidiari, que la diferència entre el valor de mercat de la finca i el preu fixat en la compravenda sigui considerat com una donació a favor del nét i que la diferència de valor s'integri en l'herència paterna.

E/ En el seu escrit de contesta a la demanda, la senyora Rosa T. V. i el senyor Xavier S. P. al·legaven l'excepció de cosa jutjada en relació amb els drets legítims de l'agent i la concreta valoració d'aquests, i les excepcions de manca de legitimació activa i passiva, i negava que la compravenda fos rescindible per lesió en més de la meitat del preu just i que encobris una donació.

F/ El Jutjat de Primera Instància número 2 de Vic va dictar Sentència el dia 12 de juny de 2002, que desestimava la demanda.

G/ El senyor Josep Maria P. T. va interposar recurs d'apel·lació contra aquesta resolució, que va ésser resolt per Sentència dictada per la Secció Dissetena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 28 de gener de 2003, que estimava el recurs i declarava la nul·litat del contracte de compravenda de la nua propietat que es va atorgar el dia 23 de desembre de 1997.

H/ La senyora Rosa T. V. i el senyor Xavier S. P. han interposar recurs de cassació contra aquesta sentència.

**Segon.** A l'apartat primer del seu recurs de cassació la part que recorre al·lega infracció, per manca d'aplicació, de l'article 304.III del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, en relació amb els articles 243 al 248 del mateix cos legal. Argumenta la part que recorre que, com estableix la sentència d'apel·lació, les facultats dispositives de la usufructuària no estan supeditades a una situació de necessitat sinó a les disposicions legals, és a dir a les normes del fideïcomís de residu, mentre que la sentència recorreguda centra la seva decisió en el fet que la causa que fonamenta l'acte dispositiu atorgat per la usufructuària no és una causa onerosa sinó una causa a la vegada onerosa i gratuïta, que aboca a la figura del *negotium mixtum cum donatione*, que segons la mateixa part recurrent hauria de portar a la solució d'ésser impugnablable únicament la part gratuïta del negoci transmissiu i mantenir-se la part onerosa una vegada efectuats els càlculs corresponents.

Abans d'entrar en l'estudi dels problemes que proposa el recurs, sembla oportú precisar que les qüestions que es plantegen s'han de resoldre, no prenent com a base el Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya de l'any 1991, sinó les normes de la Compilació del dret civil de Catalunya, ja que el causant de la successió va morir l'any 1984 i, segons la disposició transitòria setena del text compilat, que es remet a la disposició transitòria dotzena del Codi civil, la successió per causa de mort es regeix per la llei vigent

al temps de la mort del causant de la successió, com resulta també de la disposició transitòria primera del Codi de successions. Per tant, la sentència recorreguda no pot haver infringit l'article 304.III del Codi de successions perquè no és la norma cridada a regular el problema que planteja el recurs, encara que la qüestió és fins a cert punt intranscendent, ja que l'article 304.III del Codi de successions reproduïx essencialment l'article 223.II de la Compilació del dret civil de Catalunya.

Sembla oportú fer en aquest punt unes precisions sobre l'abast de la remissió a les normes que regulen el fideïcomís de residu. En el supòsit d'usdefruit amb facultats de disposició ens trobem davant d'una situació que comporta que tant l'usufructuari com els nus propietaris adquireixen els drets respectius des del moment de la constitució de l'usdefruit, amb la conseqüència, doncs, que des d'aquest moment pertanyen al nu propietari els béns que no han estat objecte de disposició per l'usufructuari en l'exercici de les seves facultats dispositives, a diferència del que succeeix en les disposicions fideïcomissàries, amb inclusió de la modalitat del fideïcomís de residu, en les quals l'únic titular dels béns és l'hereu fiduciari mentre està pendent el fideïcomís i, per tant, l'hereu fideïcomissari sols té l'expectativa d'adquirir els béns que no han estat objecte de disposició per l'hereu instituït en primer lloc amb el gravamen d'un fideïcomís de residu. Ho posa clarament de manifest la Sentència del Tribunal Suprem de 9 de desembre de 1970, que precisa que "no se puede identificar el usufructo con facultad de disposición con el fideicomiso de residuo, cualesquiera que sean sus analogías, porque en dicho usufructo el titular tiene un derecho en la cosa ajena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer *mortis causa* y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento, directo e indirecto sobre la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio".

D'aquestes consideracions se'n deriva que quan l'article 223.II de la Compilació sobre l'usdefruit amb facultats de disposició es remet a les normes sobre el fideïcomís de residu, la intenció del legislador no és voler convertir l'usdefruit amb facultats de disposició en un fideïcomís de residu, sinó delimitar les facultats dispositives de l'usufructuari per remissió a les normes del fideïcomís de residu, però mantenint la figura de l'usdefruit. Amb la conseqüència, també, que no és aplicable al cas que ara s'ha de resoldre la disposició transitòria novena del Codi de successions, que estableix la retroactivitat de les seves normes als fideïcomisos pendents, malgrat que el causant de la successió hagi mort abans de la seva vigència, perquè la remissió de l'article 223.II de la Compilació no determina convertir l'usdefruit amb facultats de disposició en un fideïcomís de residu.

**Tercer.** L'usdefruit amb facultats de disposició és una institució d'arrel consuetudinària molt freqüent a Catalunya modelada per la pràctica notarial, que ha estat objecte de regulació inicialment a l'article 223 de la Compilació del dret civil de Catalunya i actualment a l'article 304 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. Existeix un consens ampli, tant doctrinal com jurisprudencial, que l'usdefruit apareix per a donar satisfacció a la voluntat del testador de proporcionar al consort supervivent uns mitjans de subsistència escaients, sense privar els descendents de la propietat dels béns que integren el seu patrimoni, i com que la primera d'aquestes finalitats es pot veure en ocasions compromesa si ens atenem a les facultats normals que es deriven del dret d'usdefruit, des de l'època del *ius commune* s'introdueix la possibilitat que al *ius fruendi* de l'usufructuari s'hi afegixi el *ius disponendi*, sense que això suposi desnaturalitzar el dret real d'usdefruit.



En qualsevol cas, l'usdefruit amb facultat de disposició sols s'estableix a l'empara del principi d'autonomia privada i això vol dir, per tant, que les facultats dispositives de l'usufructuari deriven directament de la voluntat del constituent de l'usdefruit. Si ens atenem a la pràctica catalana, tal com l'exposen els autors que de forma més directa coneixen el vessant pràctic de la institució, s'esmenten les possibilitats de disposar sense necessitat de justificar la causa que determina l'acte dispositiu, de disposar en cas de necessitat, de disposar amb l'assentiment dels nus propietaris o altres persones, de disposar si es donen determinades circumstàncies i altres semblants.

Si ens atenem a la clàusula que ha originat el litigi, resulta que el testador faculta la seva vídua "para vender y gravar los bienes usufructuados, cuando en conciencia, sin intervención de persona alguna, lo crea necesario". Si ens atenem al tenor literal de la clàusula transcrita, és evident que la vídua pot disposar dels béns hereditaris sense necessitat de l'assentiment dels nus propietaris ni de cap altra persona. Resulta també evident que per a l'eficàcia dels actes dispositius no s'exigeix que la vídua acrediti la necessitat de vendre, però el requisit de la necessitat apareix a la clàusula, ja que la vídua no pot disposar dels béns hereditaris al seu lliure arbitri, sinó únicament quan cregui necessari segons la seva consciència l'acte dispositiu. La remissió que fa el testador a la consciència de la vídua, o en altres paraules a l'arbitri de la vídua, ens porta a fer una referència a la distinció que s'estableix entre l'anomenat *arbitrium merum* i l'*arbitrium boni viri* i la seva aplicació al cas que ara s'ha de resoldre. Es parla d'*arbitrium boni viri* quan l'interessat ha de prendre una decisió d'acord amb l'equitat, que en relació amb l'aspecte que ara interessa suposa que ha de prendre la decisió que prendria una persona corrent, que es pot identificar amb el prototipus del diligent pare de família esmentat a l'article 1104.II del Codi civil. Mentre que si l'usufructuari pogués disposar dels béns hereditaris *arbitrium merum*, ens trobaríem davant del fet que no manifesta el seu parer sinó la seva voluntat, que fins i tot pot ésser arbitrària, però com que l'ordenament jurídic no refusa de forma total o clara la remissió a un *arbitrium merum*, hem d'entendre que se'n pot admetre la vigència, però amb la possibilitat d'impugnar la decisió feta sobre la base d'una conducta que s'ha de qualificar de deslleial.

La clàusula que ha originat el litigi no precisa de forma clara si la decisió de la usufructuària en l'exercici de les seves facultats dispositives s'ha de fer *arbitrium merum* o segons *arbitrium boni viri*. A manca de solució legislativa sobre aquest punt hem d'entendre que la solució més escaient és decidir-se a favor de l'*arbitrium boni viri*, pel fet de considerar que els casos de decisió *arbitrium merum* són excepcionals a la pràctica i, també, d'acord amb el principi de la bona fe que estableix l'article 7.1 del Codi civil, que porta com a conseqüència lògica presumir una voluntat favorable a una determinació equitativa de la situació de necessitat i que la seva situació es pugui determinar d'acord amb uns criteris que no poden ésser arbitraris, solució que hem d'entendre que està d'acord amb la tradició catalana, ja que segons el Digest 17.2.78 en aquestes qüestions s'ha de seguir amb preferència el criteri de l'home bo, perquè el criteri de la societat és la bona fe.

**Quart.** Partint de les consideracions anteriors, hem de plantejar-nos ara si l'acte dispositiu realitzat per la mare usufructuària amb facultat de disposició a favor del nét s'ajusta als paràmetres de l'*arbitrium boni viri*. Recordem una vegada més que la clàusula testamentària que ha originat el litigi faculta la vídua per a "vender y gravar" els béns hereditaris. En el cas del

litigi ens trobem davant d'un contracte que es fonamenta en una causa onerosa segons l'article 1274 del Codi civil, ja que imposa obligacions recíproques a cadascuna de les parts contractants, segons resulta de l'article 1445 del Codi civil. És cert que en la regulació del contracte de compravenda que es troba en el Codi civil no s'exigeix que el preu sigui just, però en el cas del litigi ens trobem davant d'un contracte subjecte a les prescripcions del dret civil de Catalunya, ja que la finca objecte del contracte es troba en aquesta Comunitat Autònoma (articles 10.5.II i 16.1 del Codi civil), que admet la rescissió per lesió en més de la meitat del preu just si la compravenda té per objecte la transmissió d'un bé immoble (article 321.2 de la Compilació).

El fonament de dret sisè de la sentència recorreguda constata que la compravenda de la finca efectuada per la usufructuària a favor del nét es va fer amb concurrència d'un ànim de liberalitat a favor del nét i per això qualifica el contracte de compravenda de negoci mixt. Aquest pronunciament ha esdevingut ferm. Hem de considerar, doncs, si s'ajusta als paràmetres d'una actuació *arbitrium boni viri*, que la usufructuària amb facultats per a vendre, és a dir sobre la base d'un negoci que es fonamenta en una causa onerosa, pot també disposar de la finca sobre la base d'un *negotium mixtum cum donatione*, és a dir, d'un contracte que es fonamenta en una causa a la vegada onerosa i gratuïta.

La dualitat de causes, onerosa i gratuïta, que fonamenta el *negotium mixtum cum donatione*, porta a la conclusió que el contracte apareix externament com un contracte típic oneros, com per definició ho és la compravenda; però si ens atenem a les finalitats que persegueixen les parts contractants, resulta igualment clar que la finalitat no és altra que afavorir o enriquir l'adquirent, que opera no com a motiu del contracte sinó com a causa de l'atribució patrimonial, és a dir, com a causa concomitant de la qual no es pot prescindir, ja que si ens atenem una vegada més a la tradició jurídica catalana, representada ara per la disposició que es troba en el Digest 39.5.18, quan es ven una cosa per un preu molt inferior existeix també donació.

Conseqüentment, si segons la voluntat del testador —norma fonamental reguladora de la successió— la vídua usufructuària sols podia disposar dels béns hereditaris per la via de contractes fonamentats en una causa onerosa, amb aquesta prevenció el testador exclouia la possibilitat que disposés dels béns hereditaris per la via d'un contracte externament fonamentat en una causa onerosa, però que en la intenció de les parts contractants perseguia les finalitats pròpies dels actes fonamentats en una causa gratuïta, les quals per definició encaixen molt malament amb les finalitats que persegueix l'usdefruit testamentari amb facultats de disposició, conegut també de forma prou expressiva com a *usdefruit de subsistència*. I amb la precisió, encara, que segons resulta de l'escriptura pública de compravenda de data 23 de novembre de 1997, la venedora disposa amb facultats per a vendre sense intervenció de ningú i en ús de les facultats de disposició expressades, facultats que com s'ha argumentat abans certament faculten a la vídua per a disposar sense intervenció de ningú, però no per a disposar més enllà de les facultats que li havia atribuït el testador, que no eren altres que la de disposar a títol oneros si d'acord amb el criteri de l'*arbitrium boni viri* considerava necessària la venda, requisit que difícilment es pot entendre que concorri en el cas del litigi ja que, segons resulta de les actuacions, la vídua havia disposat anteriorment a títol gratuït dels seus béns a favor de la seva filla, germana de l'agent, disposició que hipotèticament es podria entendre feta amb la finalitat de crear una necessitat de disposar dels béns hereditaris objecte de l'usdefruit amb facultat de disposició.

**Cinquè.** Els raonaments anteriors determinen la desestimació de l'apartat primer del recurs de cassació, amb la necessitat subsegüent d'examinar-ne l'apartat segon, en el qual la part recurrent considera que no escau aplicar la doctrina de l'abús del dret, en la qual la sentència recorreguda fonamenta la seva decisió estimatòria de la demanda, també pel fet que en els fonaments de dret de l'escrit de demanda la part agent invoca la normativa de l'abús com a fonament de les seves pretensions.

La connexió de la doctrina de l'abús de dret amb la figura jurídica de l'usdefruit testamentari amb facultats de disposició té un arrelament molt clar en el dret català. La doctrina havia precisat que amb referència a l'usdefruit amb facultats de disposició en general, no hi ha dubtes que es poden impugnar els actes dispositius atorgats per l'usufructuari quan abusa de les seves facultats dispositives en perjudici del nu propietari, que s'han de qualificar d'actes realitzats amb abús de dret. En el cas que ara s'ha de resoldre, l'abús de les facultats dispositives resulta de la mateixa disposició testamentària —ja que el testador faculta la vídua per a vendre— que s'esmenta en el testament com a prototipus dels contractes fonamentats en una causa onerosa, i l'acte dispositiu que aquí s'impugna es fonamenta en una causa a la vegada onerosa i gratuïta, que s'ha de qualificar d'abusiva per aquest motiu i, també, perquè implica un perjudici per a un dels nus propietaris en benefici de la descendència de l'altre nu propietari. Criteri que apareix també a la Sentència del Tribunal Suprem de 24 de febrer de 1959 i 3 de març de 2000, essent especialment significativa aquesta darrera quan precisa que fins i tot en el cas de deixar a la consciència de l'usufructuari l'oportunitat de l'acte dispositiu, aquest no es pot realitzar com si no existís l'exigència de la necessitat, que la mateixa sentència qualifica de restricció o limitació ineluctable, en el sentit que si manca realment la necessitat o aquesta s'ha creat de forma voluntària, l'acte dispositiu pot comportar una situació d'abús de dret segons l'article 7è del Codi civil.

Arribats a aquest punt s'han de determinar les conseqüències que es deriven de la qualificació de l'acte dispositiu com un acte realitzat amb abús de dret. Segons l'article 7.2 del Codi civil, la llei no empara l'abús del dret, expressió que la doctrina més autoritzada interpreta en el sentit que la llei no protegeix la persona o persones que actuen d'aquesta forma, i, per tant, la manca de protecció determina que es privi d'eficàcia jurídica l'actuació abusiva, que no tindrà l'eficàcia prevista pels seus autors, que, si no concorregués l'abús, produiria normalment. En el cas del litigi, l'abús de dret ha operat per la via d'un contracte que apareix a l'exterior fonamentat en una causa onerosa, que segons la voluntat de les parts tenia com a finalitat enriquir el patrimoni del comprador, i com que l'article 7.2 del Codi civil no empara aquesta actuació abusiva, el perjudicat està legitimat per a interessar la nul·litat del contracte de compravenda. Així ho han reconegut les sentències del Tribunal Suprem de 24 de febrer de 1959 i 4 de maig de 1987, la darrera de les quals és especialment significativa perquè es refereix a uns fets molt semblants als que han donat origen a aquesta resolució, ja que es tractava d'una compravenda feta a favor dels nebots de la venedora per un preu notablement inferior al valor de mercat. Així doncs, la sentència recorreguda ha fet una aplicació correcta al cas de la institució de l'abús de dret segons la seva regulació a l'article 7.2 del Codi civil, circumstància que determina la desestimació total del recurs de cassació.

**Sisè.** La desestimació total del recurs determina la imposició de les costes originades en el tràmit de cassació a la part recurrent, d'acord amb allò que estableixen els articles 394.1 i 398 de la Llei d'enjudiciament civil.

Per tot el que s'ha exposat i per l'autoritat que ens ha conferit el poble espanyol,

## **DECIDIM**

Que hem de desestimar i desestimem el recurs de cassació que ha interposat el procurador dels tribunals senyor Albert Inguanzo i Tena, que actua en nom i representació del senyor Francesc Xavier S. P. i de la senyora Rosa T. V., contra la Sentència dictada per la Secció Dissetena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 28 de gener de 2003 en el rotlle d'apel·lació 865/2002, i confirmem la resolució contra la qual es recorre, amb imposició a la part recurrent de les costes originades pel recurs de cassació.

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

**SENTÈNCIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003**

**Impugnació de la taxació de costes per indegudes: improcedència d'incloure en la minuta d'honoraris de l'advocat de l'Estat la nota de drets del procurador dels tribunals, les funcions del qual ha exercit el mateix advocat de l'Estat**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist l'incident d'impugnació per no incloure els drets de procurador en la taxació de costes practicada pel secretari judicial en data 18 de juny de 2002, referent al recurs de cassació núm. 23/2002, on han intervingut la Sra. Catalina M. C., representada davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Antonio Cortada García i dirigida per l'advocat Sr. Jordi Fillat Boneta, i la Delegació d'Hisenda, representada per l'Advocat de l'Estat.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** A instàncies de la part recorreguda, l'advocat de l'Estat, el secretari d'aquesta Sala va practicar taxació de costes, al pagament de les quals va ser condemnada la recurrent Sra. Catalina M. C. L'import va ascendir a la quantitat de 666 euros.

**Segon.** Sotmesa la taxació a la vista de les parts per un termini comú de deu dies, l'Advocat de l'Estat la va impugnar perquè no s'hi havien inclòs els drets de procurador.

**Tercer.** Per provisió de 2 de setembre de 2002 i d'acord amb l'art. 245.3 de la LEC, es va escoltar la part contrària i, un cop dut a terme, es va assenyalar per a la vista el dia 15 de setembre de 2003, a les 11 hores del matí, en què es va celebrar.

Hi actuà com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** Practicada la taxació de les costes causades en el present procediment, atès que la secretària judicial en va excloure la minuta d'honoraris corresponent al procurador presen-

tada per l'advocat de l'Estat perquè en les actuacions "no consta cap intervenció de procurador", impugna la taxació l'esmentat advocat de l'Estat, beneficiari de la condemna en costes, adduint que ell "ha desempeñado no sólo funciones de abogado, sino también de procurador, lo que le habilita para minutar los correspondientes derechos" i que "en último término, la posibilidad de que por el Abogado del Estado se minuten los gastos derivados de su actuación como procurador se encuentra reconocida por el art. 13.1 de la Ley 52/1997, en redacción dada por el art. 50.2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre".

Aquesta Llei disposa que "la tasación de costas en que fuere condenada la parte que actúe en el proceso en contra del Estado, sus organismos públicos, los órganos constitucionales o personas defendidas por el Abogado del Estado, se regirá, en cuanto a sus conceptos e importe, por las normas generales, con inclusión, en su caso, de los correspondientes a las funciones de procuraduría".

En una primera impressió i a redós d'una exègesi eminentment literal del precepte, semblaria plausible un decantament vers la posició que manté l'advocat de l'Estat, i en aquest sentit ho han entès diferents resolucions de també diferents òrgans judicials.

Respectant, és clar, els referits criteris, convencen, però, més a aquesta Sala els que han fet èmfasi en la locució *en su caso*, continguda en el precepte, la qual relativitza el que aparentment semblaria una norma general d'imposició de la minuta corresponent a drets del procurador, malgrat haver-se reunit en la mateixa persona física de l'advocat de l'Estat les funcions de direcció lletrada i de procuraduria.

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de València de 8 de juny de 2002, es situa en aquesta línia en expressar que "cierto es que en el art. 13 de anterior referencia y en su actual redacción se hace expresa referencia a la inclusión en la tasación de costas, en su caso, de las correspondientes a las funciones de procuraduría, pero el expresado precepto se ha de poner en conexión con el artículo 447 de la Ley orgánica del poder judicial en el que se establece que 'la representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, salvo que, en cuanto a éstos, sus disposiciones autoricen otra cosa, así como las de los órganos constitucionales, corresponderán a los letrados integrados en los servicios jurídicos del Estado. La representación y defensa de las entidades gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponderá a los letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en ambos casos, y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan ser encomendadas a abogado colegiado especialmente designado al efecto. Ello viene a poner de manifiesto la existencia de supuestos en los que cabe la intervención de abogados colegiados especialmente designados al efecto, y consecuentemente la posibilidad de que en tales casos la representación sea ostentada por procurador, supuesto en el que será de aplicación la mención que se contiene en el artículo 13 de anterior referencia, pero no en el caso sometido a la consideración de la Sala".

Però és que en el supòsit que aquesta interpretació fos dubtosa, encara podria reforçar-se amb les següents consideracions:

a) El fet que la Llei atribueixi a l'advocat de l'Estat una doble funció, no vol dir que, en la realitat processal, aquest realitzi efectivament un doble treball, sobretot atès el privilegi de notificació de resolucions del qual gaudeix, cosa que li comporta l'estalvi de molts desplaçament físics a la seu dels tribunals. En efecte, una de les tasques més paradigmàtiques dels procuradors és precisament la d'enllaç a l'efecte de comunicació entre els tribunals i els lletrats directores dels plets. El privilegi que a l'Estat atorga l'art. 1.1 de la Llei d'assistència

jurídica de l'Estat en el sentit que les notificacions s'hagin de fer per part de l'òrgan judicial que dirigeix el procediment a la pròpia seu o oficina de l'advocat de l'Estat, suposa en la pràctica l'absorció de la tasca per excel·lència dels procuradors. Per tant, aquesta funció que hipotèticament hauria realitzat l'advocat de l'Estat com a procurador, no li suposa cap superior esforç professional ni cap major dedicació que aquella que hauria emprat com a advocat. És més: sempre en la realitat dels fets —que és al que cal atènyer-se, i no a conceptes merament formals— resultaria molt difícil esbrinar què ha portat a terme en aquest assumpte l'advocat de l'Estat com a procurador i què ha fet com a lletrat.

I si el pagament de costes té naturalesa indemnitzatòria o, el que és el mateix, finalitat de rescabament, no pot transmutar-se en un disseny d'enriquiment per l'Estat, que és el que passaria si els tribunals permetessin minutar dues vegades per la mateixa feina. Que això no pot tenir acollida en el nostre ordenament jurídic, no només deriva de la més elemental lògica i sentit de l'equitat, sinó del manament de bandejar qualsevol abús de dret contingut en els art. 11.2 de la LOPJ i 7.2 del Codi civil).

b) Per això, la locució *en su caso*, continguda en l'art. 13 de la Llei d'assistència jurídica de l'Estat, si no s'interpretés en el sentit de la ja referida sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, sempre s'hauria d'interpretar en el sentit que abasta una doble limitació. La primera, de caràcter general, exclouria la inclusió de drets de procuradors en els litigis en què no resulta necessària la seva intervenció; la segona l'exclouria respecte a aquells conceptes en què l'actuació del procurador no és significativa perquè queda absorbida per la del lletrat, de manera que es produeix una confusió entre ambdues.

Tot el que s'ha exposat mena, doncs, a la desestimació de la present impugnació, sense imposició de costes per tal com no s'aprecia temeritat o mala fe, ja que la que s'ha resolt és una qüestió jurídica controvertida.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar la impugnació de la taxació de costes formulada en el present incident per l'advocat de l'Estat, sense imposició de costes.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

792  
**SENTÈNCIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003**  
*Ceferina P.C. / Joan T.A.*

**Atribució de l'ús de l'habitatge familiar en les situacions de crisi matrimonial: delimitació de l'abast de la temporalitat de l'atribució. Acció de divisió de cosa comuna: efectes en els casos d'atribució de l'habitatge familiar en les situacions derivades d'una crisi matrimonial**

President:  
Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu  
Magistrats:  
Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa  
Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Juan T. A., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Àngel Quemada Cuatrecasas i dirigit per l'advocada Sra. Susana Bleier Terrer, contra la Sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona el 6 de març de 2003 en entendre del recurs d'apel·lació interposat per la Sra. Ceferina P. C. contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 del Vendrell el 27 de maig de 2002 en el procediment de judici de separació núm. 13/02. La Sra. Ceferina P. C., aquí part recorreguda, ha estat representada en aquest Tribunal per la procuradora Sra. M<sup>a</sup> Cecilia de Yzaguirre Morer i dirigida per l'advocat Sr. Ramon Marcer i Ollé.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. Adoración Calles Duran, en nom i representació de la Sra. Ceferina P. C., va formular demanda de judici de separació núm. 13/02 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 2 del Vendrell. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 27 de maig de 2002, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Estimar en parte la demanda presentada por la procuradora Sra. Calles, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Ceferina P. C., declarando la separación del matrimonio formado por D<sup>a</sup>. Ceferina P. C. y D. Juan T. A., con todos los efectos legales inherentes a tal declaración y adoptando las siguientes medidas:

"A/ Se atribuye a D<sup>a</sup>. Ceferina P. C. el uso y disfrute del que fue domicilio conyugal sito en la calle XXX, nº XX, de la localidad de Roda de Bará, así como los muebles y ajuar doméstico que en el mismo existen, pudiendo D. Juan T. A. retirar los objetos y demás enseres de uso personal que en dicha vivienda todavía se hallen así como los bienes que figuran en el inventario aportado por la parte demandada como documento nº 7. Tal atribución del



uso y disfrute a favor de D<sup>a</sup>. Ceferina P. C. tendrá carácter temporal hasta que se produzca la consumación de la venta de la referida vivienda y efectiva percepción por parte de la misma de las cantidades que le corresponden en su condición de copropietaria de la referida vivienda.

“B/ D. Juan T. A. deberá satisfacer en concepto de pensión compensatoria a favor de D<sup>a</sup>. Ceferina P. C. la cantidad de 781,32 euros mensuales. Dicha cantidad deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta o libreta de la entidad bancaria que al efecto designe D<sup>a</sup>. Ceferina P. C. y será actualizable anualmente conforme a las variaciones que en dicho período de tiempo experimente el índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya.

“C/ D. Juan T. A. deberá abonar a D<sup>a</sup>. Ceferina P. C. la cantidad de 9.015,18 euros en concepto de pensión o compensación económica prevista en el artículo 41 del Código de familia”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part actora va interposar recurs d'apel·lació, el qual es va admetre i es va substanciar a la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona, la qual va dictar Sentència amb data 6 de març de 2003, amb la següent part dispositiva: “Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de apelación interpuesto por Dña. Ceferina P. C., contra la Sentencia dictada el 27 de mayo de 2002, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cuatro de El Vendrell, en los autos de juicio de separación matrimonial seguidos con el número 13/2002 y en consecuencia:

“1º. Debemos de revocarla y la revocamos parcialmente, en sus pronunciamientos A) y B).

“2º. En lugar del pronunciamiento A) se hace el siguiente: Se atribuye a D<sup>a</sup> Ceferina P. C. el uso y disfrute del que fue domicilio conyugal sito en la calle XXX, nº XX, de la localidad de Roda de Bará, así como los muebles y ajuar doméstico que en el mismo existen, pudiendo D. Juan T. A. retirar los objetos y demás enseres de uso personal que en dicha vivienda todavía se hallen, así como los bienes que figuran en el inventario aportado por la parte demandada como documento nº 7.

“3º. En lugar del pronunciamiento B) se hace el siguiente: D. Juan T. A. deberá satisfacer en concepto de pensión compensatoria a favor del D<sup>a</sup> Ceferina P. C. la cantidad de 1.051,77 euros mensuales. Dicha cantidad deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta o libreta de la entidad bancaria que al efecto designe D<sup>a</sup> Ceferina P. C. y será actualizable anualmente conforme a las variaciones que en dicho período de tiempo experimente el índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya.

“4º. Se confirma la sentencia en el resto de sus pronunciamientos no firmes.

“5º. No ha lugar a imponer a la parte apelante las costas causadas por su recurso.”

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, el Sr. Juan T. A. va interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 19 de juny de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 18 de setembre de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS JURÍDICS

**Primer.** Els dos motius que integren la present cassació conflueixen en una mateixa i única qüestió: dirimir la necessitat o no de temporalitat en l'atribució de l'ús de l'habitatge conjugal en el supòsit de l'art. 83.2.b del Codi de família.

En efecte, el recurrent formula com a única sol·licitud que es dicti nova sentència “por la que se otorgue el uso de la vivienda familiar con carácter temporal a favor de la Sra. Ceferina P. hasta que se proceda a la enajenación de la expresada finca y se condene en costas a la adversa”.

Es formula aquesta petició en el marc d'un judici de separació conjugal formulat per l'esposa. En la primera sentència d'instància, i pel que ara interessa, es resolgué en el sentit d'atorgar l'ús del que fou domicili conjugal, propietat per igual d'ambdós cònjuges, a la demandant, especificant-se, però, que “tal atribución del uso i disfrute a favor de Dña. Ceferina P. C. tendrá carácter temporal hasta que se produzca la consumación de la venta de la referida vivienda y efectiva percepción por parte de la misma de las cantidades que le corresponden en su condición de copropietaria de la referida vivienda”.

Contra aquest pronunciament (i un altre que no interessa als efectes del present recurs) s'alçà la demandant postulant que aquella atribució no fos amb caràcter temporal, petició que acull la sentència combatuda, la qual elimina qualsevol termini raonant (fonament jurídic primer) que “si se considera que existe un interés merecedor de protección, éste se debe proteger haciendo la atribución del uso, que la propia sentencia razona como procedente, sin limitación temporal, pues es lo que se ajusta a las circunstancias concretas del matrimonio”.

La part recurrent addueix, en síntesi, que no pot assumir-se l'atribució intemporal de l'habitatge i que aquesta mesura provoca, atès que el Sr. T. té un precari estat de salut i ja 75 anys d'edat, “la total anulació del derecho de propiedad y conforma un grave atentado a lo dispuesto de forma clara por el art. 83 del Código de familia catalán” (motiu primer), i que a aquesta aplicació indeguda del Codi de família s'hi ha d'afegir que el pronunciament combatut “se opone a la jurisprudencia de las audiencias provinciales, que se han venido pronunciando reiteradamente y de forma uniforme sobre la necesidad de establecer limitación temporal en la atribución de la vivienda en caso de inexistencia de hijos menores o hijos dependientes económicamente de uno de los cónyuges”, que és el que succeeix en el cas (motiu segon).

**Segon.** Són diversos els aspectes a analitzar:

1r) Estat de la qüestió en l'anomenada *jurisprudència menor*

a) En l'àmbit de les audiències provincials de Catalunya, es detecta un bloc jurisprudencial favorable a la tesi de l'obligada limitació en el temps de l'atribució de l'habitatge familiar, llevat de supòsits molt excepcionals. Es diu, per exemple, que tal atribució “no puede, salvo casos excepcionales, prorrogar de forma indefinida su vigencia” perquè “entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte puedan corresponderle sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como, y fundamentalmente, en lo relativo a su disposición a través de venta u otra operación que permita la efectiva liquidación del patrimonio común” (Sentència de l'A.P. de Barcelona, Secció 18, de 17 de maig de 2002), ja que el cònjuge copropietari, sense l'establiment d'un límit temporal “puede ver frustrado en la práctica su derecho de reparto efectivo y no meramente nominal, por cuotas ideales, de los bienes comunes” (S. de l'A.P. de Barcelona, Secció 18, de 5 de juny de 2002); i s'a-

fegeix que el Codi de família no recull, com l'anterior, "la distinció de quién sea el beneficiario de la vivienda y el titular dominical, sino que haciendo abstracción de tal circunstancia (...) se acude al principio de protección del más necesitado, pero con carácter temporal" (S. de l'A.P. de Barcelona, Secció 12, de 2 de novembre de 2000). L'Audiència de Lleida (Secció 1a) passa a engruixir aquesta línia jurisprudencial dient que "de otro modo ya no sólo resultaría incumplido el mandato contenido en el art. 83 del Código de familia, sino que además devendría ineficaz el pronunciamiento judicial relativo a la división de los bienes en régimen de copropiedad" (S. de 19 d'octubre de 2000).

b) No obstant això, existeix una altra visió (sempre de la jurisprudència menor) segons la qual "tal derecho no puede ser sometido a término extintivo por dos razones: en primer lugar por cuanto es titular del derecho de propiedad sobre la mitad del patrimonio ganancial, en tanto que el mismo no se liquide efectivamente; en segundo lugar, por cuanto no puede ser prevista racionalmente una fecha en la que la situación de precariedad económica deje de existir, ya que depende de circunstancias futuras e inciertas" (S. A.P. Barcelona, Secció 12, de 29 de gener de 2002), de tal manera que "siendo de copropiedad entre los cónyuges dicha vivienda, no procede en tal trámite fijación temporal alguna, ya que ésta sólo se halla prevista para el caso de que la atribución de su uso se haga a favor del cónyuge no titular de la vivienda y no concurriendo dicho supuesto no cabe establecer previsiones de futuro, ya que serán éstas, de producirse, las que podrán dar motivo a una modificación de la medida acordada" (S. de la A.P. de Barcelona, Secció 12, de 22 de juny de 1999), ja que l'interès més necessitat de protecció "en el caso de autos concurre en la situación de la esposa, sin el establecimiento de límite temporal alguno mientras subsista tal situación" (S. de l'A.P. de Barcelona, Secció 12, de 10 de juny de 1999). I s'ha dit també: "En cuanto a la atribución del usufructo o uso del domicilio conyugal, visto que la esposa no tiene recursos económicos directos, pues no trabaja ni percibe renta alguna y sólo tiene un patrimonio difícil de realizar (...), tal uso no puede quedar limitado en el tiempo (...), sino que debe ser un uso indefinido, sin perjuicio de que, si existe un cambio en las circunstancias, se pueda solicitar la modificación de la medida" (S. de l'A.P. de Girona de 10 de gener de 2003).

#### 2n) La qüestió de les facultats dominicals de disposició

Alguns dels pronunciaments favorables a l'establiment, amb caràcter necessari, d'un termini en l'ús de l'habitatge, es fonamenten en l'atemptat que a les facultats dominicals de disposició de l'habitatge comporta per al propietari (o copropietari) l'atribució d'un ús indefinit.

Però la jurisprudència del T.S. segons la qual s'ha de separar radicalment l'exercici de l'*actio communi dividundo* de les inherents a les mesures acordades en procés matrimonial, s'ha de considerar del tot consolidada. La Sentència del T.S. de 26 d'abril de 2002 evoca la del mateix Alt Tribunal de 27 de desembre de 1999, que conté un estudi de l'evolució jurisprudencial sobre aquesta qüestió, ensenyant que "aun cuando es cierto que la Sentencia de 22 de septiembre de 1988 recoge el criterio aludido en la instancia, esta doctrina ha sido rectificadada por la de las sentencias de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, con arreglo a las que, si bien el titular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge en virtud de sentencia de divorcio. Por tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que sólo puede ser modifi-

cado por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó".

En aquest mateix sentit ja es pronuncià aquesta Sala en la seva Sentència de 24 de febrer de 2003 (Sentència núm. 4/2003), de la qual es pot ressenyar, per exemple, la referència següent: "Si es podia suscitar a Catalunya algun dubte pel que fa a l'aplicació de la doctrina del Tribunal Suprem que s'ha analitzat, que a l'hora de fer compatibles els dos dret que ara tractem, permetia la divisió de la cosa comuna, i no gensmenys la possibilitat de la seva venda àdhuc en pública subhasta, però amb l'exigència en tots els casos de respecte al dret d'ús atribuït amb la vigència del Codi de família, aquests dubtes s'han esvanit"; i s'ha dit també en la mateixa anterior resolució d'aquesta Sala que "el Codi de família aborda sense recels els problemes que suara es tractaven i regula tant els supòsits de titularitat exclusiva de l'habitatge familiar com els casos de titularitat compartida, per a concloure amb la prohibició dels actes de disposició sobre l'habitatge només en els casos que en comprometin l'ús".

### 3r) La literalitat de l'art. 83.2.b del Codi de família

Una interpretació estrictament literal de l'indicat precepte semblaria conduir a una única i inequívoca conclusió: la voluntat del legislador d'establir sempre i en tot cas un termini en l'atribució de l'habitatge familiar, tant si hi ha fills menors d'edat com si no. Per al primer supòsit (on s'assenyala la preferència d'atribució en favor del cònjuge encarregat de la guarda dels menors), la duració estarà marcada, amb caràcter general, per l'edat d'aquests, ja que la cessació de la guarda comportarà també la de l'ús de l'habitatge. Per al segon supòsit, és a dir, per al cas d'inexistència de fills (perquè el matrimoni no n'ha tingut o perquè s'han emancipat), es faria l'atribució al cònjuge més necessitat de protecció, sempre amb caràcter temporal, sense perjudici d'atorgar pròrroga en cas que subsistís aquella necessitat.

A tenor d'aquesta interpretació literalista, la temporalitat seria, doncs, requisit inherent a l'atorgament de l'ús de l'habitatge, entre altres coses perquè l'art. 83.b *in fine* fa referència a la possibilitat d'acordar pròrroga i, per definició, només pot prorrogar-se allò que prèviament té assenyalat un termini.

**Tercer.** Resulta, però, que el mateix precepte disposa que l'atribució en qüestió es farà per "mentre duri la necessitat" del beneficiari. Això vol dir que hi haurà casos —certament excepcionals— en què, essent previsible la permanència de la necessitat o altament improbable la seva superació, no quedarà opció altra, malgrat la literalitat del precepte, que sotmetre la regla general de la temporalitat a la duració de la necessitat, de tal manera que serà aquesta darrera la que, en definitiva, acabi —o no— imposant un termini a l'ocupació; amb el benentès que, arribat el cas, serà el propietari qui haurà d'invocar i demostrar la cessació d'aquella necessitat que es presentava raonablement com indefinida.

Heus aquí, doncs, que la recta intel·ligència del precepte mena a les següents conclusions:

a) En absència de fills (per inexistència o emancipació) l'habitatge familiar (tant si pertany a un sol dels cònjuges com si pertany a ambdós, i amb el règim dominical que sigui) s'atribuirà al cònjuge més necessitat de protecció, circumstància que s'avaluarà judicialment a tenor del resultat probatori.

b) Aquesta atribució es farà a partir d'una ponderació judicial de la previsible duració de les necessitats del cònjuge més mancat. En el cas que tal previsió apunti a una necessitat raonablement duradora i invariable en el temps, podrà no assenyalar-se termini, sens perju-

dici de les facultats revisores del propietari (o copropietari) si es produís una modificació de les circumstàncies.

c) En supòsits de copropietat, qualsevol dels dos cònjuges podrà instar en el moment que estimi oportú l'acció de divisió de la cosa comuna, sens perjudici que, consolidada la totalitat del domini, el cònjuge no beneficiat per l'atribució de l'ús de l'habitatge o un tercer, hagi de respectar la decisió que sobre aquest ús s'hagi fixat judicialment; ús inscripible en el Registre de la Propietat i que causarà els efectes protectors inherents al principi de publicitat registral.

**Quart.** Considerat això, i atesa la intangibilitat del *factum* de la sentència recorreguda per tal com no ha estat combatut mitjançant el corresponent recurs per infracció processal, cal valorar que aquella declara provat respecte al marit que “con tal cifra, 435.000 pesetas, si descontamos de ella el importe de la pensión compensatoria solicitada por la demandante, le quedan para vivir 260.000 pesetas, mientras que la esposa, sumando a las 175.000 pesetas lo que hemos calculado como valor de la atribución del uso, 75.000 pesetas, le corresponde una cantidad equivalente de 250.000 pesetas” (fonament jurídic segon). Si a això hi afegim que “se trata de un matrimonio que se separa en el año 2003, después de haber convivido juntos durante 45 años y teniendo en común seis hijos”, que “la demandante cuenta en la actualidad con más de sesenta años, ha dedicado toda su vida a la familia y sus atenciones (sólo diez años estuvo trabajando en tareas domésticas), carece de cualquier tipo de ingresos por trabajo personal (...). El marido, por el contrario, percibe una nómina y una pensión de la seguridad social (...) ingresos que se sostendrán en el futuro y que le permiten perfectamente sufragar un gasto de alquiler suficiente a sus necesidades; también, en el caso que su enfermedad lo exija, podrá pagar los gastos de las atenciones que requiera (...) pues reconoció poseer un patrimonio, producto del ahorro de 10.000.000 de pesetas (descontando 1.499.989 pesetas, debe contabilizársele la cifra de 8.500.031 pesetas). Con tales datos, sólo puede sostenerse que el interés más necesitado de protección es el de la esposa”; judici de valor que comparteix plenament aquesta Sala i que justifica a bastament l'atribució a la demandant de l'habitatge familiar sense limitació de temps mentre duri la necessitat que l'ha motivada.

**Cinquè.** D'acord amb els art. 394 i 398 LEC, i atesos el seriosos dubtes de dret que presentava la qüestió resolta, escau no fer cap pronunciament sobre imposició de costes.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Joan T. A. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona de sis de març de 2003, dictada en el rotlle de separació núm. 17/2003, derivat del procediment 13/2002 del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 4 del Vendrell; sense imposició de costes a cap litigant.

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

793  
**SENTÈNCIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003**  
*Antoni D.A. i un altre / Antoni L.I.*

**Constitució del dret real de servitud per signe aparent: requisits**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació de la Sra. Mariana A. C. i del Sr. Antonio D. A., representats davant aquest Tribunal per la procuradora Sra. Beatriz Aizpún Sardá i dirigits per l'advocat Sr. Alejandro Labella Onieva, contra la Sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona el 23 de setembre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la que va dictar el Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Sant Feliu de Llobregat el 31 de juliol de 1999, en el procediment de judici de menor quantia núm. 26/98. La Sra. M<sup>a</sup> Carmen O. F. i el Sr. Antonio L. I., aquí part recorreguda, han estat representats en aquest Tribunal pel procurador Sr. Jaume Guillem Rodríguez i dirigits per l'advocat Sr. Jaume Valero Texidor.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Jordi Navarro Bujia, en nom i representació del Sr. Antonio D. A. i de la Sra. Mariana A. C., va formular demanda de judici de menor quantia núm. 26/98 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 5 de Sant Feliu de Llobregat. Així mateix el procurador Sr. Antonio Urbea Aneiros, en nom i representació del Sr. Antonio L. I., va formular demanda de judici de menor quantia núm. 36/98 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 1 de Sant Feliu de Llobregat. Seguida la tramitació legal, es van acumular totes dues demandes i el Jutjat va dictar Sentència amb data 31 de juliol de 1999, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando la demanda formulada por D. Antonio L. I. y D<sup>a</sup> Carmen O. F., representados por el procurador D. Antonio Urbea Aneiro, así como su demanda reconvenicional contra D. Antonio D. A. y D<sup>a</sup> Mariana A. C., representados por el procurador D. Jordi Navarro Bujia, debo declarar y declaro lo siguiente:

"a) Que Don Antonio L. I. y su esposa Doña Maria Carmen O. F., son dueños en pleno dominio de la finca: 'Urbana: Casa compuesta de planta sótano, distribuida en dos viviendas y planta baja distribuida en una sola vivienda, con frente a la calle XXX, nº XX, de Sant Joan Despí. La planta sótanos tiene una superficie edificada de noventa metros cuadrados,

distribuida en dos viviendas denominadas sótanos primera de cuarenta y cinco metros cuadrados esta vivienda y sótanos segunda, de cuarenta y cinco metros cuadrados edificadas esta vivienda. La planta baja tiene una superficie edificada de noventa metros cuadrados, distribuida en una sola vivienda; edificada sobre una porción de terreno con frente a la calle XXX de Sant Joan Despí de superficie ciento setenta y seis metros cuadrados. Linda; frente, dicha calle; derecha, entrando, propiedad de Antonio S. S.; y dorso, resto de finca matriz. El terreno de esta finca se segrega de la nº 1582, al folio 216 del tomo 675 del Archivo, libro 38 de Sant Joan Despí. Inscrita: Al Tomo 2160. Libro 183 del Ayuntamiento de Sant Joan, folio 222, finca 18.882, inscripción 2ª. Y que la misma se halla libre de toda servidumbre de paso a favor de la finca propiedad de los demandados.

“b) Que, en consecuencia, se declara que los Sres. Antonio D. A. y Mariana A. C. no tienen derecho de paso sobre la referida finca de los actores, debiendo abstenerse aquéllos de transitar por la misma, condenándose a los citados demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a abstenerse de efectuar cualquier acto que las contradiga.

“c) Se reconoce y se declara el derecho de D. Antonio L. I. y Dª Carmen O. F. de poder derribar el deteriorado muro de separación entre su propiedad y la colindante, por su parte trasera, y el derecho a edificar otro que esté situado justamente sobre la línea de delimitación de ambas fincas, ocupando la mitad de su anchura la finca de los mentados actores y la otra mitad de la anchura del muro, la finca de los demandados y, desde luego, dejando el tubo de desagüe de aguas pluviales, que pertenece a la vivienda de los señores L. y O. y que está adosado al pilar situado en la parte derecha de fachada posterior, dentro de la propiedad los mismos.

“d) Se reconoce y declara el derecho de los Sres. L. y O. a cerrar la abertura que por la parte trasera de ambas propiedades, la comunica, impidiendo el normal e íntimo desarrollo de la vida en propiedad y en familia que por los Sres. D. y A. les está siendo perturbada.

“e) Se condena solidariamente a D. Antonio D. A. y a Dª Carmen O. F. al pago íntegro de las costas generadas en el presente proceso.

Se desestima la demanda interpuesta por D. Antonio D. A. y Dª Mariana A. C. así como su demanda reconvenzional contra D. Antonio L. I. y Dª María Carmen O. F.”.

Aquesta sentència fou rectificada per interlocutòria de data 23 de setembre de 1999, que a la seva part dispositiva deia: “Rectifico el error material advertido en el fallo (apartado e) de la sentencia recaída en fecha 31 de julio de 1999 en el sentido siguiente: “Se condena solidariamente a D. Antonio D. A. y a Dª Mariana A. C. al pago íntegro de las costas generadas en el presente proceso”.

**Segon.** Contra aquesta sentència, el Sr. Antonio D. A. i la Sra. Mariana A. C. van interposar recurs d'apel·lació, el qual es va admetre i es va substanciar a la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 23 de setembre de 2002, amb la següent part dispositiva: “Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la Sra. Mariana A. C. i el Sr. Antonio D. A. contra la Sentència dictada per la titular del Jutjat de 1a Instància núm. 5 de Sant Feliu de Llobregat de 31 de juliol de 1999 en el procediment del qual deriven aquestes actuacions, confirmar aquesta resolució amb la precisió, però, que consta en el darrer paràgraf del quart dels raonaments jurídics.

Són a càrrec de l'apel·lant les costes que deriven del recurs interposat”.

**Tercer.** Contra la sentència anterior, la Sra. Mariana A. C. i el Sr. Antonio D. A. van interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 19 de juny de 2003, aquest Tribunal es

va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 18 de setembre de 2003, a les 11 hores del matí, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS JURÍDICS

**Primer.** Contra la Sentència de l'A.P. de Barcelona (Secció Primera) de 23 de setembre de 2002 interposa la representació del Sr. Antonio D. A i la Sra. Mariana A. C. el present recurs de cassació, que fonamenta en dos motius que, literalment ressenyats, expressen que “la sentència de la presente casación se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia” (motiu primer) i que “la sentencia objeto del presente recurso está resolviendo una cuestión sobre la que todavía no se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya”.

Tan deficients enunciats col·locarien el present recurs al llindar mateix de la seva desestimació per defectuosa formulació, si no fos que en el seu desenvolupament es citen determinades normes jurídiques amb certa aportació jurisprudencial, la qual, independentment de la seva la major o menor fortuna, possibiliten, no sense una generosa posició antiformalista d'aquest Tribunal, entrar a conèixer del present recurs.

Per a la seva resolució cal tenir en compte, encara que sigui en síntesi, la següent realitat fàctica, declarada provada en la sentència i en cap moment combatuda en el recurs. Deriva el procés del fet que les parts litigants són propietàries de sengles cases que limiten entre elles per les seves respectives parts de darrere. Aquestes dues edificacions pertanyien antigament a un mateix propietari que les uní de la manera que expressa la sentència: “va construir les dues cases a la finca de la seva propietat i va dividir amb una petita paret els patis de cada una d'elles deixant, però, una obertura a un lateral on es va instal·lar una porta metàl·lica que permetia passar d'una casa a l'altra sense haver de sortir al carrer”. Això ho féu perquè en una casa hi vivia l'esmentat propietari amb la seva esposa i, a l'altra, la seva filla. El passadís “tal com va ser construït permetia que els que ocupaven la casa del nº XX del C/ XXX poguessin accedir a l'habitatge del Pg. XXX, núm. XX, i els d'aquesta casa per l'entrada del núm. XX del C/ XXX, però no era aquesta la finalitat buscada, sinó la comunicació entre les dues finques: la dels pares i la de la filla. (...) L'existència del passadís des de la construcció de les cases no és una qüestió controvertida, i tampoc no ho és la seva propietat. El que discuteixen els litigants és el dret de pas que els actuals propietaris de la finca XXXX reclamen com a servitud de pas en favor de la seva finca” (dels fonaments de dret primer i segon).

La sentència combatuda, després de recordar que el tipus de servitud coneguda com a constitució per destinació del pare de família exigeix que en el moment de trametre una de les finques es mantingui el signe aparent de servitud, continua dient que “no és pas això el que succeeix en el cas que s'examina perquè, fins i tot en el supòsit que es pogués considerar acreditat que els ocupants de la finca pretesament dominant van continuar usant el pas litigiós més enllà de l'any 1972 (la filla de l'anterior propietari ha negat rotundament que fos així), el que és evident, perquè ho admet la mateixa part demandant, és que aquell pas



s'hauria deixat d'utilitzar (els testimonis dels demandants es refereixen a la porta tancada amb candau —*sic*—) i fins i tot hauria quedat anul·lat (amb la construcció d'uns elements d'obra que impedeixen absolutament el pas) abans de l'any 1988, quan es va trametre una de les finques. Per tant, difícilment es pot mantenir, com ho fa la part apel·lant, que la servitud s'hauria d'entendre constituïda per disposició legal i per aplicació d'aquell precepte, quan en el moment de trametre la propietat d'una de les finques (novembre del 1988) el signe aparent de servitud s'havia fet desaparèixer”.

Per tant, el recurs hauria de decaure sense més consideracions, per tal com la part agent incorre en el vici denominat *fer supòsit de la qüestió*, que consisteix “como repetidamente ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo (sentencias de 4 abril y 23 de junio de 1998) en fundamentar un motivo de casación partiendo de datos fácticos diferentes a los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto de recurso, sin obtener previamente su modificación o la integración con aquellos que sustentan la impugnación” (S. del T.S. de 6 d'abril de 2000).

En efecte, la part recurrent ha renunciat a invocar, mitjançant el recurs extraordinari d'infracció processal, cap vulneració de precepte valoratiu de la prova; en conseqüència, sí, com a aquí s'esdevé, l'òrgan judicial *a quo* ha portat a terme una activitat hermenèutica tècnicament lògica i racional mitjançant la qual ha considerat “evident” l'eliminació del signe aparent de servitud (en la hipòtesi que aquesta hagués existit) amb anterioritat a la transmissió de la propietat d'una de les finques, caldrà atènyer-se a aquesta realitat de fet que, per si mateixa, impedeix absolutament aplicar —i això és el que postula el recurs en els seus dos motius— l'art. 541 del Codi civil. Aquest precepte sotmet la seva virtualitat a un *factum* que exigeix la subsistència del signe aparent de servitud en el moment d'atorgament de l'escriptura d'alienació, i això, com ja s'ha dit, ho refusa la sentència recorreguda quan assevera amb rotunditat que “no és pas això el que succeeix en el cas que s'examina”; el que es diu sense necessitat, doncs, d'analitzar la certament polèmica qüestió d'aplicabilitat o no a Catalunya del referit precepte del Codi civil.

Per tant, “todo lo dicho, unido a la doctrina constante y pacífica emanada de la jurisprudencia de esta Sala que determina que el *factum* de la sentencia deviene en intocable por vía casacional cuando el mismo se haya configurado con racionalidad y desechando cualquier atisbo de conculcación de los más elementales parámetros de la lógica; conduce al fracaso del recurso ya que lo contrario significaría un ataque inaceptable a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, convirtiéndolo en una tercera instancia o apelación limitada”.

**Segon.** La desestimació total del recurs de cassació comporta, d'acord amb els art. 394 i 398 de la LEC, la imposició de les costes d'aquesta alçada a la part recurrent i la pèrdua del dipòsit que en el seu moment es va constituir.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix que desestima el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Antonio D. A. i la Sra.

Mariana A. C. contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 1a) de 23 de setembre de 2002 en el rotlle d'apel·lació núm. 1218/99, derivat del judici de menor quantia núm. 26/98, derivat del Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Sant Feliu de Llobregat, amb imposició de les costes d'aquesta alçada a la part recurrent.

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

794  
**INTERLOCUTÒRIA DE 22 DE SETEMBRE DE 2003**

**Qüestió de competència territorial negativa derivada d'un procediment monitori: competència de l'organisme jurisdiccional del domicili del deutor**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** Amb data 31 de juliol de 2002 es va registrar d'entrada al Jutjat Degà de Tarragona una demanda de judici monitori presentada per S.A. de Promoción y Ediciones contra Benito G. M., en reclamació de la quantitat de 458,27 euros. El 29 de gener de 2003 el Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Tarragona es va declarar incompetent per a conèixer de l'assumpte a favor del Jutjat Degà de Figueres, al qual es van remetre les actuacions. Per Interlocutòria de 24 d'abril de 2003 el Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Figueres va declarar la falta de competència territorial i va remetre les actuacions a aquesta Sala perquè resolgui l'escaient.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** La present qüestió de competència negativa afecta el Jutjat de 1<sup>a</sup> Instància i Instrucció núm. 6 de Figueres i el de Primera Instància núm. 5 de Tarragona, i es presenta davant aquesta Sala per raó de la competència que li atribueix l'art. 73.2.c de la Llei orgànica del poder judicial.

Deriva aquesta qüestió de la interposició per part de SA de Promoción y Ediciones, davant del Jutjat de 1<sup>a</sup> Instància núm. 5 de Tarragona, d'un procediment de judici monitori contra el Sr. Benito G. M., en reclamació de la quantitat resultant de les relacions comercials hagudes entre els litigants. L'esmentat Jutjat en un primer moment acollí la demanda i practicà el corresponent requeriment, que resultà infructuós, al domicili facilitat per la part agent, a saber, al C/ XXX, núm. XX, de Tarragona. Sobre això manifestà l'agent judicial que no contestà ningú a les seves successives crides i que, "después de proceder a llamar al resto de los timbres del portal sin obtener ninguna contestación y tratándose de un edificio en bastante mal estado", li fou manifestat que en aquell immoble no hi residia ningú, a causa del seu estat ruïnós. Això motivà que l'esmentat Jutjat demanés informació a l'Oficina de

Consulta Registral de l'Agència Estatal de l'Administració Tributària, que contestà en el sentit que el demandat tenia el seu domicili a Roses, partit judicial de Figueres, i a favor d'aquest s'inhibí el de Tarragona, amb remissió de l'expedient.

El Jutjat de Primera Instància i Instrucció nº 6 de Figueres, per la seva banda, declarà així mateix —i malgrat l'informe en sentit contrari de la Fiscalia de Girona— la seva incompetència territorial, que va fonamentar, en síntesi, en el que disposa l'art. 441 de la LEC, a saber, que les alteracions que es produeixin quant al domicili de les parts no modificaran la competència territorial. Així doncs, el fet que en un primer moment el Jutjat de Tarragona admetés aquesta competència fins al punt de practicar un primer requeriment, comporta que no es pugui alterar posteriorment.

**Segon.** Aquest criteri no pot ser compartit per aquest Tribunal pels motius següents:

a) Com assenyala aquest Tribunal en una resolució de 16 de maig de 2002 “el art. 813 de la LEC, en sede de procedimiento monitorio, impone la competencia territorial al juez del domicilio o residencia del deudor, con un fuero subsidiario, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos de requerimiento de pago por el tribunal. En definitiva, la ley señala dos sedes: una primera, formal-tuitiva, la del obligado al pago, y otra segunda, subsidiaria, material-efectiva, la del lugar donde realmente pueda ser habido”.

b) En conseqüència, la preferència per a conèixer de l'assumpte s'ha d'atorgar, amb caràcter principal i com a regla general, en favor del domicili del demandat. Només quan, en la realitat del fet, es presentin dades indicatives d'una falta d'harmonia entre domicili formal i residència efectiva, entrarà en joc l'esmentat criteri subsidiari.

En el cas, però, tot indica que aquell primer domicili formal facilitat pel demandant, ha deixat de constituir el lloc de residència real del demandat, atès el referit estat ruïnós de l'edifici, i això fa suposar que la recerca en aquest lloc tornaria a esdevenir completament inútil. En canvi, figuren a les actuacions dades més actualitzades sobre un altre domicili del demandat a Roses, al qual caldrà atènyer-se per a determinar la competència territorial. No és acceptable, en efecte, el rígid criteri hiperformalista segons el qual l'acceptació inicial de la competència per part del Jutjat de Tarragona conforma una mena *d'acte propi* processal amb efectes inderogables malgrat la impossibilitat d'una efectiva pràctica del requeriment de pagament, sobretot considerant que, atesa la importància que en un procediment monitori té aquest requeriment (en cas de silenci, es despatxa execució contra l'obligat), no falten pronunciaments indicatius que el vertader procediment judicial no s'inicia pròpiament fins a l'efectivitat del requeriment o definitiva constància de la seva impossibilitat, raó per la qual tampoc operaria l'art. 441 de la LEC que invoca l'esmentat Jutjat de Figueres.

c) Tot el que s'ha exposat mena, doncs, a dirimir la present qüestió de competència en favor del Jutjat de Primera instància i Instrucció núm. 6 de Figueres.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix declarar la competència territorial del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 6 de Figueres, al qual haurà de remetre les actuacions el Jutjat núm. 5 de Tarragona, per al coneixement del

procés monitori núm. 65/2003, derivat de la demanda interposada per SA de Promoción y Ediciones contra el Sr. Benito G. M.

Notifiqueu aquesta resolució al Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Tarragona i a l'esmentat Jutjat de Figueres, al qual s'haurà de remetre la documentació escaient.

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

795  
**INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE SETEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès casacional per existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: inadmissió de la queixa**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** La representació del Sr. Luis L. P. ha interposat recurs de queixa contra la Interlocutòria de 12 de juny de 2003 que va denegar la preparació de recurs de cassació contra la Sentència de 28 d'abril de 2003 dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona. El recurs de reposició va ser desestimat per Interlocutòria de 25 de juliol de 2003.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** S'ha de confirmar íntegrament la resolució combatuda atès l'encert de la seva fonamentació, en la qual l'A.P. de Barcelona (Secció 12a) ressenya (Interlocutòria de 12 de juny de 2003) que “las sentencias que cita el actor de la Audiencia Provincial de Barcelona y de la Audiencia Provincial de Asturias no constituyen, en su escasa transcripción y enunciación, resoluciones contradictorias con la Sentencia de esta Sección de 28 de abril de 2003 ni fundan ninguno de los supuestos que exige el art. 477.3º de la Ley Adjetiva 1/2000, de 7 de enero para apoyar la petición formalizadora del recurso por interés casacional”.

a) En efecte, el recurs de cassació el prepara el recurrent invocant un interès casacional “por cuanto la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y de las Audiencias Provinciales”, però en cap moment s'identifica la doctrina d'aquesta Sala pretesament vulnerada per la resolució combatuda, ni tampoc es demostra l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials.

Respecte a això darrer s'ha de ponderar que, com molt bé assenyala la interlocutòria denegatòria del recurs de cassació, “en una materia como la relativa a guarda y custodia donde rige el principio de defensa de oficio en la protección de los derechos de los menores

(art. 91, 92, 158 CC y 76 y 82 Código de familia) no hay doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contradictoria de las distintas audiencias provinciales, que, de manera inconcusa, otorgue al hijo, de la edad de trece años, el derecho a escoger con cuál de los progenitores ha de quedar en guarda y custodia, pues sin prescindir de la preceptiva audiencia al menor, la decisión corresponde al juzgador según las circunstancias del caso”.

Ja aquest mateix Tribunal (Interlocutòria en recurs de cassació núm. 108/2002) tingué ocasió d'expressar (encara que referit a l'art. 135.3 del Codi de família, però en el mateix ordre d'idees, és a dir, amb referència a allò que és, per definició, eminentment casuístic i, per tant, no apte per accedir a la cassació) que “les afirmacions de la recurrent conforme el cas presenta qüestions jurídiques, consistents a interpretar què s'ha d'entendre per *justa causa* o si el dret dels avis a relacionar-se amb el nét és incondicional i preferent al del menor, constitueixen els purs artificis als quals es refereix el Tribunal Suprem per intentar la part accedir il·licitament a un recurs extraordinari que li està vedat (...), el concepte de *justa causa* és intel·ligible fora del conjunt circumstancial. Serà una concreta casuística — i res més — el que farà que en unes ocasions els tribunals apreciïn i en altres no l'existència de justa causa per a suspendre, modificar o denegar el dret dels familiars a relacionar-se amb els seus parents menors, apreciacions fàctiques desproveïdes del menor interès cassacional”.

b) Però és que, *ad abundantia maior*, també s'esdevé palesa la inadmissibilitat del recurs en consideració al que ha dit el Tribunal Suprem (per totes, Interlocutòria de 2-10-2001): “mal puede afirmarse que se haya justificado la presencia del interés casacional que posibilita el recurso de casación toda vez que al invocarse tal presupuesto de recurribilidad debe quedar justificado, ya en la fase inicial de preparación, que existen dos sentencias firmes de una Audiencia Provincial o Sección de la misma, decidiendo en sentido contrario a otras dos sentencias firmes de otra Sección o Audiencia distinta (...) sin que baste la simple divergencia entre la sentencia que se intenta recurrir en casación y otra u otras sentencias del mismo órgano jurisdiccional o distinta Sección o Audiencia, pues lo que constituye *interés casacional* no es la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales, que ha dado lugar a esa *jurisprudencia contradictoria*, que el legislador ha considerado *interesante* evitar, configurando la vía del ordinal 3º del art. 477.2 LEC 2000 como un medio de unificación indirecto”, de tal manera que en la mateixa resolució ensenya l'Alt Tribunal que s'han d'aportar dues sentències a les quals “se contrapongan otras dos que hayan resuelto en sentido contrario, siquiera fuera la que se pretende recurrir y otra más de la misma sección orgánica de la Audiencia”. I finalment conclou que la inobservança d'aquestes formalitats, fins i tot ja en l'escrit de preparació del recurs “constituye un supuesto de preparación defectuosa en la medida en que no permite apreciar la concurrencia del presupuesto que condiciona la presencia del interés casacional”.

c) I encara pot afegir-se una darrera raó d'inviability del recurs de cassació, que és el fet que el recurrent s'ha limitat a citar una sola sentència d'una Audiència Provincial d'aquesta Comunitat Autònoma (l'altra pertany a Astúries). Si es té en compte que, segons disposa l'art. 73.1 de la LOPJ, la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia coneixerà, com a Sala Civil, del recurs de cassació que estableixi la Llei contra resolucions d'òrgans jurisdiccionals de l'ordre civil amb seu a la comunitat autònoma, sempre que el recurs es fonamenti en infracció de normes del dret civil, foral o especial propi de la comunitat, resulta que d'aquest precepte n'emana una competència positiva per a aquest Tribunal, en la mateixa mesura que, *a contrario sensu*, en delimita una altra de negativa: la d'unificar cri-

teris entre una audiència provincial d'aquesta comunitat i una altra que no hi pertany (Interlocutòria dictada en recurs de queixa 92/2002).

En definitiva, l'actuació de la part recurrent suposa un clar incompliment dels requisits que estableix l'article 479.4 de la Llei processal civil quant al tràmit de preparació del recurs, la qual cosa, sobretot posada en relació amb el caràcter extraordinari del recurs de cassació, provoca la desestimació del present recurs de queixa.

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix que no és procedent el recurs de queixa interposat pel procurador dels tribunals senyor José Castro Carnero, que actua en nom i representació dels Sr. Luis L. P., contra la Interlocutòria de data vint-i-cinc de juliol del dos mil tres dictada per la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona, i confirma la resolució esmentada en totes les seves parts, sense fer cap pronunciament especial quant a les costes.

Trameteu al president de la Secció esmentada la certificació corresponent.

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



796  
**INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE SETEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's el recurs de cassació basat en la quantia: desestimació de la queixa**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats/ades:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**FETS**

**Únic.** Amb data 25 de juny de 2003 la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Interlocutòria que en la seva part dispositiva, deia: "Denegar la preparació del recurso de casación anunciado por el procurador D. Ildefonso Lago Perez contra la Sentencia de fecha 26 de mayo de 2003 recaída en la alzada".

Contra l'esmentada interlocutòria el procurador Sr. Lago Pérez, en representació de la senyora Sacramento B., va presentar recurs de reposició que s'ha resolt de la següent forma: "Rechazar el recurso de reposición interpuesto por el procurador Sr. Lago Pérez en representación de D<sup>a</sup> Sacramento B. G. contra el Auto de fecha 25 de junio de 2003".

Contra les anteriors decisions el procurador senyor Ildefonso Lago Pérez, en nom i representació de la senyora Sacramento B. G., va presentar recurs de queixa que correspon resoldre a aquesta Sala.

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

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** Tal com s'infereix dels antecedents fàctics transcrits i accepta la mateixa recurrent en queixa, en la demanda que originà el judici del qual es deriva aquest recurs la demandant, ara recurrent, va fixar la quantia litigiosa de l'assumpte, prenent com a base el valor cadastral de l'immoble, en 1.866.930 pessetes.

La part recurrent, malgrat l'anterior, diu que sigui quina sigui la quantia consignada en la demanda, el que ha de prevaler als efectes del recurs de cassació és el valor dels béns.

Les afirmacions de la recurrent no poden ser ateses pel fet que van en contra de la doctrina d'aquesta Sala, que, pel que ara interessa, ha dit "que la quantia litigiosa queda fixada en els escrits de demanda i contesta, i que és a partir d'aquest moment que es produeix una *perpetuatio jurisdictionis* que no pot ésser alterada en cap fase o grau processal per interessos de les parts" (Interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de 4 de març de 2002).

Per les anteriors consideracions escau rebutjar els interessos de la recurrent.  
Vistos els preceptes esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de queixa interposat per la representació processal de la senyora Sacramento B. G. contra la Interlocutòria de data 25 de juny de 2003 que va denegar la preparació de recurs de cassació contra la Sentència dictada per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE SETEMBRE DE 2003****Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats/ades:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Presentats els anteriors escrits dels procuradors Srs. Quemada Cuatrecasas i Montero Brusell, s'uneixen a les actuacions. Es tenen per formulades les al·legacions que contenen.

**FETS**

**Únic.** Amb data 4 d'abril de 2003 el procurador senyor Àngel Quemada Cuatrecasas, en nom i representació del senyor Santiago S. M., va preparar recurs de cassació contra la Sentència de data 6 de març de 2003 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona.

Amb data 4 de setembre de 2003 es va dictar una provisió que deia: "La Sala ha de declarar-se competent per tal de conèixer d'aquest recurs de cassació per raó del que disposa l'article 484 de la Llei d'enjudiciament civil, atès que en l'escrit de preparació del recurs s'invoça com a infringit l'article 342 de la Compilació del dret civil de Catalunya. Pel que fa a l'admissibilitat del recurs de cassació de què es tracta, escau posar de manifest a les parts personades la possible causa d'inadmissió del recurs per tal que hi formulin les al·legacions que considerin procedents (art. 483.3 de la LEC). L'esmentada causa d'inadmissió es circumscriu al fet que s'invoquen com a sentències conformadores de l'interès cassacional resolucions que recullen una doctrina que no és aplicable al supòsit litigiós que ara s'analitza. En les sentències invocades la litis girava al voltant de donacions documentades en títol privat, mentre que en el cas en debat es tracta d'una donació en relació amb la qual s'ha extraviat l'escriptura pública, segons es dedueix de la sentència de l'Audiència. Consegüentment, s'atorga a les parts personades el termini de deu dies previst en l'article 483.3 esmentat, per tal que facin al·legacions que estimin oportunes".

Formulades les al·legacions per les parts personades, correspon a la Sala decidir sobre l'admissibilitat del recurs de cassació presentat.

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

## FONAMENTS DE DRET

**Únic.** La recurrent empara el recurs de cassació de què ara es tracta en el fet que, segons diu, concorre interès cassacional, ja que la sentència dictada per l'Audiència infringiria una doctrina forjada pel Tribunal Suprem en el sentit que la donació de béns immobles sense atorgar escriptura pública és nul·la i manca d'idoneïtat per adquirir-los.

Tal com es va posar en relleu en la provisió de 4 de setembre de 2003 i manifesta la part contra la qual es recorre, la doctrina invocada no és aplicable al debat.

Certament només cal una lectura de la sentència dictada per l'Audiència per observar:

Que l'Audiència estudia la normativa catalana reguladora de la prescripció adquisitiva, plasmada ara en l'article 342 de la Compilació, el qual no exigeix ni just títol ni bona fe per a la usucapió de béns immobles.

Que entre els raonaments de la sentència de l'Audiència escau destacar el següent: "(...) por consiguiente, si no se exige ni título ni buena fe, el hecho de que el demandante alegue que su posesión comenzó con la comentada donación, no puede en ningún caso llevarnos a la conclusión pretendida por el apelante con base a la reiterada Sentencia de 27 de septiembre de 1989, porque lo que únicamente se ha de tener en cuenta es el dato fáctico de la posesión en concepto de dueño durante el período de treinta años, y ello con independencia de cuál fuera el motivo o el título por el que se pudiera haber comenzado a poseer, debiéndose concluir que resulta indiferente la validez o no del título".

Davant de les anteriors consideracions s'ha de concloure que la jurisprudència citada com a suport del recurs de cassació no és aplicable al *thema decidendi*, pel fet que no afecta la possibilitat d'adquisició per prescripció adquisitiva declarada per l'Audiència, i per tant en cap cas ha pogut ser vulnerada en la sentència que es pretén recórrer.

Per consegüent,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix inadmetre el recurs de cassació plantejat pel procurador senyor Àngel Quemada Cuatrecasas, en nom i representació del senyor Santiago S. M., contra la Sentència de data 6 de març de 2003 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el seu rotlle d'apel·lació 885/01.

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

**SENTÈNCIA DE 2 D'OCTUBRE DE 2003***M. Lluïsa M.R. / Josepa P.M.*

**Constitució del dret real de servitud per signe aparent: la seva vigència en el dret civil català. Constitució del dret real de servitud per signe aparent segons el dret romà i el *ius commune*. Constitució del dret real de servitud per signe aparent en els casos de partició hereditària feta pel pare de família. Constitució del dret real de servitud per signe aparent i irretroactivitat de l'article 7è de la Llei 13/1990, de 9 de juliol. Constitució del dret real de servitud per signe aparent: requisits. Partició hereditària: naturalesa jurídica. Distinció entre llacunes legislatives i conjunts buits. Tradició jurídica catalana. Interpretació del dret civil de Catalunya: determinació dels seus criteris interpretatius**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 41/2003 contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 1106/00, como consecuencia de las actuaciones de juicio de menor cuantía núm. 6/00 seguidas ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Vic. La Sra. Luisa M. R. ha interpuesto este recurso representada por el procurador Sr. Francesc Ruiz Castel y defendida por el letrado Sr. Jaume Salés i Malina. Es parte contra la cual se recurre la Sra. Josefa P. M., representada por la procuradora Sra. Melania Serna Sierra y defendida por el letrado Sr. José María Ruiz Vilallonga.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El procurador de los tribunales Sr. Carles Arranz i Albó actuó en nombre y representación de la Sra. Luisa M. R. formulando demanda de juicio de menor cuantía núm. 6/00 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vic. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó Sentencia con fecha 27 de septiembre de 2000, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por D. Carles Arranz i Albó, en representación de D<sup>a</sup>. Luisa M. R., contra D<sup>a</sup>. Josefa P. M., debo absolver i absuelvo a ésta de las pretensiones ejercidas en su contra por aquella, no haciendo expresa imposición de costas, por lo que cada parte deberá soportar las causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por mitades iguales".

**Segundo.** Contra esta Sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó Sentencia en fecha 15 de enero de 2003, con la siguiente parte dispositiva: “Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Doña Luisa Martín Rico contra la Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2000 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Vic y, en consecuencia, se confirma dicha resolución, con expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante”.

**Tercero.** Contra esta Sentencia, el procurador Sr. Francesc Ruiz Castel, en nombre y representación de la Sra. Luisa M. R., interpuso recurso de casación que por auto de esta Sala, de fecha 26 de mayo de 2003, se admitió a trámite, y del cual se dio traslado a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**Cuarto.** Por providencia de fecha 30 de junio de 2003 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación, y de conformidad con el art. 485 de la Ley de enjuiciamiento civil se señaló para su votación y fallo, que han tenido lugar, el día 21 de julio de 2003, a las 10.30 horas de la mañana.

Se ha designado ponente al Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Contra la Sentencia de fecha 15 de enero de 2003, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación nº 1106/00, procedente de juicio de menor cuantía 6/00 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Vic, interpone recurso de casación la representación procesal de la demandante, D<sup>a</sup>. Luisa M. R.

El recurso se basa en dos motivos: la infracción por no aplicación del art. 7 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, del Parlamento de Catalunya, y la infracción por no aplicación del art. 52 del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento de Catalunya.

En realidad, sin embargo, el recurso se funda (como así lo entienden ambas partes según el ámbito del debate) en la aplicación o no en Catalunya del art. 541 del Código civil; aplicación en la sentencia de instancia que movió a esta Sala a admitir el recurso por su evidente interés casacional, habida cuenta de que no se ha formado todavía doctrina jurisprudencial al respecto.

**Segundo.** Son antecedentes fácticos de interés para la solución del presente recurso (sin discusión en este trámite) los siguientes:

La actora es copropietaria, junto con su marido, de una finca situada en la calle XXX, nº XX, de la villa de Sant Hipòlit de Voltregà. Dicha finca la adquirió de D. Salvador M. C. mediante contrato de compraventa escriturado en fecha 9 de noviembre de 1988 ante un notario de Torelló. La demandada, D<sup>a</sup>. Josefa P. M., había adquirido con anterioridad una finca vecina por cesión del remate aprobado en auto de 17 de mayo de 1975.

Esta segunda finca mantiene sobre la primera vistas directas desde el patio y desde el balcón de la casa.

En un principio ambas fincas pertenecieron, formando una sola, a D. Juan A. R. por compra a D. Antonio S. C. mediante escritura pública de 3 de noviembre de 1922, según consta en el Registro de la Propiedad. Fallecido D. Juan A., en fecha 10 de septiembre de 1951 se segregó la finca en dos, y los declarados herederos *ab intestato* de aquel, sus hijos D. Agustín y D. José A. P., se adjudicaron cada uno una de las fincas segregadas.

La finca de D. José A. es la que pertenece a la demandada tras la adjudicación por subasta; la de D. Agustín A. sufrió diversas transmisiones hasta ser adquirida en compraventa por la actora.

Según la sentencia recurrida (hecho no debatido tampoco) “se desprende justificado que la situación de hecho, que con la enajenación de una de las fincas dio lugar a la servidumbre de luces y vistas, existía ya desde 1900, aproximadamente, momento de la construcción de las referidas edificaciones”.

Con estos hechos, la parte actora ejercita en el presente procedimiento de acción negatoria de servidumbre, siendo desestimada su pretensión por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Vic. Apelada la sentencia, fue confirmada por la sentencia que ahora se combate. Ambas sentencias, como se ha dicho, fundan su decisión desestimatoria de la acción en la aplicación del art. 541 del Código civil, que, como es sabido, establece que: “La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura”.

Cabe añadir, finalmente, que ninguna de estas dos últimas previsiones normativas se dan en el presente supuesto; esto es, nada se dice respecto a la servidumbre de vistas en los sucesivos títulos de enajenación y tampoco, como se ha visto, se hizo desaparecer el signo aparente.

**Tercero.** Es obligado decir que sobre idéntico tema ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en su reciente sentencia de fecha 18 de septiembre pasado, por lo que muchos de los argumentos que aquí se expondrán no son más que repetición de los en ésta contenidos.

Con todo, resulta preciso detenerse siquiera brevemente sobre los dos motivos de recurso, el que *literalmente* estima infringido el art. 7 de la Ley catalana de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad y el que considera vulnerado el art. 52 del Código de sucesiones de Catalunya, ambos por su inaplicación.

No puede considerarse vulnerado el art. 7 de la Ley primeramente citada porque el mismo es efectivamente inaplicable.

Las dos sentencias de instancia ya cuidan de advertir al recurrente que tal precepto no puede ser de aplicación por cuanto los hechos constitutivos de su pretensión son anteriores a la vigencia de la Ley.

Otra cosa es que, en la regulación concreta que ahora se debate, la Ley, según la doctrina actual más autorizada, como se verá, no haya introducido propiamente ninguna innovación y se haya limitado a dar solución al tema de la aplicabilidad en Catalunya del art. 541 del Código civil, optando por la tesis negativa en seguimiento de la tradición jurídica catalana.

En cualquier caso, la Ley de 1990 no puede ser aplicada para regular situaciones surgidas al amparo de la Ley anterior, constituida por la Compilación del derecho civil de

Catalunya, pues no contiene ninguna disposición transitoria que así lo determine, habiendo ocurrido las últimas transacciones, que culminaron en la titularidad de los actuales litigantes, en 1975 y en 1988.

Por último, ya el propio recurrente admitió en su escrito de demanda la irretroactividad de la Ley (“Quan la Llei 13/1990, de 9 de juliol, modifica l’anterior legislació permetent l’adquisició de les dites servituds per prescripció, només podrà tenir efecte respecte dels actes ocorreguts després de l’entrada en vigor de la nova normativa”, puede leerse en dicho escrito).

Tampoco el art. 52 del Código de sucesiones de Catalunya ha sido vulnerado, en cuanto el mismo se limita a afirmar que: “Per la partició, cada hereu adquireix la propietat exclusiva dels béns adjudicats”. Dicho precepto ha sido inaplicado correctamente por la sentencia de instancia porque ninguna aplicación podría tener en el concreto caso enjuiciado.

El recurrente intenta traer a colación el precepto a la vista de una argumentación contenida en la Sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 2000, según la cual la partición hereditaria ha de considerarse como un acto especificativo o determinativo de derechos que no tiene el alcance de alienación a los efectos de la aplicación del art. 52 del Código, en cuanto que únicamente comporta la modificación de una situación jurídica anterior. En dicha resolución se añadía —de importancia por lo que luego veremos— que “esta solución enlaza con la tradición jurídica catalana, que admite que en la *divisio inter liberos* el testador asigna las fincas con la intención de que se mantenga la situación de hecho preexistente”.

Pero el recurrente olvida que, después de la adjudicación por sucesión intestada, ocurrieron las otras enajenaciones y en ninguna de ellas, como se ha dicho, se manifestó decisión contraria a la servidumbre ni se hizo desaparecer el signo, de modo que, como ya se le indica en la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo tiene establecido que no es necesario que el signo aparente de servidumbre lo cree el propio dueño de ambos fundos, sino al contrario, si constando previamente las servidumbres a favor o en contra de las respectivas fincas, el adquirente de ellas, una vez están bajo su titularidad, no las hace desaparecer, ello implica y comporta unos resultados equivalentes a la creación por el mismo de dichos signos que implícitamente ha aceptado y consentido (Sentencia de 8 de abril de 1988), lo que, en definitiva, viene a decir que la servidumbre, a los efectos del art. 541 del Código civil, permanece mientras no se haga desaparecer el signo o se manifieste contraria voluntad en las sucesivas enajenaciones.

**Cuarto.** Al amparo del recurso las partes han centrado su discusión, como se decía, en la aplicación en Cataluña del art. 541 del Código civil, como, por otra parte, era el objeto del pleito, según puede verse en el contenido de las dos sentencias de instancia, y cuestión que, por otro lado, podría abordar de oficio esta Sala en virtud del *iura novit curia*, sin producir ninguna indefensión.

El tema venía siendo controvertido de antaño, sin que existiera una unánime —siquiera mayoritaria— línea doctrinal o jurisprudencial clara en favor de alguna de las posiciones.

Tampoco esta Sala había tenido ocasión de pronunciarse al respecto, pues, como se expresaba en nuestra Sentencia de 3 de febrero de 2000 “esta Sala no ha llegado a posicionarse en forma contundente, marginando el tema las sentencias que se citan, de 5 de febrero de 1990 y de 9 de noviembre de 1992”.

Si nuestra doctrina no era unánime tampoco lo era la jurisprudencia. “El Tribunal Supremo, de antiguo, había aplicado con reiteración el precepto en Cataluña (sentencias de 31 de marzo de 1902, 20 de mayo de 1911 y 28 de diciembre de 1914), hasta llegar a la



Sentencia de 10 de diciembre de 1976 que, indirectamente, mediante confirmación de la de instancia, optó por la inaplicabilidad del precepto, lo que igualmente hizo, esta vez directamente, la Sentencia de 15 de marzo de 1977 dictada por la Sala Primera de la extinta Audiencia Territorial. Finalmente, ya más cerca de nuestros días, ha resuelto la cuestión en sentido afirmativo la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990” (sent. citada de 3 de febrero de 2000).

La aplicabilidad en Cataluña del art. 541 del Código civil encuentra aparente apoyo en la disposición final tercera de la Compilación, según redacción dada a la misma por el Texto refundido publicado en el Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio, que dice así: “Conformement al que disposa l’article 1 d’aquesta Compilació, sens perjudici de les normes de directa aplicació general, en el que no preveuen les disposicions del dret civil de Catalunya regeixen supletòriament el preceptes del Codi civil i de les altres lleis estatals de caràcter civil, en la mesura que no s’oposin a aquelles disposicions o als altres principis generals que informen l’ordenament jurídic català”.

Procede, sin embargo y a continuación, estudiar dos líneas argumentales: primera, si, efectivamente, existe en la materia de que se trata una verdadera laguna en la Compilación del derecho civil de Catalunya y, segunda, si, en cualquier caso, la institución contemplada en el Código civil se opone a los principios que informan el derecho civil catalán.

En la citada sentencia de esta Sala de 18 del pasado mes se analiza la distinción entre lo que es propiamente una laguna legal y lo que son conjuntos normativos vacíos; tratándose, en el primer caso, de la falta involuntaria de respuesta jurídica ante determinadas situaciones fácticas y, en el segundo, de la voluntaria omisión de aquella respuesta, que se desconoce en un ordenamiento aunque se encuentre regulada en otro.

Con la redacción originaria del art. 1.2 de la Compilación podría pensarse en la existencia de una laguna legal. “Per tal d’interpretar els preceptes d’aquesta Compilació hom prendrà en consideració la tradició jurídica catalana, encarnada en les antigues lleis, els costums i la doctrina de la qual deriven”, decía el artículo, y, ciertamente, no podía acudir a esos elementos interpretativos pues no existía precepto en la Compilación.

No era esta, sin embargo, la postura de toda la doctrina catalana. Los autores entendían que, antes de acudir a las normas del Código civil, debía *integrarse* el derecho civil catalán con la tradición y los principios generales que conformaban este ordenamiento. Así es de ver, por ejemplo, en las conclusiones del II Congrés Jurídic Català, que se exponen en la repetida sentencia del mes pasado. Y esta posición se recoge hoy en la Compilación misma, tras la reforma de 1984, quedando redactado el precepto del siguiente modo: “Per tal d’interpretar i integrar aquesta Compilació i les altres normes hom prendrà en consideració les lleis, els costums, la jurisprudència i la doctrina que constitueixen la tradició jurídica catalana, d’acord amb els principis generals que inspiren l’ordenament jurídic de Catalunya”.

En conclusión, habrá de analizarse ahora si la institución de las servidumbres por destino del padre de familia responde a la tradición jurídica catalana o, por el contrario, ésta la desconoce y voluntariamente no ha sido regulada en la Compilación.

Consultados los textos romanos y los comentarios de los romanistas puede llegarse a unas conclusiones serias:

El derecho romano clásico conocía varios modos de adquisición de las servidumbres:

1. Modos voluntarios, negocios *inter vivos* (*mancipatio* e *in iure cessio*, admitiendo ambos la *deductio*, en los fundos *in solo italico*, y los *pactionibus atque stipulationibus* en los fundos *in provinciali soli*) y negocios *mortis causa* (testamento).

2. Modos judiciales, mediante la *adiudicatio*.

3. Modos temporales, mediante el ejercicio de la prescripción, tanto adquisitiva ordinaria como inmemorial.

Pues bien, sólo en el derecho justinianeo se encuentran textos aislados que hablan de una constitución tácita de servidumbres, lo que sucede cuando el propietario de dos fundos destina, con signos visibles, uno de ellos al servicio del otro, entendiéndose entonces constituida la servidumbre por el hecho de dejar de pertenecer ambos predios al mismo propietario.

Los glosadores y la doctrina actual son contestes al afirmar que el derecho justinianeo parece admitir, *en casos esporádicos*, más que en línea general, este modo de constituir las servidumbres que los modernos llamamos *por destino del padre de familia*, quizás porque estos primeros casos se referían a la *divissio inter liberos*, y que encuentra su fundamento en los servicios que, de hecho, pero permanentemente, un fundo prestaba al otro cuando pertenecían a un único propietario. La unanimidad se da también cuando se apunta a Bartolo como el que fijó definitivamente los principios generales de esta forma tácita de constituir las servidumbres.

El derecho catalán acepta y asume, en general, los principios clásicos romanos, pero con su lógica adaptación, sobre todo en materia de servidumbres urbanas, por la distinta concepción de las edificaciones en Roma y Cataluña. En lo relativo a los modos de adquirir las servidumbres, el sentir romano se completa con la doctrina del Usatge *Omnes causae*, Ordinacions de Santacília (que más que un código de servidumbres, es un tratado bastante completo de las relaciones de vecindad entre los predios y, principalmente, de reglas de edificación en beneficio de los predios vecinos) y el *Recognoverunt proceres*.

Pero la institución que ahora se analiza no pasa por estos textos, sino que se incorpora directamente a los códigos de orientación napoleónica (entre ellos el español) por mor de su aparición en las Costumbres de París y de Orleans.

En efecto, ni en el Proyecto de Apéndice de Durán i Bas, ni en el Proyecto de 1930, ni en el Proyecto de Compilación ni en esta misma se halla referencia alguna a la institución. Antes bien, como se decía en la repetida sentencia anterior de esta Sala, no se adivina en el proceso de elaboración de la Compilación una idea similar a la del Código civil, dado que el derecho catalán tiene una normativa completa y diferenciada en materia de servidumbres que se rige por principios opuestos a la constitución tácita o presunta de aquellas.

Y sólo como materia normativa que conforma esta interpretación hay que citar el art. 7 de la Llei 13/1990, que de manera expresa dispone que “L’existència d’un signe aparent de servitud entre dues finques pertanyents a un únic propietari no es considera, si se’n transmet una, títol suficient perquè la servitud continuï si en l’acte d’alienació no es disposa així”, reafirmando la imposibilidad jurídica de una tácita constitución. La interpretación histórica —y auténtica— del precepto hay que relacionarla con el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora que contempla la necesidad no tan sólo de poner al día viejas instituciones, sino también de “neutralitzar les disposicions del Codi civil que s’entengui que no formen part del nostre dret”.

Y, en abundancia, la vigente Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación del derecho de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, además de establecer paladinamente que las servidumbres sólo podrán constituirse por título, otorgado voluntaria o forzosamente por disposición de la ley (art. 7.1), prohibir que pueda adquirirse cualquier servidumbre por usucapión (art. 7.4) y admitir la polémica figura de la

servidumbre en fundo propio (art. 8.1), declara que “en cas d’alienació de qualsevol de les finques, dominant o servent, la servitud sobre finca pròpia publicada únicament per l’existència d’un signe extern, només subsisteix si s’estableix expressament en l’acte d’alienació”.

No cabe más que repetir ya lo que la anterior —y citada repetidamente— sentencia concluía: que constituiría una incoherencia de nuestro sistema legislativo admitir en el lapso temporal anterior a la Ley de 1990 la servidumbre por destino del padre de familia, ya que no sería justificable que en el único período en que no existe regulación expresa se optase por una solución que no se infiere de los antecedentes históricos ni se ajusta a la regulación escrita posterior.

Solución, ya para terminar, que en absoluto se compeadece con el dinamismo inmobiliario actual, que deriva en soluciones injustas y discriminatorias (obedientes sólo a una antigua configuración de la propiedad en mano única) y en el anquilosamiento de un derecho que, en principio, se presume libre.

**Quinto.** Admitida, por cuanto antecede, la inaplicabilidad en Cataluña del art. 541 del Código civil y conformada la existencia de un signo aparente de servidumbre entre las dos fincas de autos, que, según la sentencia combatida, “resulta incontrovertible, según así lo reconocen ambas partes y se desprende con claridad de las fotografías obrantes en el procedimiento”, es procedente estimar el recurso de casación y, consecuentemente, la demanda instauradora de la litis, sin hacer expresa condena en las costas causadas en primera y en segunda instancias y en este recurso, por aplicación de los arts. 394 y 398 de la Ley de enjuiciamiento civil, al presentar la cuestión litigiosa serias dudas de derecho, como se desprende de lo argumentado.

Así pues,

## PARTE DISPOSITIVA

Debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el procurador de los tribunales D. Francesc Ruiz Castell, en nombre y representación procesal de D<sup>a</sup>. Luisa M. R., contra la Sentencia dictada en fecha 15 de enero de 2003 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación 1106/00, procedente del juicio de menor cuantía 6/00 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Vic; en su consecuencia, debemos estimar y estimamos la demanda formulada en su día por el procurador D. Carles Arranz i Albó, en nombre y representación de la citada D<sup>a</sup>. Luisa M. R., contra D<sup>a</sup>. Josefa P. M., representada en autos por la procuradora D<sup>a</sup>. Roser Magro y en este recurso por la procuradora D<sup>a</sup>. Melania Serna Sierra, condenando a la demandada a que efectúe a su costa las obras que se detallan en el dictamen del arquitecto unido a la demanda y referidas a la indicada demandada, con la finalidad de cesar en las vistas inconcensadas que tiene sobre la finca de la demandante; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en primera y segunda instancias y en este recurso.

Notifíquese la presente a las partes y, con testimonio de la misma, remítanse las actuaciones a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**INTERLOCUTÒRIA DE 6 D'OCTUBRE DE 2003****Recurs de cassació: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs**

Presidente:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrados/as:

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Ilmo. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Dada cuenta; los anteriores escritos de los procuradores Sres. Ferrer Massanas y Blanchar García, únanse; las copias a la otra parte; y,

**HECHOS**

**Primero.** La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ha remitido a esta Sala su rollo de apelación nº 403/2002 junto con las actuaciones del procedimiento ordinario nº 456/2001 del Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Barcelona en méritos del recurso de casación preparado por doña Francisca T. P. contra la Sentencia de 31 de enero pasado dictada por la indicada Sección en su aludido rollo de apelación.

**Segundo.** Por providencia de 4 de septiembre pasado esta Sala puso de manifiesto a las partes la posible incompetencia de este Tribunal para conocer del recurso de casación interpuesto. Las partes han presentado sendos escritos con las manifestaciones que son de ver en los mismos.

Es ponente el magistrado Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.** Aduciéndose como único motivo de casación la cuestión referida a la condena en costas impuestas por la Audiencia a la recurrente, es visto que este Tribunal no es competente para conocer de tal recurso al no venir fundado en norma alguna de derecho civil, foral o especial propio de esta Comunidad (art. 478.1, párrafo segundo, de la LEC) y que su enjuiciamiento corresponde a la Sala 1ª del Tribunal Supremo (art. 478.1 de la misma Ley), por lo que conforme al art. 484.1 de la propia Ley procesal procederá acordar la remisión de las actuaciones a la indicada Sala con el emplazamiento de las partes a que se refiere tal precepto.

En su virtud, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha resuelto:

**PARTE DISPOSITIVA**

No considerarse competente para conocer de este recurso de casación. Se remitirán las actuaciones a la Sala 1ª del Tribunal Supremo, a la que se estima competente, y se emplazará a las partes para que comparezcan ante ella en el plazo de 10 días.

Lo acuerda la Sala y lo firman el presidente y los magistrados mencionados al margen.

**800**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 6 D'OCTUBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

El magistrat ponent n'ha donat compte; i

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En una Interlocutòria de 2 de juny últim, dictada en el rotlle núm. 64/2002 de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Barcelona, no es va tenir per preparat el recurs de cassació que la representació processal del Sr. Domingo M. O. havia preparat contra la Sentència d'aquella Sala de 26 de març de 2003.

**Segon.** Contra aquesta resolució es va interposar un recurs de reposició, que es va desestimar per una nova Interlocutòria de 10 de juliol passat; i contra aquesta denegació (de tenir-li per preparat el recurs de cassació) el Sr. M. formula aquest recurs de queixa.

Actua com a ponent el magistrat de la Sala Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Les resolucions que es recorren en queixa han denegat al recurrent tenir-li per preparat el recurs de cassació del núm. 3r de l'apartat 2 de l'art. 477 de la Llei processal civil (interès cassacional) per defectes de l'escrit de preparació, que no compleix l'art. 479.4 d'aquella llei, segons el qual no és suficient expressar "la infracció legal que es consideri comesa", sinó que a més s'han d'esmentar dues o més sentències que demostrin la contradicció de la seva doctrina amb la de la sentència que es pretén recórrer, i cal també que es raoni com, quan, per què i en quin sentint s'ha vulnerat la doctrina d'aquelles sentències.

L'anterior fonament que l'Audiència invoca per denegar la preparació del recurs de cassació és l'exposat constantment per aquesta Sala, tal com ho palesen les interlocutòries de 9 de gener, 10 i 27 de febrer, dues de 6 de març, 14 i 28 d'abril, 29 de maig, 5 i 23 de juny i 18 de setembre, totes d'aquest any 2003, a més de moltes d'anteriors.

**Segon.** En el recurs de queixa el recurrent manifesta que “no puede por menos que admitir que no ha hecho ninguna referencia a esas exigencias”; i afegeix “pero la Sala creemos que debe considerar, en este caso, una interpretación menos rigurosa del precepto, habida cuenta que se ha acreditado por medio de documento público (...) el acta de notoriedad incorporada por DOC nº 5 que revela de forma inequívoca [que] el menor es heredero de su padre (...) [y que] se ha producido la interrogatio *in iure*; i aquestes consideracions porten al recurrent a “afirmar que cualquier sentencia de las dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo referidas a la existencia de los herederos abintestato declarados por acta de notoriedad (...) queda vulnerada por la Sentencia de la Audiencia cuando afirma que no se ha acreditado la condición de heredero del menor”; i afegeix que “lo mismo cabe decir respecto a la infracción del art. 28” perquè diu que “toda la doctrina del Tribunal Supremo ha sido vulnerada”; i acaba dient que “no aceptar el presente recurso de queja, habida cuenta lo afirmado en este escrito, podría suponer no obtener la tutela efectiva de los tribunales pudiéndose producir indefensión a la parte”.

**Tercer.** Aquestes manifestacions de la queixa no poden conduir a la seva estimació perquè l'incompliment dels requisits essencials en la preparació d'un recurs extraordinari com el de cassació, i tan singular com el d'interès cassacional, determina de manera inexorable la denegació de la preparació, com ha declarat el Tribunal Suprem en jurisprudència constant al mateix que aquesta Sala com hem assenyalat anteriorment; a part que els defectes de què el recurrent acusa la Sentència, referents a la manca d'apreciació d'una prova que considera rellevant —l'acta de notorietat que esmenta—, no són denunciabls per la via del recurs de cassació —en el qual sols es poden denunciar infraccions de naturalesa substantiva—, sinó per la via del recurs d'infracció processal de l'art. 469 de la LEC, tal com també ha declarat repetidament aquest Tribunal (sentències de 26 de març i 23 de juny de 2003, Interlocutòria de 16 de juny de 2003, etc.), i en conseqüència, la preparació d'un recurs de cassació per unes raons que no el poden fer admissible tampoc podria prosperar. Per aquests motius escau rebutjar la queixa.

Per tant, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Desestimar el recurs de queixa de què s'ha fet esment en els antecedents de fet. Comuniqueu-ho a la Sala *a quo*.

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

**801**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 9 D'OCTUBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** La representació de la Sra. Francisca B. R. va interposar recurs de queixa contra la Interlocutòria de data 12 de maig de 2003 dictada per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d'apel·lació 34/02, que va desestimar la preparació de recurs de cassació contra la Sentència dictada en data 31 de juliol de 2002. Aquesta interlocutòria va ser desestimada en reposició per una altra de data 1 de juliol de 2003.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Les resolucions de 12 de maig i 1 de juliol de 2003 que són objecte del recurs de queixa, han denegat tenir per preparat el recurs de cassació interposat sobre la base de l'interès cassacional, a l'empara de l'article 47.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil, per defectes en l'escrit de preparació del recurs, que es centren en l'incompliment de les exigències que estableix l'article 479.4 de la Llei esmentada, segons el qual no és suficient esmentar la infracció legal que es considera comesa, sinó que a més a més s'han d'esmentar les sentències que posin de manifest la doctrina jurisprudencial o jurisprudència contradictòria que pugui fonamentar l'interès cassacional que s'al·lega.

La Secció Setzena de l'Audiència Provincial de Barcelona fonamenta la seva decisió denegatòria en l'incompliment per la part recurrent de les exigències que estableixen els articles 477.2.3r i 479.4 de la Llei processal civil, ja que no és suficient la invocació de les infraccions legals que es consideren comeses i la invocació genèrica d'haver-se vulnerat una jurisprudència que ni tan sols s'esmenta, sense raonar els pronunciaments de la sentència d'apel·lació dels quals es pogués derivar la contradicció pretesa.

En el recurs de queixa la part recurrent al·lega, a favor de la concurrència d'un interès cassacional, que la sentència contra la qual es recorre prescindeix de la normativa del dret civil de Catalunya i aplica amb caràcter supletori normes del Codi civil, amb contravenció,



segons la mateixa part recurrent, de l'esperit del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, que en la seva exposició de motius precisa que no es pot aplicar cap altre dret que no sigui el català, ni tan sols com a punt de referència, i, per tant, la normativa que aplica la sentència d'apel·lació vulnera un dret fonamental de la part que ara recorre en queixa.

**Segon.** Les al·legacions de la part que recorre en queixa no poden conduir a l'estimació del seu recurs, perquè l'incompliment dels requisits essencials en la preparació d'un recurs extraordinari com és el recurs de cassació, i basat en un fet tan singular com és l'interès cassacional, determinen de forma inexorable la denegació de la preparació del recurs, ja que constitueix una càrrega de la part recurrent, i no de l'organisme jurisdiccional, determinar o precisar la fonamentació de l'interès cassacional.

S'ha de precisar, també, que l'article 479.4 de la Llei d'enjudiciament civil exigeix de forma taxativa que la part recurrent argumenti de quina forma, quan i en quin sentit la sentència d'apel·lació vulnera la doctrina jurisprudencial, requisit que té una justificació evident, ja que sols en aquest supòsit l'Audiència Provincial pot examinar si escau la revocabilitat que s'invoca i decidir sobre la preparació del recurs.

**Tercer.** Els raonaments anteriors, en relació també amb el caràcter extraordinari que es predica del recurs de cassació, posen de manifest que l'escrit de preparació del recurs implica un incompliment clar dels requisits que estableix la llei per a la preparació del recurs sobre la base de l'interès cassacional, defectes que s'han de considerar inesmables en el context d'un recurs extraordinari, amb la subsegüent desestimació del recurs de queixa.

Per tot el que s'ha exposat,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix no donar lloc al recurs de queixa interposat pel procurador dels tribunals senyor Sergi Bastida i Batlle, que actua en nom i representació de la senyora Francesca B. R., contra les interlocutòries de 12 de maig i 1 de juliol de 2003 dictades per la Secció Setzena de l'Audiència Provincial de Barcelona i confirmar la resolució recorreguda en totes les seves parts, sense fer cap pronunciament especial sobre costes.

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

**802**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 13 D'OCTUBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès casaccional: escau el recurs de cassació amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o de la quantia**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal de la Sra. Inés C. J. va interposar recurs de queixa contra la Interlocutòria de 7 de maig de 2003 que va denegar la preparació de recurs de cassació contra la Sentència dictada per la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d'apel·lació 966/02, de data 21 de març de 2003, i desestimada en reposició per una Interlocutòria de 2 de juliol passat.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Contra la Interlocutòria de l'A.P. de Barcelona (Secció 17) de dos de juliol passat, confirmatòria de la de set de maig de dos mil tres, per la qual es denegava a la representació de Rosa J. S., Inés C. J., Josep Maria C. J., Santiago C. J. i Albert C. J. tenir per preparat recurs de cassació contra la Sentència de l'esmentat Tribunal de vint-i-un de març de 2003, es formula el present recurs de queixa, respecte al qual convé ponderar que la causa per la qual es refusa tenir per preparat el referit recurs promogut per interès casaccional (art. 477.2.3 de la LEC) és que l'Audiència Provincial, atès que el litigi ha estat tramitat per raó de la quantia i no de la matèria, entén que "... el recurso de casación por interés casaccional del art. 477.2.3 de la LEC, según se señala en Acuerdo de 12 de diciembre de 2000, de la Sala Primera del T.S. y ha sido reiterado en numerosísimas ocasiones por el Alto Tribunal, se halla limitado a aquellas sentencias dictadas en juicios tramitados por razón de la cuantía, lo que debe llevar a desestimar el mismo, sin necesidad de realizar ulteriores consideraciones". Aquesta interlocutòria també justifica la falta de pronunciament sobre costes per tal com existeix "jurisprudencia contradictoria sobre el tema relativo al ámbito del recurso de casación por interés casaccional, ya que la doctrina del TSJC diverge en este punto de la del TS."

**Segon.** La queixa que es formula ha de ser acollida, atès que aquest Tribunal ha dit (per totes Interlocutòria de 18 d'abril del 2002) que “és un principi de dret ininterrompudament aplicat per la jurisprudència que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (sentències del Tribunal Suprem de 12 de gener de 1884, 11 de març de 1885, 27 de febrer de 1909, 31 de maig de 1949, 13 de maig de 1950, 11 de maig de 1964, 12 d'abril de 1988, 2 d'abril de 1990, 22 de febrer de 1993, 31 de desembre de 1994, etc.); i (...) l'Audiència, en interpretar el núm. 3r esmentat, fa unes distincions entre els processos substanciats per raó de la matèria o els especials, i els tramitats per raó de la quantia, que aquell precepte no fa; i atès que no existeix justificació legal per donar-hi suport, caldrà entendre que l'Audiència ha distorsionat aquell precepte i la voluntat del legislador pel que fa a la interpretació de les sentències que són susceptibles de ser impugnades en cassació (...). En efecte, el núm. 2n de l'art. 477.2 diu que són susceptibles de ser recorregudes en cassació per la seva via les sentències dictades en segona instància per les audiències ‘quan la quantia de l'afer excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes’ sense fer cap mena de distinció de procediments (ni dels substanciats per raó de la matèria, els especials, o els tramitats per raó de la quantia); cosa per la qual escau concloure, sense més additaments, que qualsevulla que hagi estat el procediment que s'hagi seguit i la classe de procés que s'hagi emprat, si la quantia de l'afer ultrapassa els 25.000.000 de pessetes el recurs de cassació per aquesta via del núm. 2n s'haurà d'admetre; i s'haurà d'admetre per la via del núm. 3r ‘quan la resolució del recurs presenti interès cassacional’, i en presentarà si concorre algun dels quatre supòsits de l'apartat 3 de l'art. 477 qualsevulla que sigui la quantia de l'afer i la classe de procediment emprat, ja que segons el núm. 3r de l'art. 477.2, l'únic que cal és que la resolució del recurs presenti interès cassacional; interès que, com diu l'apartat 3, presentarà si la sentència s'oposa a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia, o resol punts i qüestions sobre els quals existeixi jurisprudència contradictòria de les audiències provincials o si aplica normes que no fa més de cinc anys que estan en vigor, sempre que, en aquest darrer supòsit, no hi hagi doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia relativa a normes anteriors de contingut igual o similar”. Això podria matisar-se, encara, amb la no-limitació a l'esmentat lapse de cinc anys quan es tracti de normes d'aquesta Comunitat Autònoma respecte a les quals no existeixi doctrina d'aquest Tribunal, segons el tenor literal del darrer paràgraf de l'art. 477 de la LEC .

En aquesta mateixa Interlocutòria afegia la Sala que el núm. 3 de l'art. 477.2n “estableix la possibilitat de recórrer en cassació quan la resolució de l'assumpte presenta interès cassacional. I no imposa cap més condició. Són coses diferents les que regulen els art. 249.2 i 250. 2 i el 477.2.2n. I com que són coses diferents, la seva concordança no és possible i, per tant, aquesta Sala així ho ha d'entendre i aplicar en exercir la seva competència jurisdiccional per admetre (i aquí ara per tenir per preparat) els recursos de cassació que estableix la llei d'acord amb la previsió de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i, en execució d'aquest, d'acord amb allò que disposa l'art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial”.

**Tercer.** La transcrita doctrina esdevé aplicable al cas i mena, com s'ha assenyalat, a l'èxit del present recurs de queixa. En conseqüència, caldrà disposar que l'Audiència tingui per preparat el recurs formulat per la via de l'interès cassacional contra la Sentència de la Secció Dissetena de l'Audiència Provincial de Barcelona de vint-i-u de març de 2003, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 966/2002, sempre que, és clar, concorrin els altres requisits necessaris, cosa que haurà de ser apreciada sobiranament per l'òrgan *a quo* en ús de les seves atribucions.

Per la resta, i puntualitzant les referides manifestacions de l'Audiència pertocants a una pretesa jurisprudència contradictòria entre el Tribunal Suprem i aquesta Sala, si bé resulta exacta l'existència d'una interpretació diferent, en els termes a què es refereix la interlocutòria combatuda, entre ambdós òrgans judicials, aquest Tribunal Superior ha de seguir mantenint el seu criteri, tant perquè no existeix cap raó per considerar més plausible la interpretació legal que efectua el Tribunal Suprem sobre la que manté aquesta Sala, com també per inexistència de cap mena de superioritat o jerarquia hermenèutica entre ambdós òrgans judicials, atès que aquest Tribunal ostenta no només la competència, sinó el monopoli nomofilàctic, a través del recurs de cassació com a últim graó jurisdiccional, en tot allò referit al dret civil de Catalunya.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit estimar el recurs de queixa interposat contra la Interlocutòria de la Secció Dissetena de l'Audiència Provincial de Barcelona de dos de juliol de dos mil tres i, en conseqüència, deixar-la sense efecte, com també la precedent de set de maig de dos mil tres, perquè les actuacions segueixin la tramitació corresponent i perquè, si no concorre cap més causa d'inadmissió, es tingui per preparat el recurs de cassació formulat contra la Sentència de l'esmentat òrgan judicial de vint-i-u de març de dos mil tres, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 966/2002.

Així ho acorda la Sala i ho signen els magistrats que la componen esmentats més amunt.

**Capacitat per testar: presumpció de capacitat del testador. Capacitat per testar: abast de l'apreciació notarial sobre capacitat del testador. Nul·litat del testament per existència de maniobres doloses sobre la voluntat del testador: desestimació. Acció reivindicatòria: necessitat de provar el dret de propietat. Recurs de cassació: abast del formalisme en el recurs. Recurs de cassació: diferències amb el recurs extraordinari per infracció processal. Tutela judicial efectiva: la seva infracció s'ha de denunciar per la via del recurs extraordinari per infracció processal. Congruència: la manca de congruència s'ha d'impugnar per la via del recurs extraordinari per infracció processal. Recurs extraordinari per infracció processal per denegació de determinades proves: abast de les facultats dels organismes jurisdiccionals sobre admissió de les proves proposades. Recurs extraordinari per infracció processal per no fer la sentència recorreguda una relació de fets provats: improcedència. Recurs extraordinari per infracció processal per vulneració de les normes sobre càrrega de la prova: improcedència. Recurs extraordinari per infracció processal per vulneració de les normes sobre valoració de la prova: desestimació. Recurs extraordinari per infracció processal per inaplicació de presumpcions judicials: desestimació**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Ilmo. Sr. Ponç Feliu i Llansa

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 77/2003 contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 176/02 como consecuencia de las actuaciones de juicio de menor cuantía núm. 815/99 seguidas ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 22 de Barcelona. Los Sres. Joan Lluís i Joaquín María L. T. han interpuesto recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal representados por el procurador Sr. Antonio Mª de Anzizu Furest y defendidos por el letrado Sr. Manuel Serra Domínguez. Los Sres. José María, María Gemma, Araceli y Mercedes C. Z. y Miguel Damián, Carmen Mercedes y María Pilar S. C. han interpuesto recurso extraordinario de casación, representados por el procurador Sr. Jorge Rodríguez Simón y defendidos por el letrado Sr. Xavier Tatché Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El procurador de los tribunales Sr. Jorge Rodríguez Simón actuó en nombre y representación del Sr. Vicente T. S. formulando demanda de juicio de menor cuantía núm. 815/99 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó Sentencia con fecha 29 de octubre de 2001, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente: “FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Don Jorge Rodríguez Simón, procurador de los tribunales en representación de Don Vicente T. S. y, por fallecimiento de este y por sucesión procesal, de Don José María, Doña María Gemma, Doña Araceli y Doña Mercedes C. Z. y Don Miguel Damián, Doña Carmen Mercedes y Doña María Pilar S. C., contra Don Juan Luis y Don Joaquín de L. T., representados por el procurador de los tribunales Don Antonio M. de Anzizu Fures,t y consecuentemente declaro la titularidad exclusiva de Don Vicente T. S. y por transmisión *mortis causa* sucesión de sus herederos sobre la cuenta número 081-0129-48-0001199926 y su dominio pleno y exclusivo sobre las 17.746,63944 participaciones del MB FONDO 1 FIN depositadas en ella, y en su consecuencia deben ser modificadas las susodichas cuenta y depósito, dejándolos constituidos bajo la titularidad exclusiva de los herederos de Don Vicente T. S. Impongo las costas de esta demanda principal a los codemandados Srs. L. T. como litigantes vencidos.

“Desestimando íntegramente la demanda reconvenzional formulada por los Srs. L. T. contra los herederos de Don Vicente T. S., y consecuentemente declaro no haber lugar a decretar la nulidad del testamento abierto otorgado por Don Vicente T. S. ante el notario de Mallén D. Ramón García-Atance Lacadena el día 7 de septiembre de 1999. Lo que imposibilita que se declare la validez del testamento atribuido a Don Vicente T. S. de fecha 30 de noviembre de 1998 ante el notario de Barcelona D. José Bouzá Corchs y, como corolario, la nulidad de la escritura de aceptación de herencia de fecha 10 de marzo del 2000 ante el notario de Mallén D. Ramón García-Atance. Impongo las costas de esta demanda reconvenzional a los Srs. L. T., como litigantes vencidos”.

**Segundo.** Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó Sentencia en fecha 10 de febrero de 2003, con la siguiente parte dispositiva: “DECIDIM: Que estimant el recurs d’apel·lació interposat per la representació dels Srs. Joaquín i Juan Luis L. T. amb parcial revocació de la Sentència dictada en data 29 d’octubre de 2001 pel jutge del Jutjat de Primera Instància número 22 de Barcelona en les actuacions de les quals prové el present rotlle, hem de desestimar i desestimem íntegrament la demanda interposada en representació del Sr. Vicente T. S. i per defunció d’aquest i successió processal pel Sr. José Mª C. Z. i les Sres. María Gemma, Araceli i Mercedes C. Z. i el Sr. Miguel Damián S. C. i les Sres. Carmen Mercedes i Mª Pilar S. C. contra els Srs. Juan Luis i Joaquín de L. T., ja que entenem que no s’ha acreditat que el Sr. T. fos induït dolosament pels demandats a traspasar diners per l’adquisició i dipòsit en el compte del Banc Sabadell número 081-0129-48-0001199926 de les participacions de MB FONDO 1 FIM dels quals són titulars els demandats i els hereus de l’actor, imposant les costes de la demanda als actors, confirmant en tots els altres punts la Sentència recorreguda sense fer especial pronunciament respecte de les costes d’aquesta alçada.”

**Tercero.** Contra esta Sentencia, el procurador Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest, en nombre y representación de los Sres. Juan Luis y Joaquín María L. T., interpuso recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal, y el procurador Sr. Jorge Rodríguez Simón, en nombre y representación de los Sres. José María, Maria Gemma, Araceli y Mercedes C. Z. y Miguel Damián, Carmen Mercedes y María Pilar S. C., interpuso recurso extraordinario de casación, que por auto de esta Sala de fecha 23 de junio de 2003 se admitieron a trámite, dándose traslado a las partes personadas para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**Cuarto.** Por providencia de fecha 24 de julio de 2003 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de enjuiciamiento civil se señaló para su votación y fallo, que han tenido lugar, el día 22 de septiembre de 2003, a las 11 horas de la mañana.

Ha sido ponente al Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Contra la Sentencia dictada en fecha 10 de febrero de 2003 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en rollo de apelación 176/02 procedente del juicio de menor cuantía 815/99 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 22 de Barcelona, interponen recurso tanto la parte actora, constituida por los herederos de D. Vicente T. S., como la demandada, constituida por D. Joan Luis y D. Joaquín M<sup>a</sup> L. T., formulando la primera recurso de casación fundado en tres motivos y formulando la segunda recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación articulados en siete motivos conjuntos.

El mismo día de la presentación de la demanda falleció D. Vicente T. S., que fue sustituido en la acción por sus herederos D. José M<sup>a</sup>, D<sup>a</sup>. Gemma, D<sup>a</sup>. Araceli y D<sup>a</sup>. Mercedes C. Z., y D. Miguel Damián, D<sup>a</sup>. Carmen Mercedes y D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Pilar S. C. La demanda se dirigía a declarar “la titularidad exclusiva de D. Vicente T. S. sobre la cuenta n<sup>o</sup> 081-0129-48-000119926 y su dominio pleno y exclusivo sobre las 17.746,63944 participaciones del MB FONDO 1 FIM depositadas en ella”. Los demandados, amén de solicitar que se desestimara la demanda, reconvinieron para impetrar la nulidad del testamento otorgado por D. Vicente T. el 7 de septiembre de 1999, la validez del testamento otorgado por el mismo en fecha 30 de noviembre de 1998, la nulidad de la escritura de aceptación de herencia otorgada el 10 de marzo de 2000 y el reintegro a la herencia de todos los saldos de cuenta y fondos inmobiliarios propiedad de D. Vicente.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona estimó la demanda en su integridad y desestimó la reconvención, imponiendo las costas del procedimiento a los Sres. L. T.

La sentencia de apelación, que ahora se combate, estima el recurso de apelación de los Sres. L. y revoca la sentencia de instancia desestimando la demanda (“ja que entenem que no s’ha acreditat que el Sr. T. fos induït dolosament pels demandats a traspasar diners per l’adquisició i dipòsit en el compte del Banc Sabadell número 081-0129-48-000119926 de les participacions de MB FONDO 1 FIM dels quals són titulars els demandats i els hereus de l’actor”, dice la sentencia en su parte dispositiva), confirma los demás puntos de la sen-

tencia apelada e impone las costas de la demanda a la parte actora, sin especial pronunciamiento de las de la alzada.

**Segundo.** Como se ha adelantado, la representación procesal de la parte actora interpone ante esta Sala recurso de casación por los motivos que se dirán.

En lo que ahora interesa destacar contiene el recurso los siguientes fundamentos:

“Primero. Aformalismo del trámite. La actual redacción del artículo 481 de la Ley de enjuiciamiento civil no hace sino continuar la tendencia que ya habían iniciado las últimas modificaciones que habían operado sobre la anterior ley procesal en el sentido de huir del excesivo formalismo en la interposición del recurso. El espíritu del actual artículo 481 de la ley rituaría no es otro que centrar el recurso más allá de las formalidades carentes de sentido práctico. Y esto es lo que esta parte pretende con este escrito: fundamentar correctamente ante el Tribunal Supremo la procedencia de casar la sentencia que es objeto de recurso de casación”.

“Tercero. Motivo único del recurso de casación. Cumpliendo con el requisito establecido en el artículo 477.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, el único motivo que fundamenta el presente recurso es la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Y dichas infracciones se detallan, exponen y fundamentan en los números siguientes”.

Es cierto, y en ello conviene nuestra mejor doctrina, que el recurso de casación va rebajando el rigor formal de sus primeros tiempos, pero no debe confundirse el formalismo con la exigencia de un mínimo rigor, pues si, de un lado, resulta imprescindible dotar a este recurso (una vez agotadas ya dos instancias) de exigencias de precisión y claridad en atención a su motivación tasada, de otro, preciso es evitar el rechazo de recursos que contienen infracciones mínimas y subsanables, irrelevantes en relación con el derecho de defensa de la contraparte. El punto medio se encontrará en la combinación que surge del carácter extraordinario del recurso y del respeto al derecho *pro actione*.

Mas, en cualquier caso, el recurso de casación es lo que es y procede en los casos que la ley señala, por muy *aforalista* que lo considere la representación procesal de la parte actora, ahora recurrente. Nuestro Tribunal Supremo ya ha cuidado de concretar que no puede permitirse una impugnación abierta y libre (Sent. de 23 de junio de 1992), que se exige la mayor precisión en la cita de preceptos infringidos y la observancia de un mínimo formalismo (Sent. de 20 de noviembre de 1991) y que el recurso requiere una técnica procesal muy definida con cauces impugnatorios muy rigurosos (Sent. de 16 de junio de 1994).

La vigente Ley de enjuiciamiento civil regula dos clases de recursos: el extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación. El primero, que procede contra las sentencias y autos dictados por las audiencias provinciales poniendo fin a la instancia (art. 468 de la LEC), deberá venir motivado en la infracción de normas de jurisdicción o competencia, procesales reguladoras de la sentencia, legales de los actos y garantías del proceso o en vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 de la Constitución (art. 469.1).

El recurso de casación podrá interponerse cuando la sentencia recurrida haya sido dictada en procesos de tutela judicial civil de derechos fundamentales (salvo art. 24 de la Constitución), en asuntos cuya cuantía supere los 150.000 euros y cuando la resolución del recurso presente interés casacional (art. 477.2 de la LEC) y deberá fundarse en la infracción de normas aplicables para la resolución de las cuestiones objeto de debate (art. 477.1).



Como es de ver, la Ley ha cuidado de deslindar, en dos recursos distintos, de tramitación distinta y de consecuencias distintas, las cuestiones formales de las cuestiones de fondo, atribuyendo a las primeras la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y a las segundas la del recurso de casación (en este sentido, autos del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001, 12, 19 y 26 de febrero de 2002, entre muchos otros; y sentencias de esta Sala de 21 de octubre de 2002, 26 de marzo y 23 de junio de 2003 ).

Así se deduce no sólo de la regulación dicha, sino de la exposición de motivos de la Ley. En su apartado XIV puede leerse: “La presente Ley ha operado con tres elementos para determinar el ámbito de la casación. En primer lugar, el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil; en segundo término, la decisión, en absoluto gratuita, como se dirá, de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales; finalmente, la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial” (el subrayado es propio). Y sigue: “El sistema de recursos extraordinarios se completa confiando en todo caso las cuestiones procesales a las salas de lo civil de los tribunales superiores de justicia. La separación entre el recurso de casación y el recurso extraordinario dedicado a las infracciones procesales ha de contribuir, sin duda, a la seriedad con que éstas se aleguen. Además, este recurso extraordinario por infracción procesal amplía e intensifica la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de índole procesal, cuyas pretendidas violaciones generan desde hace más de una década gran parte de los litigios” (también los subrayados son propios). Para concluir que “el ya referido recurso extraordinario por infracción procesal, ante las salas de lo civil de los tribunales superiores de justicia, procede contra sentencias de las audiencias provinciales en cuestiones procesales de singular relieve y, en general, para cuanto pueda considerarse violación de los derechos fundamentales que consagra el art. 24 de la Constitución”.

Todo lo anterior viene al caso en punto a que el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de los herederos de D. Vicente T. se funda en tres motivos: infracción del art. 218 de la LEC., vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución e infracción del art. 348 del Código civil. Como es de ver, pues, sólo el tercero se basa en una norma de carácter sustantivo.

El art. 218 de la LEC trata hoy de la exhaustividad, de la congruencia y de la motivación de las sentencias, dentro de la sección dedicada a los requisitos internos de la sentencia y sus efectos.

La congruencia de las sentencias, contemplada en la anterior ley procesal en su art. 359, podía ser objeto de recurso de casación a través del ordinal 3º del art. 1692, mediante la alegación de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Hoy es claramente incardinable en el numeral 2º del art. 469 de la LEC (infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia) y objeto, por tanto, del recurso por infracción procesal.

Así lo ha venido repitiendo esta Sala, por ejemplo, en autos de fechas 29 de julio de 2002 y 7 de julio de 2003.

Y en cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, es llano que constituye precisamente el motivo 4º del indicado recurso, que se concreta en la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 C.E.

Así pues, los dos primeros motivos no pueden ser analizados por esta Sala, en la medida en que debieran haber sido objeto de un recurso extraordinario por infracción procesal y

el formulado es claramente el de casación (con motivos y consecuencias distintos, según se ha dicho), y se procede, en consecuencia, a su desestimación dado el trámite procesal en que nos hallamos.

**Tercero.** El tercer motivo del recurso de casación, basado en la supuesta vulneración del derecho a la propiedad consagrado en el art. 348 del Código civil, tampoco puede ser acogido.

El art. 348, como es conocido, se limita a dar un concepto del derecho y a conceder acción para su reivindicación.

Su cita ahora, en el recurso, incurre en la conocida técnica de hacer supuesto de la cuestión; técnica expresamente vedada por nuestro Tribunal Supremo (sin exhaustividad, sents. 6 y 11 de octubre y 19 de diciembre de 1994; 9, 27 y 31 de enero de 1995 ).

Se dice en el recurso: “El Sr. Vicente T. y, por sucesión procesal, mis ahora mandantes, como plenos titulares del derecho de dominio sobre los fondos (con total independencia de que administrativamente puedan figurar otros titulares) tienen derecho a disponer de ellos. Pero ante la oposición del Banco de Sabadell y de los demandados, no tienen más remedio que acudir a los tribunales para hacer efectivo su derecho a la propiedad. En consecuencia, la sentencia recurrida, al no declarar lo que se le pedía vulnera e infringe el derecho de mis mandantes a la propiedad”.

El supuesto de la cuestión radica precisamente en esta probada propiedad de la que parte la recurrente sin expresa declaración judicial.

Como más arriba se decía, la sentencia de primera instancia, al estimar la demanda, declaró efectivamente la plena propiedad de los actores de los fondos depositados en el Banco de Sabadell, pero cabe recordar que la sentencia de apelación —que es la objeto de recurso— revoca en esta parte la anterior declarando su incongruencia, con lo que la propiedad de los tales fondos ha quedado imprejuizada.

Es más, en la sentencia de apelación puede leerse: “En efecte, la sentència d’instància entén que s’està exercitant una acció declarativa o fins i tot reivindicatòria, mentre la demanda planteja una acció d’anul·labilitat d’un acte de disposició per un vici de la voluntat com és el dol, encara que aquest no es prova, de tal manera que el demandats defensen la seva validesa intentant acreditar la relació afectiva que va existir entre els litigants durant molts anys i l’actuació d’ells envers el Sr. T. assintint-lo en les seves malalties i tenint cura de la seva persona, que exclou segons ells tot indici de captació fraudulenta de la voluntat, sense que en canvi creguin necessari acreditar a qui corresponia la propietat dels diners invertits en aquestes participacions, ni l’existència en tot cas d’un ànim liberal per part del seu oncle” (subrayado propio).

Queda, pues, claro, tras la lectura del párrafo, que, en modo alguno, ha quedado probada en autos la propiedad de los fondos que ahora se reclaman.

En tales condiciones, como se decía, no hay infracción del derecho de propiedad, cuando ésta, controvertida en autos, no ha sido judicialmente declarada y subsiste, por ende, su indefinición.

Todo lo anterior conduce a la íntegra desestimación del recurso entablado por la parte actora, herederos de D. Vicente T.

**Cuarto.** Como se adelantaba, la parte demandada/reconviniente interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, pero también aquí debemos detener-

nos en un análisis previo dado que la parte articula sus recursos conjuntamente, agrupándolos en siete motivos sin especificación de su concreto encaje procesal.

Lo justifica así la parte recurrente, después de transcribir la regla 1ª de la disposición final decimosexta de la LEC:

“ Frente a dicho oscuro precepto caben dos distintas interpretaciones:

a) Considerar que puede formularse recurso extraordinario por infracción procesal ante los tribunales superiores de Justicia cuando éstos tengan competencia para conocer del recurso de casación.

b) O bien, considerar que el recurso de casación foral de que conozcan dichos tribunales puede fundarse tanto en los motivos del art. 469 LEC como en los del 477 LEC.

“Al preparar el recurso de casación, ante su naturaleza manifiestamente formalista optamos por la primera solución, al ser la más adoptada por la práctica forense. Pero en el momento actual al interponer el recurso, consideramos preferible tratar conjuntamente los motivos del art. 469 con los motivos del 477 LEC, atribuyendo a ambos la condición clásica tradicional de motivos de casación, sin perjuicio de que los mismos pueden ser igualmente considerados como posibles motivos de un recurso extraordinario por infracción procesal”.

No es correcta la técnica procesal escogida por la parte recurrente. Lo era, sí, la que eligió para preparar el recurso. Así ha venido haciéndose invariablemente por esta Sala.

Una cosa es que la competencia de la sala de lo civil de los tribunales superiores de justicia para conocer, *en todo caso*, del recurso extraordinario por infracción procesal no pasara el trámite parlamentario, como argumenta en otro lugar la recurrente, y que, *mientras tanto* (disposición final decimosexta), se le atribuya el conocimiento de tal recurso sólo cuando es competente para conocer del recurso de casación, y otra distinta es que el cauce procesal por el que han de discurrir ambos motivos sea el mismo, porque, como también reconoce el propio recurrente cuando se opone al recurso de casación interpuesto por la contraria, los motivos son distintos, la tramitación es diferente y las consecuencias son diversas. Y en absoluto es la propia Sala de Casación la que debe seleccionar y desglosar a qué recurso se refiere cada motivo.

Con todo, preciso es reconocer que las consecuencias de la incorrecta técnica procesal utilizada no pueden ser las mismas que en el anterior recurso objeto de análisis, pues si en aquél *sólo* se interponía recurso de casación (basado en motivos típicos del recurso extraordinario por infracción procesal), en éste se preparan e interponen los dos recursos, si bien los motivos no se separan, pero se especifica en cada uno la vía del art. 469 o la del 477, ambos de la LEC.

Procede, pues, el estudio de los motivos aducidos, mediante su debida división y adscripción al recurso que procesalmente corresponda.

**Quinto.** El primer motivo de recurso invoca, al amparo del nº 3 del art. 469 de la LEC, por tanto, como base del recurso extraordinario por infracción procesal, vulneración de los arts. 281.1, 335.1, 360 y 370.4 de la misma Ley y del art. 24 de la Constitución española.

Como es de ver, el motivo mezcla preceptos heterogéneos (objeto de la prueba en general, objeto de la prueba pericial, contenido de la prueba testifical y examen del testigo-perito), lo que es desaconsejable en buena técnica casacional, aunque se reconozca que todos ellos van referidos a la prueba.

En resumen, se denuncia que determinadas preguntas fueron declaradas impertinentes por el juzgador de primera instancia y por la Audiencia, una vez que se solicitó el reci-

miento a prueba en la segunda instancia, y que asimismo se denegó la prueba pericial a efectuar por un médico forense, todo lo cual produjo indefensión a la parte proponente.

Es obligado recordar desde un principio que nuestro Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que el derecho a utilizar los medios de prueba que la ley reconoce para la propia defensa, constitucionalizado en el art. 24.2 del texto fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas ante el juez, pero no desapodera a este del juicio de su pertinencia por la relación con el *thema decidendi*, ni a las partes de fundamentar su trascendencia en orden a la solución final del litigio. Lo expresan las sentencias de 30 de septiembre de 1987, 15 de febrero de 1990, 30 de octubre de 1991, 19 de septiembre de 1994 y 19 de mayo de 1998, entre muchas otras.

Resulta preciso, a continuación, analizar, a la luz de lo anterior, la corrección o incorrección de la denegación de la prueba pericial médico-forense y de la declaración de imperinencia de las preguntas dirigidas a los testigos.

La parte ahora recurrente propuso en primera instancia la prueba pericial a practicar por un médico forense, siéndole denegada por auto de fecha 21 de julio de 2000 por la razón de que “éstos [los forenses] únicamente dictaminan en relación con los procedimientos penales y las civiles referidas a incapacidades, e internamiento”. La petición de prueba fue reiterada en segunda instancia, con apoyo en el art. 460.2.1ª de la actual LEC, y se resolvió en igual sentido denegatorio por cuanto “en primer lugar, (...) el informe pericial se solicita sea emitido por un médico forense, funcionario público cuya función no es emitir dictámenes en proceso civil; y en segundo lugar, (...) los términos en que se solicita el dictamen, con independencia de cuál sea su resultado en nada contribuirá al esclarecimiento de la cuestión litigiosa de fondo, fundamentalmente la lucidez mental de una persona cuando otorgó un testamento cuya validez se cuestiona”.

Las argumentaciones no pueden sino compartirse.

Los médicos forenses son, efectivamente, funcionarios al servicio de la Administración de justicia, no de las partes. Así se deduce de la regulación del cuerpo que se contiene en los arts. 497 y s. de la Ley orgánica del poder judicial, singularmente, del art. 498 en cuanto expresa que los médicos forenses desempeñarán funciones de asistencia técnica a los juzgados y tribunales en las materias de su disciplina profesional.

Con precisión absoluta así se desarrolla hoy en el art. 1.2 del Reglamento orgánico de los médicos forenses, publicado por Real decreto 296/1996, de 23 de febrero.

Los artículos 1.3 y 47 del Reglamento establecen su dependencia del Instituto de Medicina Legal.

Se trata, en consecuencia, de un cuerpo de profesionales médicos que ostentan la condición de funcionarios públicos y de autoridad (art. 32), que, en su cualidad de personal al servicio de la Administración de justicia, prestan asistencia técnica a los juzgados y a los tribunales.

Como tales funcionarios no intervienen en los pleitos civiles, procesos de libre disponibilidad de las partes donde se dilucidan intereses privados. Incluso el art. 50 del Reglamento sujeta al régimen de incompatibilidades de tales funcionarios el ejercicio de “cualquier actividad pericial privada”.

Consiguientemente, la denegación de la prueba pericial médico-forense fue ajustada a derecho y no produjo indefensión a la parte proponente por cuanto la misma bien pudo haber solicitado la intervención pericial de cualquier otro profesional privado, según auto-

riza hoy el art. 339.2 de la LEC, y autorizaba en su momento el art. 611 de la antigua Ley procesal.

Tampoco resulta desacertada la declaración de impertinencia de las preguntas formuladas a los testigos.

Concretamente, tal declaración se extiende a la pregunta decimosegunda formulada a D. Jorge Arruga y a la decimosexta formulada a D. José Antonio Pallarés, ambos profesionales de la medicina, oftalmólogo el primero y sin especialidad conocida el segundo. D. Jorge Arruga operó de cataratas a D. Vicente T. el 19 de mayo de 1999; D. José A. Pallarés visitó al Sr. T. en el mes de diciembre de 1998. Pues bien, al primero se le intenta preguntar si en las visitas previas a la operación pudo comprobar que “D. Vicente T. presentaba importantes lagunas en su comportamiento, siendo fácilmente influenciado” y al segundo “si llegó a la conclusión de que Don Vicente T. presentaba una incipiente demencia senil, no pudiendo gobernarse por sí mismo”.

Si atendemos a la consideración de que ninguno de los facultativos ostenta la cualificación profesional de especialista en psiquiatría y a la de que tuvieron contacto con el Sr. T. en fechas muy anteriores al otorgamiento del testamento discutido y por causas médicas que no afectaban a su capacidad mental, habrá de convenirse en lo acertado de la declaración de impertinencia de las preguntas formuladas. Decisión que se afianza cuando se comprueba que la parte que cuestiona la capacidad de D. Vicente T. en septiembre de 1999, petitiona la validez del testamento otorgado por el mismo en noviembre de 1998, que le favorece.

Las preguntas también declaradas impertinentes a los testigos D. Marc M. de la M. y D<sup>a</sup>. Rosana C. son la septuagesimonovena y parte de la octogesimoquinta, respectivamente. Ambos testigos eran empleados de la oficina bancaria a la que acudió D. Vicente T. para retirar unos fondos. Al primero se le intentó formular la siguiente pregunta: “Que Vd. pudo comprobar que Don Vicente T. se encontraba en dicho acto totalmente manipulado por sus acompañantes, carente de voluntad propia, insistiendo Vd. en que para la retirada de los fondos era indispensable la firma de Don Juan Luis y Don Joaquín L. T.”. Para la segunda testigo la pregunta contenía el siguiente inciso: “dando la sensación de estar manipulado y cambiando constantemente de criterio”.

Aparte de que, en definitiva, los fondos no fueron retirados, es obvio que las repuestas dadas a las preguntas, aunque lo hubieren sido en sentido afirmativo, en nada hubieran podido alterar el resultado del juicio de capacidad para testar de Don Vicente T.

Con lo que la declaración de impertinencia no sólo fue correcta, sino que fue inane a los efectos de un derecho a la plena defensa de la parte.

Finalmente, la pregunta impertinente de las formuladas a D. Fernando Chacón Domingot es la sexagesimoquinta, redactada en estos términos: “Que Vd. considera que en el año 1999 Don Vicente T. no se hallaba en completa posesión de sus facultades mentales, viviendo en un mundo imaginario”.

Don Fernando Chacón declara en calidad de vecino del Sr. T. y ninguna cualificación posee para calificar la capacidad mental de éste, especialmente si ha de referirse al año 1999, días después del testamento cuya validez solicita la parte (de 30 de noviembre de 1998).

Todo el motivo, en conclusión, debe ser rechazado.

**Sexto.** Se aduce en el segundo de los motivos, que también habrá de encuadrarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1, motivo 2º de la LEC), la vulneración del art. 218.2 de la LEC, al no contener la sentencia relato de hechos probados.

El art. 248.3 de la Ley orgánica del poder judicial establece que “las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo”.

El art. 359 de la antigua LEC imponía tan sólo que “las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate”.

Y la Ley procesal actual, tras realizar en este mismo enunciado en el primer párrafo del punto 1 del art. 218, ordena que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la interpretación y aplicación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

En sede de la forma y contenido de las sentencias, el art. 208 de la misma Ley establece tan sólo que “los autos y sentencias serán siempre motivados y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo”, y recoge, luego, el art. 209, en sus reglas 2ª y 3ª, el contenido concreto de los antecedentes de hecho y de los fundamentos de derecho. Recordemos que el art. 372.2º de la derogada Ley, en parecido sentido, aludía al deber de consignar en los resultandos “las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse”.

Como vemos, ningún precepto orgánico ni procesal obligaba, ni ahora obliga, a que las sentencias civiles contengan una declaración *expresa* de hechos probados. Distinto a lo que sucede con las sentencias penales, en las que esta consignación no sólo es procesalmente obligada (art. 142, regla 2ª, de la Ley de enjuiciamiento criminal: “Se consignarán en resultandos numerados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que estimen probados”), sino que, además, es motivo de casación por quebrantamiento de forma (art. 851.1º de la misma Ley: “Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados (...)”, declaración que no contiene la Ley procesal civil).

Así, además, lo tenía declarado el Tribunal Supremo respecto a la anterior Ley, en sentencias, entre otras, de fechas 28 de junio, 18 de julio y 2 de noviembre de 1990, 5 de febrero y 10 de octubre de 1991, 30 de mayo y 17 de julio de 1992, 1 de febrero de 1993, 14 de marzo de 1995, 14 de febrero y 22 de junio de 2000.

La declaración del art. 218.2 de la LEC, que se dice vulnerado, no es más que una consecuencia explícita y expansiva del deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales y no un esquema de forma de las sentencias, y así se desprende del inicio del precepto: “Las sentencias se motivarán (...)” y del inicio del segundo inciso: “La motivación deberá incidir en (...)”.

Nuestro Tribunal Constitucional, en efecto, tiene declarado en infinidad de ocasiones (sents., por ejemplo, de 3 de junio de 1991, de 28 de enero del mismo año, 17 de marzo y 22 de diciembre de 1997) que la motivación de las resoluciones judiciales no sólo es una obligación del órgano judicial que le impone el art. 120.3 de la Constitución, sino también

un derecho de los que intervienen en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24, para cuya satisfacción se requiere que la resolución, contemplada en el conjunto procesal del que forma parte, permita identificar cuáles son las normas que aplica, por qué las aplica y cuál ha sido el juicio lógico, apoyado en criterios jurídicos razonables, que ha conducido a fundar los hechos en el precepto normativo de que se trate.

Y ese es precisamente el espíritu de la norma procesal que se aduce como motivo de recurso, según se desprende de su sola lectura.

Y en absoluto puede decirse que la sentencia combatida carezca de motivación, sea incoherente, arbitraria o irrazonable, confunda la fundamentación fáctica con la jurídica u omita el hilo de razonabilidad que conduce a la solución que adopta. Antes al contrario, se trata de una sentencia extensa y razonada, que analiza los hechos y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y obtiene una conclusión coherente, independientemente de su acierto jurídico que en otro lugar se estudiará.

El motivo de recurso, por tanto, debe ser desestimado.

**Séptimo.** Como tercer motivo de recurso se denuncia infracción del art. 217.6 de la LEC, cuya vía procesal ha de incardinarse también en el numeral 2º del art. 469 como motivo de recurso extraordinario por infracción procesal, dado que el concreto precepto invocado por su inaplicabilidad —decimos nosotros— forma parte de los requisitos internos de la sentencia (Sección 2ª del capítulo VIII del título V de la Ley ).

Se aduce que, ante la falta de prueba de determinados hechos, el tribunal de instancia hubiera debido acudir al artículo citado, pues, “habiendo acreditado plenamente mis mandantes la debilidad mental del testador entre los días 23 de diciembre de 1998 y 27 de agosto de 1999 y no pudiendo acreditar si ésta se mantuvo el día 7 de noviembre de 1999 en que se otorgó el testamento debatido, hubiera correspondido a los beneficiados por dicho testamento acreditar la capacidad del testador mediante la presencia en dicho acto de un médico que lo certificara”.

Como es de ver, ya de principio, el recurrente confunde un precepto que se refiere a la carga de la prueba con los requisitos de capacidad para otorgar testamento, pues el recurrente no exige una prueba en juicio de esa capacidad, sino “la presencia en dicho acto [otorgamiento del testamento] de un médico”.

En cualquier caso, el recurrente hace en este caso supuesto de la cuestión, lo que está vedado en casación (sentencias, entre otras muchas, de 4 de febrero de 1993, 24 de junio y 27 de octubre de 1994, 9 de enero de 1995, etc.), como ya se ha adelantado.

Parte, en efecto, de un hecho en absoluto probado: “...habiendo acreditado plenamente mis mandantes la debilidad mental del testador...”, afirma. Pues bien, la sentencia proclama justamente lo contrario: “En relació amb l’al·legació que la Sentència valora erròniament la prova, ja que és evident, segons els recurrents, la debilitat mental del Sr. T. en atorgar testament, cal posar en relleu que ni l’edat, ni les malalties que patia el citat senyor poden portar a entendre que aquest no gaudia de la necessesària capacitat per testar”.

A continuación la sentencia combatida analiza (fonament de dret tercer) pormenorizadamente e *in extensum* la prueba practicada y afirma que si, de una parte, constan declaraciones de personas en el sentido de que D. Vicente T. estaba “desorientado”, de otra, hay testimonios (y realza el de un director de oficina de La Caixa que le atendió poco antes de otorgar testamento, el del médico que le atendió en la época del otorgamiento y la del notario

autorizante) que aseveran su plena capacidad; analizando también la sentencia la escasa coherencia de los recurrentes cuando afirman que pocos meses antes de otorgar el testamento que ahora se impugna, cuando según ellos el Sr. T. ya no se encontraba en plenas facultades mentales, éste actuó consciente y libremente cuando admitió que se pusiesen las cuentas a nombre de los recurrentes y otorgó testamentos a su favor y hasta retiró personalmente dinero de los bancos para librarlos en favor de los nietos de Mallén, actos que no son impugnados.

Con todo este acervo probatorio, el Tribunal se inclina por declarar improbadamente la falta de capacidad de D. Vicente T. para otorgar el testamento que ahora se impugna, es decir, por declarar improbados los hechos en los que se apoya la reconvención de los demandados.

El precepto que soporta el motivo casacional, precepto que aporta una regla general aplicable a los apartados anteriores del art. 217, dispone que, en tales casos, el Tribunal deberá tener presente “la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes”.

El precepto no es aplicable al caso.

La sentencia expone, con razón, que debe partirse de la plena capacidad de las personas hasta que judicialmente no se declare lo contrario. En este caso, además, se trata de un testamento abierto, otorgado ante notario que declara en los autos y que autoriza el acto tras haberse entrevistado previamente y en privado con el otorgante, llegando a la plena convicción de su capacidad. En este sentido, baste recordar el carácter de prueba singular que otorga nuestro Tribunal Supremo al juicio de capacidad del notario autorizante (sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1990, 27 de enero de 1998 y 15 de febrero de 2001) y nosotros mismos hemos expresado en Sentencia de 4 de febrero de 2002 lo siguiente: “Esta misma Sala ha tenido ocasión de afirmar, en su sentencia de 21 de junio de 1990, que: ‘la aseveración notarial respecto a la capacidad del otorgante, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, adquiere una especial relevancia de certidumbre y constituye una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud sólo destruible por una evidente prueba en contrario; la cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia que valora libremente la prueba pericial sin más pauta que las reglas de la sana crítica’. En el mismo sentido se expresa la Sentencia de 1 de octubre de 1991, en la que puede leerse: “El notario que autorizó el testamento da fe de conocer al compareciente y hace constar que, a su juicio, tiene la capacidad legal necesaria para testar, conforme a lo dispuesto en el art. 685 CC. La capacidad del testador ha de presumirse siempre en tanto no se demuestre que tenía enervadas las potencias de raciocinio y voluntad. Ciertamente, se trata de una presunción *iuris tantum* pero en la jurisprudencia (*ad exemplum* STS 7 octubre 1982) en aplicación del principio tradicional del *favor testamenti* considera reforzada cuando se trata de testamentos notariales”.

“No se trata, en consecuencia, de que el juicio del notario autorizante constituya una prueba absoluta de capacidad del testador, sino de dar contenido y extensión tanto al art. 106 del Código de sucesiones de Catalunya, a cuyo tenor: ‘el notari ha d’identificar el testador i apreciar la seva capacitat legal en la forma i pels mitjans establerts en la legislació notarial’ como al 167 del Reglamento notarial, según el cual ‘el notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate’. Se trata, pues, de un juicio de valor con la autoridad de quien lo emite, que cumple función de *prima*



*facie* de credibilidad, pero que, como es obvio, puede ser destruido por pruebas o evidencias de signo contrario (ver, en este sentido, nuestra Sentencia de fecha 3 de enero de 1994 )”.

Y la sentencia, tras el análisis de estas circunstancias y tras valorar la total prueba practicada, como se ha dicho, obtiene la conclusión de que no se ha probado la incapacidad del otorgante.

No puede, pues, pretenderse ahora que *se complete* la prueba y que se atribuya a quien parte de la regla general la carga de la prueba de la excepción por una sedicente mayor “disponibilidad y facilidad probatoria”, que, además, no es cierto que ostenten quienes afirman la capacidad del testador el día 7 de noviembre de 1999.

El motivo, en consecuencia, debe rechazarse.

**Octavo.** El cuarto motivo de recurso de la parte demandada invoca infracción del art. 316.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, precepto que, referido a la valoración de los medios de prueba y que afecta al contenido de la sentencia, debe servir de base al recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469 citado por la parte, en su numeral 2º ).

Referido efectivamente al interrogatorio de las partes, el precepto indica que “si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial”; precepto que ha mejorado sensiblemente las escuetas declaraciones de los antiguos arts. 1232 del Código civil y 580 de la Ley de enjuiciamiento anterior.

En el breve extracto del motivo el recurrente afirma que la sentencia incurre en vicio de nulidad al no declarar probados “hechos reconocidos por los demandados y notoriamente perjudiciales para ellos, entre los que destacan el reconocimiento de la debilidad y depresión de Don Vicente T., que lo convertían en fácilmente influenciable, en haberlo conocido pocos meses antes del testamento impugnado, en haberlo acompañado a los pocos días a retirar sus cuentas bancarias colocándolas a nombre de ellos, y en llevárselo a Mallén para a los ocho días acompañarle a otorgar un testamento a su favor, impidiendo el contacto del testador con sus sobrinos de Barcelona que lo habían cuidado hasta dicha fecha, ocultándole su fallecimiento, y llegando al extremo de silenciarlo ante su abogado que pretendía hablar con el Sr. T.”.

Pues bien, examinadas atentamente las respuestas dadas en el interrogatorio de las partes, en lugar alguno se reconoce que D. Vicente T. se hallara debilitado y deprimido (lo cual, por otra parte, no es excluyente de la capacidad de testar), que tal estado le convirtiera en fácilmente influenciable, que se le impidiera el contacto con sus sobrinos de Barcelona y que, igualmente, se le impidiera el contacto con su abogado. Nuevamente el recurrente pretende confundir a la Sala mezclando hechos y consecuencias extraídas por la parte.

Es fuera de estos interrogatorios donde se habla de un estado de debilidad y depresión (“por la reciente pérdida de la esposa y una delicada operación quirúrgica”, lo que tampoco es decisivo, como dice la sentencia, en orden a la capacidad de testar), concretamente, en la propia demanda; y de la ocultación del fallecimiento del Sr. T., concretamente, en un proceso penal iniciado a consecuencia de los hoy demandados y luego archivado, donde, por cierto, se explica este ocultamiento y se niega al ahora recurrente la condición de abogado de D. Vicente T.

El valor que debe otorgarse a todas estas declaraciones no se rige por el art. 316.1 de la LEC, que se dice conculcado y que se refiere al interrogatorio de las partes.

Cabe decir, por último, que la sentencia recurrida sí alude a alguna de estas circunstancias, cuando afirma: “En el mateix sentit que la Sentència recorreguda, entenem que no consten a les actuacions proves que els que van ser hereus en l’últim testament atorgat pel Sr. T. l’induïssin amb dol a otorgar-lo, sinó que, a petició del testador, el van portar a Mallén i aquest, descontent pel que sembla amb l’actuació dels nebots de Barcelona, va dipositar en ells la seva confiança, encara que evidentment es pot presumir que van fer tots el possibles per obtenir-la, com d’altra banda havien fet els recurrents, i malgrat és possible que volguessin evitar que els nebots de Barcelona visitessin el Sr. T., ja fos per decisió del citat senyor o per pròpia iniciativa, sense que s’hagi acreditat que això comportés una manca de llibertat en el moment d’atorgar el testament...”, palabras que, a la vista de las actuaciones, suscribe la Sala *in totum*.

El motivo, pues, ha de rechazarse.

**Noveno.** El último de los motivos que habrían de fundamentar recurso extraordinario por infracción procesal, por camino también del ordinal 2º del art. 469 de la LEC, que el recurrente articula como quinto, denuncia infracción del art. 386.1º de la propia Ley, es decir, no aplicación —más bien— de las presunciones judiciales.

Según la parte recurrente, “han sido acreditados plenamente cinco hechos: los cuatro testamentos anteriores, la debilidad física y mental del testador, la dependencia de las personas que lo habían trasladado de su domicilio para que otorgara testamento, su escasa relación con los designados herederos, a alguno de los cuales lo había conocido la semana anterior, y la ocultación a sus familiares y a su abogado tanto de los contactos con el testador como incluso su fallecimiento, llevan con arreglo a las reglas del criterio humano y del principio de normalidad, a la presunción de que el testamento otorgado en 7 septiembre de 1999 no responde a la verdadera voluntad de Don Vicente T. S., procediendo en su virtud su anulación”.

Nuevamente el recurrente hace supuesto de la cuestión, dando por probado lo que no lo está.

Sobre la existencia de cuatro testamentos anteriores ya se pronuncia la sentencia de instancia haciéndose eco de las consideraciones expuestas en la apelada, para concluir en el mismo sentido, esto es, que “els successius testaments atorgats pel Sr. T. es devien a canvis de la seva voluntat, segons dipositava la seva confiança i afecte en uns o altres nebots i que per la força dels fets van ser els nebots de Mallén els que va resultar finalment afavorits” (fonament de dret segon), no pudiendo olvidarse que el testamento es un acto de última voluntad esencialmente revocable hasta la muerte.

Sobre la debilidad física y mental del testador ya se ha hablado suficiente en los razonamientos anteriores, y en cuanto a la dependencia de las personas que lo trasladaron a Mallén, de las que se habla como si no fueran asimismo familiares, y de la ocultación del fallecimiento, son circunstancias que nada aportan en orden a la nulidad pretendida del testamento.

La prueba de presunciones es una prueba complementaria y de segundo orden a la que, judicialmente, puede acudirse a falta de pruebas directas. Así lo tiene dicho nuestro Tribunal Supremo, por todas en Sentencia de 10 de septiembre de 1997: “(...) pues es doctrina reiterada y constante, derivada de la jurisprudencia de esta Sala, que el artículo 1253 del Código civil autoriza al juez, mas no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuanto el juzgador de instancia no hace uso de la misma para fundamentar su fallo y sí de lo que

se desprende de las pruebas directas obrantes en autos, no resulta infringido dicho precepto (S.S. 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990, 17 de julio de 1991 y 18 de marzo de 1993, entre otras)”.

Cuánto más debe aplicarse esta doctrina al caso presente, en el que se trata, como se ha reiterado, de un testamento abierto, que exige, para destruir la fuerza del juicio notarial de capacidad, una prueba completa y contundente.

**Décimo.** Ya en sede de recurso de casación propio, se denuncia, al amparo del art. 477 (punto 1) de la LEC, la infracción de los arts. 104 y 106 del Código de sucesiones de Catalunya.

Dichos preceptos no han sido en absoluto conculcados, partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia.

En el primero se declara la incapacidad para testar de quienes “no tenen capacitat natural en el moment de l’atorgament”; en el segundo, el Código se remite a la normativa notarial para la identificación del testador y para el juicio de capacidad.

Ya en el fundamento séptimo de esta sentencia hemos aludido con suficiencia al tema presente, haciéndonos eco de nuestra propia Sentencia de 4 de febrero de 2002.

Se alude, una vez más, en la explicación del recurso, a que el testador, reconocidamente, se hallaba deprimido y debilitado, y así, efectivamente, se declara paladinamente en la sentencia combatida, atribuyendo tal estado a la reciente pérdida de la esposa y a una operación anterior de cataratas.

Ninguna de estas circunstancias tiene por qué afectar necesariamente a la capacidad mental de una persona.

La sentencia afirma la capacidad del testador como un hecho (fundamento de derecho tercero) y este hecho, como se ha explicado, no puede ser alterado ahora en casación al haberse desestimado en anteriores fundamentos los pretendidos errores en la valoración de la prueba. Ante este hecho, no hay conculcación de las reglas jurídicas que ahora se dicen infringidas. Antes bien, la conclusión de la Audiencia en absoluto aparece como arbitraria, absurda o falta de razonabilidad.

El motivo, pues, ha de ser rechazado.

**Undécimo.** El último de los motivos de recurso, articulado por la vía del art. 477 (punto 1) de la LEC, alega infracción del art. 126 del Código de sucesiones, aunque se citen, por error, en el encabezamiento, los arts. 104 y 106.

Tampoco el motivo puede ser acogido.

Se dice —y se argumenta— que el testamento otorgado por D. Vicente T. el 7 de septiembre de 1999 es nulo por existencia de maniobras dolosas sobre la persona del testador.

La pretensión del recurrente es clara y va orientada a la revisión de la valoración de la prueba, lo que es impensable en el recurso de casación.

La sentencia recurrida —ya se ha dicho— explicita que “no consten a les actuacions proves que els que van ser hereus en l’últim testament atorgat pel Sr. T. l’induïsin amb dol a atorgar-lo”, declaración concluyente a la que hay que estar y por la que hay que pasar en este grado casacional, sobre todo cuando, como se ha dicho, tal declaración no aparece como arbitraria, absurda e irrazonable.

Lo demás que pudiera argumentarse al respecto no sería repetición de cuanto en el cuerpo de la presente se ha expuesto.

El recurso entero debe ser, consiguientemente, desestimado.

**Duodécimo.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 398, en relación con el 394, ambos de la LEC., al ser rechazados los dos recursos, se impondrán las costas por mitad a los recurrentes.

Así pues,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Debemos desestimar y desestimamos los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por el procurador de los tribunales D. Jorge Rodríguez Simón, en nombre y representación procesal de D. José M<sup>a</sup>, D<sup>a</sup>. María Gemma, D<sup>a</sup>. Araceli y D<sup>a</sup>. Mercedes C. Z. y D. Miguel Damián, D<sup>a</sup>. Carmen Mercedes y D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Pilar S. C., y por el procurador D. Antonio María de Anzizu Furest, en representación de D. Juan Luis y D. Joaquín de L. T., contra la Sentencia dictada en fecha 10 de febrero de 2003 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en rollo de apelación nº 176/2002, proveniente del juicio declarativo de menor cuantía 815/1999 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona; en su consecuencia, confirmamos en todas sus partes la sentencia recurrida, imponiendo a ambos recurrentes por mitad las costas causadas.

Notifíquese la presente a las partes y, con testimonio de la misma, remítanse los autos a la Sección indicada de la Audiencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **AUTO DE 27 DE OCTUBRE DE 2003**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados/as:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

### **HECHOS**

**Único.** Por la representación procesal de los Sres. Juan Luis y Joaquín María L. T. se interpuso recurso de casación contra la Sentencia de fecha 10 de febrero de 2003 dictada por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y tras los trámites legales se dictó Sentencia en fecha 16 de octubre pasado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**Único.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 367.2 de la Ley orgánica del poder judicial y el art. 214.3 de la Ley de enjuiciamiento civil, procede rectificar de oficio el fallo mecanográfico sufrido en la parte dispositiva de la Sentencia dictada en fecha 16 de octubre de 2003.

### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido rectificar de oficio la parte dispositiva de la Sentencia dictada en fecha 16 de octubre de 2003 en el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 77/2003 en el sentido de que donde dice "(...) contra la Sentencia dictada en fecha 10 de febrero de 2003 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona (...)", debe decir "(...) contra la Sentencia dictada en fecha 10 de febrero de 2003 por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona (...)".

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**804**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 20 D'OCTUBRE DE 2003**

**Qüestió de competència territorial negativa en els procediments sobre incapacitació: competència de l'organisme jurisdiccional del lloc de residència del presumpte inca- paç. Domicili: concepte i requisits**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** Amb data 17 de febrer de 2003 es va registrar d'entrada en el Jutjat Degà de Barcelona demanda de jurisdicció voluntària presentada pel Sr. Javier A. P. i pel Sr. Sergio A. P., on es promovia la declaració d'incapacitació de la Sra. Concepción P. S.

El 13 de juny de 2003 el Jutjat de Primera Instància núm. 40 de Barcelona es va declara- rar incompetent per a conèixer de l'assumpte a favor del Jutjat Degà dels del Vendrell, al qual es van remetre les actuacions. Per Interlocutòria de 22 de setembre de 2003 el Jutjat de Primera Instància núm. 2 del Vendrell va declarar la falta de competència territorial i va remetre les actuacions a aquesta Sala per resoldre l'escaient.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és l'organisme juris- diccional competent per a conèixer de la qüestió de competència territorial que s'ha susci- tat entre el Jutjat de Primera Instància número 40 de Barcelona i el Jutjat de Primera Instància número 2 del Vendrell, d'acord amb la disposició que es troba a l'article 73.2.c de la Llei orgànica del poder judicial.

**Segon.** Els fets que han originat la qüestió de competència que ara s'ha de resoldre, tenen el seu origen en la demanda sobre incapacitació que es va presentar davant del Jutjat de Primera Instància número 40 dels de Barcelona, amb referència a una persona domiciliada a la ciutat esmentada. La diligència de citació a termini de la presumpte incaç en el domi- cili de Barcelona que s'assenyalava a l'escrit de demanda, no es va arribar a practicar per- què la defenent no es trobava al domicili assenyalat i, segons manifestaven els seus veïns i parents, desapareixia durant períodes indeterminats del seu domicili.

Davant d'aquest fet els agents van al·legar la possibilitat que la presumpta incapaç es trobés a Segur de Calafell, i a la vista d'aquesta manifestació el Jutjat de Primera Instància número 40 de Barcelona va decretar que la demanda d'incapacitació s'havia de presentar davant dels organismes jurisdiccionals del Vendrell, a favor dels quals s'inhibia.

El Jutjat de Primera Instància número 2 del Vendrell va dictar interlocutòria, en la qual acordava no acceptar la interlocutòria d'inhibició del Jutjat de Primera Instància número 40 de Barcelona i declarava la seva incompetència territorial per a conèixer de la demanda d'incapacitació i acordava, finalment, la remissió de les actuacions a la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

**Segon.** Estan d'acord ambdós organismes jurisdiccionals afectats per aquesta qüestió de competència, que el problema s'ha de resoldre sobre la base de l'article 756 de la Llei d'enjudiciament civil, segons el qual serà competent per a conèixer de les demandes sobre capacitat el jutjat de primera instància del lloc de residència de la persona presumptament incapaç. Per tant, l'únic problema que aquí es presenta és el de determinar el domicili de la presumpta incapaç.

A l'escrit de demanda es concreta que el domicili de la presumpta incapaç es troba a Barcelona, encara que els agents precisen que la seva mare, és a dir la presumpta incapaç, desapareix durant llargues temporades del seu domicili, asseveració que després es va veure confirmada, com resulta de les manifestacions dels seus parents i veïns fetes a les successives diligències de citació a termini. Això va determinar que els agents possessin en coneixement del Jutjat de Primera Instància número 40 de Barcelona que la seva mare es trobés a Segur de Calafell, on tenia la seva segona residència, circumstància que va determinar la inhibició del Jutjat de Primera Instància número 40 de Barcelona a favor del Jutjat del Vendrell. Aquest jutjat no va acceptar la inhibició ja que entenia que la defenent tenia el seu domicili a Barcelona i la segona residència a Segur de Calafell, amb la conseqüència que l'organisme jurisdiccional competent per a conèixer de la demanda d'incapacitació era el de Barcelona.

**Tercer.** De forma clara preveu l'article 756 de la Llei d'enjudiciament civil que l'organisme jurisdiccional competent per a conèixer de les demandes sobre capacitat és el del lloc de residència del presumpte incapaç. De la documentació que apareix a les actuacions en resulta, com a tesi més ajustada a la realitat, que la defenent té el seu domicili a Barcelona i una segona residència a Segur de Calafell. Per tant, quan l'article 756 de la Llei d'enjudiciament civil determina la competència territorial en funció del lloc de residència del presumpte incapaç, el precepte s'ha de relacionar amb l'article 50 de la mateixa Llei, que estableix la competència territorial en funció del domicili de les persones físiques, i el concepte de domicili l'estableix l'article 40 del Codi civil en funció de la residència habitual, és a dir, el lloc on ha residit de forma normal la persona i és presumible que resideixi en el futur.

Per tant, la segona residència, d'acord amb el sentit que té en el context social dels nostres dies, no té la condició de domicili, amb la conseqüència que s'ha de decretar la competència per a conèixer de la demanda d'incapacitació del Jutjat de Primera Instància número 40 de Barcelona, lloc del domicili de la presumpte incapaç, segons resulta dels preceptes esmentats. Amb la precisió final que és lamentable que una demanda d'incapacitació presentada fa més de vuit mesos, que per la seva naturalesa i la dels interessos que s'hi ventilen exigeix unes solucions més aviat urgents, es trobi després d'aquest llarg termini en la situació actual.

Per tot el que s'ha exposat,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia, com a Sala Civil, ha decidit decretar la competència territorial per a substanciar i resoldre el litigi sobre declaració d'incapacitat de la senyora Concepció P. S. a favor del Jutjat de Primera Instància número 40 de Barcelona, al qual, amb testimoni d'aquesta resolució, es trametran les actuacions.

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



**805**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 23 D'OCTUBRE DE 2003**

**Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal de la Sra. Amparo L. G. va interposar dins el termini establert i en la forma escaient recurs de cassació i extraordinari per infracció processal contra la Sentència de data 31 de desembre de 2002 dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació 532/01. Per provisió de data 6 d'octubre de 2003 es va donar a les parts el termini de deu dies per efectuar les al·legacions oportunes d'acord amb el que disposa l'art. 483.3 de la LEC, que les parts han efectuat oportunament.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**RAONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Amb caràcter previ, i d'acord amb l'art. 484.1 i la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil, s'ha de declarar la competència d'aquesta Sala per a conèixer del recurs de cassació, ja que la Resolució contra la qual es recorre ha estat dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, i s'ha al·legat infracció de normes del dret civil de Catalunya.

**Segon.** Cal recordar tanmateix que l'esmentada disposició final setzena de la LEC disposa que "quan el recurs per infracció processal s'hagi formulat fonamentant-ne exclusivament la procedència en el núm. 3 de l'apartat 2n de l'art. 477 —que és el que s'esdevé en el cas—, la Sala ha de resoldre si és procedent l'admissió o la inadmissió del recurs de cassació i, si acorda la inadmissió, s'ha d'inadmetre sense més tràmits el recurs per infracció processal", circumstància que imposa, doncs, el prioritari examen del present recurs de cassació.

Respecte d'això cal dir:

A) La darrera jurisprudència del T.S. assenyala, pel que fa al recurs per interès cassacional, la necessitat d'expressar la matèria en la qual existeixi contradicció o sobre la qual

falti doctrina legal, a la recerca, sempre, d'una mínima identitat fàctica. Tal similitud fàctica abasta una doble direcció, a saber:

Quan l'interès cassacional es fonamenti en l'existència de jurisprudència contradictòria, la concurrència d'una mínima però substancial identitat de fets resulta obligada. No pot, per definició, entrar en contradicció la jurisprudència o doctrina si els pronunciaments dels respectius tribunals no consideren una relació històrica similar a la qual aplicar les mateixes normes o altres de similars.

Quan l'interès cassacional es fonamenti en la inexistència de jurisprudència, que és el que s'esdevé en el present cas, la identitat substancial s'haurà de produir entre el fet enjudiciat en la sentència que es recorre i el fenomen previst, amb caràcter general, en la corresponent norma. Això vol dir, per tant, que, sense possibilitat inductiva d'una incardinació del *factum* litigiós en allò previst en la norma (per al posterior pronunciament de confirmació o refús de la tipificació), no pot existir interès cassacional. Això és així perquè si falta una mínima connexió entre realitat fàctica o element metajurídic i la realitat fenomènica descrita en la norma o element jurídic, no és possible fer cap judici de valor.

En l'escrit de preparació del present recurs es situa l'interès cassacional en “la denuncia como infringido del art. 41 del Código de familia, en el sentido de estimarlo inaplicable a los regímenes matrimoniales de separación de bienes concertados en Cataluña entre personas de regionalidad civil catalana, así como los arts. 1281 y 1438 del Código civil”.

I respecte d'això s'ha de ponderar que la sentència combatuda no és que consideri, en general, inaplicable l'art. 41 als règims matrimoniales de separació de béns concertats a Catalunya, sinó que la inaplicabilitat es produeix en aquest concret litigi per la seva també concreta i singular casuística.

Tal singularitat deriva d'allò que declara provat la sentència combatuda en interpretar les capitulacions matrimoniales que regulen el cas. En efecte, raona l'Audiència (després d'haver fet ús de la seva sobirana facultat d'interpretació dels contractes, facultat només revisable en cassació en el supòsit —que no es dona en el cas— d'absurditat o arbitrarietat de la dita interpretació) que “si bien es cierto que, rigiéndose el matrimonio de los cónyuges aquí litigantes en el momento de contraerlo por el régimen económico de la sociedad de gananciales, otorgaron capitulaciones matrimoniales en fecha 14 de mayo de 1980, substituyendo el legal de gananciales por el de separación de bienes (...) de un detenido examen de la escritura capitular aportada se puede comprobar y resulta que los otorgantes acuerdan substituir el régimen de su matrimonio por el de ‘separación de bienes’, mas no el propio y específico de derecho catalán, sino el régimen de separación de bienes previsto con carácter supletorio en el derecho común y concretamente el regulado en el capítulo VI del título III del libro IV, artículos 1435 al 1444 del Código civil, pues así se colige con absoluta claridad del expositivo III de la referida escritura de capitulaciones, cuando en el mismo se hizo constar ‘que es su deseo regular el régimen de su matrimonio al amparo de lo dispuesto en el Código civil’, lo que no hace más que refrendar lo dispuesto en el nº 1 del art. 1435 de dicho texto legal, y siendo ello apreciable y acogible por el Tribunal en base al principio *iura novit curia* del que deriva el aforismo romano-canónico medieval *da mihi factum, dabo tibi ius*, procede la desestimación de la pretensión indemnizatoria solicitada con fundamento en el art. 41 del CF, por inaplicación precisamente de dicho precepto al régimen económico existente entre los cónyuges en litigio; ello, sin perjuicio, lógicamente, de la reclamación que pudiera proceder y efectuarse a tenor de lo establecido en el art. 1438 del Código civil”.

**Tercer.** La nova LEC ha modificat la cassació en el sentit de donar clara prevalença al *ius constitutionis* sobre el *ius litigatoris*, per la qual cosa s'ha creat una via de recurs en la qual allò que realment importa és l'*interès cassacional*, és a dir la finalitat d'unificar criteris en els casos en què hi hagi contradicció entre la doctrina de les audiències provincials, o en el d'establir-lo en absència de jurisprudència o quan una sentència s'aparta de la doctrina del Tribunal Suprem o —pel que fa a dret civil català— de la d'aquesta Sala. Per tant, llevat dels assumptes relatius a la tutela judicial civil de drets fonamentals o aquells de quantia superior als 25.000.000 de pessetes (ara, 150.000 euros, segons el RD 1417/2001, de 17 de desembre), allò rellevant als efectes d'accés a la cassació és no només la infracció per part de l'Audiència Provincial d'una determinada norma, sinó que aquesta infracció legal vagi acompanyada de la vulneració de la jurisprudència dels esmentats alts tribunals, o existeixin pronunciaments contradictoris de les audiències provincials, o, en fi, configuri una *quaestio iuris* sobre la qual no existeixi doctrina legal.

En el cas, no s'està davant cap qüestió jurídica —i menys d'interès general— pertanyent al dret civil de Catalunya respecte a la qual no s'hagi pronunciat aquest Tribunal. Contràriament al que es postula, la polèmica queda reduïda a una simple qüestió de fet que no suscita el menor interès cassacional. En efecte, l'Audiència Provincial ha analitzat unes capitulacions matrimonials i n'ha tret la realitat fàctica (que no jurídica) que fou voluntat dels seus atorgants sotmetre la regulació dels efectes econòmics del matrimoni no al dret català, sinó al dret comú. No admet cap interpretació alternativa la contundent clàusula tercera, en la qual les parts contractants manifesten literalment que “es su deseo regular el régimen de su matrimonio al amparo de lo dispuesto en el Código civil”.

És per això que el recurrent afirma que “al contrario de lo manifestado por la Audiencia, los consortes en la escritura de capitulaciones matrimoniales no se someten al régimen de separación de bienes del Código civil”, cosa que evidencia que es fa supòsit de la qüestió, o sigui s'incorre en “el vicio procesal tradicionalmente así denominado que trata, como en el presente caso, de alterar algunos de los datos declarados probados, partiendo de la base de establecer como probado lo que no está declarado así” (S. del T.S. de 30 de març de 1998).

En definitiva, no configurarà el legislador la noció d'*interès cassacional* amb l'abast exasperantment casuístic que vol atorgar-li la part recurrent. Haver de davallar aquest Tribunal al detall que es postula equivaldria a entrar en pronunciaments merament tautològics i repetitius d'allò ja previst en la Llei. Certament, no fou disseny del legislador que els tribunals haguessin de pronunciar-se, al redós d'un suposat interès cassacional, sobre obvietats.

Perquè és obvi que si fou voluntat de les parts regular el seu règim matrimonial a l'empara del que disposa el Codi civil, així s'haurà d'acatar, a tenor dels arts. 10 i 15 del Codi de família, i en conseqüència esdevé sobrer, per redundant, qualsevol altra consideració.

**Quart.** Finalment, les restants censures jurídiques també han de decaure per tal com no ha estat admesa, per les raons ja dites, la crítica respecte a l'art. 41 del Codi de família, única referida al dret civil de Catalunya, i aquesta Sala no gaudeix de competència per a apreciar cap tipus d'interès cassacional en relació amb preceptes de dret comú, com ho són els art. 1281 i 1438 del Codi civil.

**Cinquè.** La total inadmissió del recurs comporta la condemna en costes de la recurrent (art. 398 i 394 LEC).

Atesos els articles citats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha dit que s'ha d'admetre el present recurs de cassació interposat per la representació de la Sra. Amparo L. G. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 18a) de 31 de desembre de 2002, dictada en el rotlló d'apel·lació núm. 532/2001, amb imposició de costes a la part recurrent.

Contra la present interlocutòria no s'hi pot interposar cap recurs.

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

**806**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 23 D'OCTUBRE DE 2003**

**Recurs de revisió: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer d'aquest recurs extraordinari**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**HECHOS**

**Único.** La representación procesal de la Sra. Teresa B. C. i de la Sra. Victoria E. B. interpuso demanda de revisión contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Vilanova i la Geltrú, en el procedimiento de menor cuantía núm. 287/99-C. Previos los trámites legales se señaló día y hora para la celebración de vista, que tuvo lugar el día 15 de septiembre de 2003. Por Providencia de fecha 25 de septiembre de 2003 se dio traslado al Ministerio Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 514.3 de la LEC, habiendo emitido el correspondiente informe en el sentido de “considerar improcedente la estimación del recurso (...) interpuesto (...)”.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** La representación procesal de D<sup>a</sup>. Teresa B. C. y D<sup>a</sup>. Victoria E. B. presenta ante esta Sala recurso de revisión contra la Sentencia firme dictada en fecha 30 de junio de 2000 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 4 de Vilanova i la Geltrú, en autos de menor cuantía 287/99.

La Sala, en el trámite de vista oral del recurso, instó a la parte recurrente a que determinara los motivos por los cuales entendía que aquélla era competente para conocer del presente, y la parte refirió que con la sentencia se la privaba del derecho a la herencia de su respectivo esposo y padre D. Manuel E. S., herencia que debía regirse por el derecho civil de Cataluña.

**Segundo.** Como recuerda nuestro Auto de fecha 9 de octubre de 1997, entre otros, la competencia objetiva y funcional es materia de derecho necesario sobre la cual las partes no pueden disponer, según se deduce del art. 9 de la Constitución, de los arts. 54 y 61 de la Ley de enjuiciamiento civil (aplicable al momento) y las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1982 y 17 de noviembre de 1992.

La Ley orgánica del poder judicial, art. 73.1.b), atribuye a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia competencia para conocer de los recursos extraordinarios de revisión civil que se presenten contra resoluciones de órganos radicados en la comunidad autónoma respectiva, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de derecho civil, foral o especial propio de la comunidad y cuando tal atribución competencial se halle prevista en el correspondiente estatuto de autonomía.

Nuestro Estatuto, en su art. 20, atribuye expresamente esa competencia en cuanto extiende la de los órganos jurisdiccionales de Cataluña, en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en las materias de derecho civil catalán.

Ciertamente, tras estas disposiciones, el art. 54.2 de la Ley de demarcación y planta, de 28 de diciembre de 1988, dispuso que: “Los recursos de revisión se resolverán por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia cuando la sentencia firme impugnada haya sido dictada por un juzgado o tribunal con sede en una comunidad autónoma cuyo estatuto prevea esa atribución”; precepto que pasó a integrar el art. 1801 de la anterior LEC, según lo dispuesto en la Ley 10/1992, de 30 de abril. Como es de ver, las precitadas disposiciones nada preveían en torno a la materia base del recurso de revisión.

En ese estado de cosas, esta Sala dictó Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 en el que se atribuía la competencia para conocer de los recursos de revisión contra sentencias firmes de órganos del territorio cualquiera que fuese la materia objeto del pleito. Situación que pervivió hasta el 28 de mayo de 2001, fecha en que se dictó Auto declarando su incompetencia para conocer de un recurso de revisión en el que la materia objeto de litigio era de derecho común, y ello teniendo en cuenta dos sentencias que, en este sentido, había dictado el Tribunal Supremo, concretamente las de fechas 15 de diciembre de 1994 y 17 de abril de 1996. Desde entonces, invariablemente esta Sala ha seguido el criterio mencionado, que, en definitiva, es el que determina la letra de la Ley orgánica del poder judicial y el Estatuto de autonomía de Catalunya.

**Tercero.** En el presente caso, es llano que la acción que ejercitó la parte hoy recurrente en el juicio de menor cuantía 287/99 es la de elevación a escritura pública de un contrato de compraventa de inmueble; acción basada en los arts. 1278 a 1280 del Código civil, aunque no se citen en el cuerpo de la demanda.

La materia objeto de litigio no es, en ningún caso, de derecho civil propio de Cataluña, que, como es conocido, no regula el sistema contractual.

El entendimiento de la parte en orden a que se priva del acceso a la herencia no resulta asumible. La acción ejercitada no fue de reclamación de un bien hereditario, ni la documentación pública de éste y su acceso al Registro de la Propiedad afectan a la validez del contrato (artículos citados del Código y arts. 1, 38 y 97 de la Ley hipotecaria).

En suma, nada hay en el pleito principal —tramitado en rebeldía de la parte demandada— que permita atisbar cuestión o controversia que deba solventarse mediante la aplicación de reglas jurídicas de derecho catalán, con lo que, por lo dicho más arriba, esta Sala ha de declararse incompetente para el conocimiento del presente recurso, señalando como órgano competente a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**Cuarto.** No existen motivos para hacer una expresa condena en costas.

## **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido declararse incompetente para conocer de la demanda de revisión interpuesta por el procurador Sr. Carlos Arcas Hernández, en nombre y representación de la Sra. Teresa B. C. y de la Sra. Victoria E. B., contra la Sentencia dictada en el procedimiento de menor cuantía 287/99 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Vilanova i la Geltrú, siendo el órgano competente la Sala Primera del Tribunal Supremo, ante quien la parte podrá ejercitar su derecho. No se hace expresa condena en costas y devuélvase el depósito constituido.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

**807**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 27 D'OCTUBRE DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**FETS**

**Únic.** Amb data 27 de febrer de 2003 la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Sentència amb la següent part dispositiva: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Àngela P. T., contra la Sentencia dictada en fecha 19 de junio de 2002 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Barcelona en el curso de los autos de juicio ordinario 12/2002, de los que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de entender que la donación realizada en su momento por la causante de la vivienda del piso X de la calle XXX, nº XX de Barcelona, al serlo con causa onerosa, quedará sometida al régimen jurídico de las donaciones en la parte que excediera del valor de la carga o gravamen impuestos al donatario, siendo esta porción la que será actualizada en el modo expresado en la resolución de instancia.

"Del mismo modo y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Joaquín P. T., contra la misma resolución, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de fijar en 12.690,53 euros, y no los 116.596,34 euros que la sentencia indicada menciona, la deuda existente contra el patrimonio de la causante, a los que deberán añadirse los 15.692,24 euros referidos a tributos.

"Ratificándose el resto de sus pronunciamientos y sin imponerse las costas de esta alzada a parte alguna".

Contra aquesta resolució el procurador senyor Ivo Ranera Cahís, en nom i representació de la senyora Àngela P. T., va interposar recurs de cassació. Aquesta Sala, amb data 29 de setembre de 2003, va dictar provisió que, pel que ara interessa, deia: "Analitzades les alegacions de la part recurrent hom detecta que la doctrina jurisprudencial que s'al·lega com a infringida no empara les seves pretensions pel fet que si bé aquest Tribunal de ben segur que ha dit que les operacions sobre el control de la llegítima s'han de fer d'acord amb els criteris que estableix la llei, amb aquesta afirmació la recurrent no identifica el nucli del debat, per la qual cosa s'intueix que en realitat el que es persegueix amb el recurs és una qüestió fàctica que, com és sabut, és aliena a l'àmbit cassacional". La procuradora Sra. Ana M. Feixas Mir, en nom i representació del Sr. Joaquín P. T., i el procurador Sr. Ivo Ranera



Cahís, en nom i representació de la Sra. Àngela P. T., van formular en relació amb la provisió esmentada les al·legacions que consten en les actuacions.

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

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Analitzades les al·legacions esgrimides per les parts personades i tenint ben present l'escrit de preparació del recurs de cassació, es fa palesa la impossibilitat d'admetre'l.

El recurs de cassació s'encarrila per la via de l'article 477.3r.3 de la Llei d'enjudiciament civil, és a dir que la part recurrent al·lega que el *thema decidendi* presenta interès cassacional.

Aquest interès de cassació el circumscriu la part recurrent en la contravenció a jurisprudència del Tribunal Suprem en què, segons diu, incidiria la sentència de l'Audiència en analitzar el valor probatori d'un document de reconeixement de deute aportat.

En relació amb el que s'ha exposat addueix la recurrent que el reconeixement de deute és una figura jurídica perfectament vàlida i lícita, permesa pel principi d'autonomia privada, i que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem que raona en aquest sentit resulta vulnerada en la sentència qüestionada.

**Segon.** Les al·legacions del recurrent no poden ser ateses pel fet que s'obvia el declarat per aquesta Sala en reiterades interlocutòries, de les quals es pot citar *ad exemplum* la de 28 d'abril de 2003, que diu: "Esdevé imprescindible que la part recurrent argumenti de quina forma, quan o en quin sentit la sentència d'apel·lació ha vulnerat la doctrina jurisprudencial (...) requisit que té una justificació evident, ja que sols en aquest supòsit l'Audiència Provincial pot examinar, si escau, la revocabilitat que s'invoca i decidir sobre la preparació del recurs, segons preveu l'art. 479.4 de la LEC (per totes, interlocutòria de 9 de maig de 2002)".

És d'interès també citar la interlocutòria de la mateixa data, 28 d'abril de 2003, que diu: "Esdevé indispensable que l'escrit de preparació del recurs exposi la identitat entre el punt de la sentència que es vol recórrer i aquella de la jurisprudència que s'invoqui com a contradictòria; que s'expliqui on rau el nucli de la contradicció i es raoni com, en què i per què ha estat vulnerada la jurisprudència que s'addueixi com a contradictòria".

**Tercer.** L'aplicació, doncs, de l'anterior doctrina al supòsit debatut evidencia la manca de raó de la recurrent, que es limita a afirmar la validesa de la figura jurídica del reconeixement de deute, qüestió que no nega la sentència de l'Audiència, sense determinar en cap moment el "nucli" conformador de l'interès cassacional, tasca que li exigeix l'anterior doctrina exposada.

El cert és que l'Audiència no li dóna la raó al recurrent, no pel fet que ignori la susdita figura jurídica, sinó pel fet que considera no provada, en aquest cas, la realitat del reconeixement.

I, aquesta manca de prova, com ja va dir aquesta Sala en la provisió de 29 de setembre de 2003 esmentada en els antecedents fàctics d'aquesta resolució, és un tema de caràcter fàctic aliè al recurs de cassació.

Per les anteriors consideracions és procedent la inadmissió del recurs.  
Vistos els preceptes esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit inadmetre el present recurs de cassació interposat per la representació processal de la Sra. Àngela P. T. contra la Sentència de data 27 de febrer de 2003 dictada per la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el seu rotlle d'apel·lació núm. 694/02.

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

**808**  
**SENTÈNCIA DE 27 D'OCTUBRE DE 2003**  
*Alfons C.Y. / Leonor M.F.*

**Recurs de revisió: naturalesa jurídica. Recurs de revisió: caducitat i computació del termini. Recurs de revisió fonamentat en el recobriment de documents: estimació del recurs basat en un document posterior a la sentència que dona lloc a una prova biològica de la no-paternitat. Filiació: principis que informen la normativa catalana sobre la matèria. Interpretació de la llei segons la realitat del temps present**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'expressen més amunt, ha vist la demanda de revisió núm. 94/2002 contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 4 de l'Hospitalet de Llobregat en el judici de menor quantia 102/95, confirmada per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona i ratificada per aquesta Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, i contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 16 de Barcelona en el judici de menor quantia núm. 331/00, confirmada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona. El Sr. Alfonso Vicente C. Y. ha interposat aquesta demanda representat per la procuradora Sra. Ana M<sup>a</sup> Martín Aguilar i defensat pel lletrat Sr. Luis Álvarez Perez Bedia. És part contra la qual es recorre la Sra. Leonor M. F., representada per la procuradora Sra. Virginia Gómez Papi i defensada pel lletrat Sr. Antonio Ubieta Fernández. Amb la deguda intervenció del Ministeri Fiscal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació del Sr. Alfonso Vicente C. Y. va interposar, d'acord amb l'article 510.1 de la Llei d'enjudiciament civil, demanda de revisió contra la Sentència dictada amb data 30 d'abril de 1997 pel Jutjat de 1a Instància núm. 4 de l'Hospitalet de Llobregat, així com contra la Sentència dictada en data 24 de gener de 2001 pel Jutjat de 1a Instància núm. 16 de Barcelona.

**Segon.** Per mitjà d'una provisió d'aquesta Sala de data 16 de desembre de 2002, i de conformitat amb allò que disposa l'art. 514 de la Llei d'enjudiciament civil, es va citar la part contrària perquè en el termini de vint dies contestés la demanda. En data 8 de gener de 2003

el fiscal va presentar el seu corresponent informe. En data 19 de febrer de 2003 la procuradora Sra. Virginia Gómez Papi, en nom i representació de la Sra. Leonor M. F., va presentar escrit de contestació a la demanda de revisió.

**Tercer.** Per una provisió de data 27 de febrer de 2003, i de conformitat amb l'art. 440 de la LEC, es va citar les parts a través de la seva representació processal per tal que compareguessin el dia 20 de març de 2003 a les 10.30 hores del matí per a la celebració de vista, la qual va tenir lloc on es va sol·licitar, i es va acordar la pràctica d'una prova biològica de paternitat.

**Quart.** Efectuada la prova acordada per l'Institut Nacional de Toxicologia, es va acordar, de conformitat amb el que disposa l'art. 440 de la Llei d'enjudiciament civil, la celebració de vista per al dia 16 d'octubre de 2003 a les 11 hores, que ha tingut lloc.

Ha estat designat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS JURÍDICS

**Primer.** El present recurs de revisió el fonamenta la representació del Sr. Alfonso Vicente C. Y. en l'art. 510, núm. 1 de la LEC ("si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado"), i s'ha de ponderar el següent:

1r) La Sra. Leonor M. F. interposà en el Jutjat de Primera Instància núm. 4 de l'Hospitalet de Llobregat una demanda per la qual postulava que es declarés pare biològic de la menor Sílvia F. M. el Sr. Alfonso Vicente C. Y. Per una Sentència de 30 d'abril de 1997 l'esmentat Jutjat acollí la demanda, declarant que la referida menor era filla extramatrimonial de l'ara recurrent en revisió, Sr. C. Aquesta sentència va ser apel·lada, i l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Setzena) la confirmà per la Sentència de 30 de novembre de 1998, contra la qual es va interposar un recurs de cassació que aquesta Sala va desestimar per la Sentència de 6 de setembre de 1999.

2n) Aquestes resolucions motivaren que la Sra. Leonor M. F. interposés una segona demanda contra el Sr. C., que es resolgué per sentència del Jutjat de Primera Instància núm. Setze de Barcelona atorgant la pàtria potestat de la referida menor a ambdós litigants, si bé atribuint-ne la guarda i custòdia a la mare, decidint no fixar règim de visites en favor del declarat pare i establint una pensió que havia de lliurar aquest darrer a la mare, en concepte d'aliments per a la filla, de 25.000 pessetes mensuals. Aquesta sentència, en aplicació de la cosa jutjada, refusà la reconvenció formulada pel Sr. C. per a la modificació de la seva paternitat declarada. El Sr. C. va interposar recurs d'apel·lació, i la Sentència de l'A.P. de Barcelona (Secció Divuitena) d'1 de juliol de dos mil dos confirmà la d'instància, manifestant, respecte a la prova pericial heredobiològica sol·licitada pel Sr. C. i que fou denegada, que era òbvia la seva impertinència "a los efectos de determinar una paternidad que en su día ya fue declarada por sentencia firme". Per proveïment de 28 d'octubre del 2002, l'Audiència Provincial declarà la fermesa d'aquesta seva darrera sentència.

3r) En data 1 d'octubre del dos mil dos, comparegué la Sra. Leonor M. F. davant notari a l'efecte de manifestar que, havent-se practicat extrajudicialment una prova biològica de la qual resultava l'exclusió de paternitat del Sr. C., "era su voluntad confirmar o rechazar la

paternidad biológica de la hija Silvia F. M., por lo que desea realizar la mencionada prueba de paternidad ante el Instituto Nacional de Toxicología de la Generalitat de Catalunya u órgano adscrito al Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de l'Hospitalet de Llobregat”.

4t) Davant d'aquest nou esdeveniment, el Sr. C. interposà la present demanda de revisió, respecte a la qual el Ministeri Fiscal manifestà, en el tràmit de l'art. 514 LEC, que s'hi oposava. La representació de la Sra. Leonor M. la contestà també oposant-s'hi en principi, si bé sol·licitant la pràctica d'una altra prova biològica per l'Institut de Toxicologia de la Generalitat de Catalunya o centre adscrit a aquesta Sala i manifestant que “en función del resultado se revisen o no las sentencias dictadas”. Aquesta Sala, en la vista celebrada el 20 de març d'enguany, acordà la pràctica de l'esmentada prova, que portà a terme l'Institut Nacional de Toxicologia, el qual informà que “los resultados obtenidos excluyen la paternidad de D. Alfonso Vicente C. Y. respecto a la menor Silvia F. M.”. Això provocà que la representació de la Sra. Leonor M. manifestés, primer per escrit i després —i també personalment la mare— en l'acte de la vista del dia 16 d'enguany, que es donés lloc a la demanda de revisió per tal com s'havia demostrat científicament la impossibilitat que el Sr. C., a qui atribuï primerament la paternitat de la seva filla, en fos el progenitor.

**Segon.** Contràriament a allò manifestat pel Ministeri Fiscal en l'acte de la vista darrera, no es registra en el cas la caducitat de l'acció revisòria. En efecte, si bé l'art. 512 de la LEC estableix que no podrà sol·licitar-se la revisió passats cinc anys des de la data de publicació de la sentència que es pretén impugnar i que, dins d'aquest termini, l'acció es podrà exercitar sempre que no hagin transcorregut tres mesos des de l'aparició del document decisiu, això és precisament el que s'ha esdevingut en el cas, en el qual no han passat ni de bon tros els cinc anys respecte a cap de les sentències fermes dictades ni han transcorregut tampoc tres mesos des que la part pogué disposar del document en què es fonamenta la revisió (acta notarial de primer d'octubre de dos mil dos) fins a la interposició de la present demanda, que es va registrar d'entrada en aquest Tribunal el 14 de novembre següent.

**Tercer.** Com ja havia declarat aquesta Sala i acaba de tornar a fer en la recent sentència de revisió 10/03 “cal tenir present la sentència del T.S. de 14 de gener de 2001, que es refereix exhaustivament a les gran línies doctrinals i jurisprudencials que han anat configurant aquest recurs extraordinari. Tal resolució, que invoca en el mateix sentit les sentències del T.S. d'1 de març de 1999 i 5 d'abril de 1996, recorda així mateix que la revisió és ‘un remedio procesal encaminado a atacar el principio de la cosa juzgada a la vez que controlar en beneficio de la justicia si la resolución cuya revisión se pretende fue dictada como consecuencia de defectos o vicios que de haberse conocido hubieren provocado una resolución distinta (...) La doctrina de esta Sala, de modo reiterado y constante, ha sancionado: A) Que el recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa de inexcusable observancia (...) sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados (S.T.S. de 1 y 15 de febrero; 8 de junio y 21 de octubre de 1982). B) La interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada que no puede ponerse en entredicho (S.T.S. 13 de abril y 25 de mayo de 1981; 8 de mayo y 8 de junio de 1982 ), cual se recoge en la Sentencia de 3 de

octubre de 1987. C) No es una última instancia, ni este remedio formal puede servir para subsanar deficiencias procedimentales que pudo reparar la parte, ya que, rigiendo el principio dispositivo, al ejercitarse una facultad, se ha de pechar con las consecuencias perjudiciales o cargas que de ello se deriven (S.T.S. de 21 de diciembre de 1988). D) No es posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada (S.T.S. 30 de junio, 14 de julio y 3 de noviembre, todas de 1988). E) El plazo para interponerlo es el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude (art. 1798 LEC), y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que debe probarse con precisión (S.T.S. 23 de febrero de 1965; 17 de octubre de 1969; 24 de marzo de 1972; 14 y 19 de febrero de 1981; 15 de febrero y 14 de junio de 1982; 6 de abril de 1985; 15 de julio de 1986 y 11 de mayo de 1987). F) No es procedente la revisión cuando en el proceso que se dictó la sentencia pudieron quedar acreditados los mismos extremos que en el excepcional recurso de revisión se pretenden replantear (S.T.S. 18 de enero y 4 de octubre de 1989). G) ‘(...) es criterio jurisprudencial que la maquinación exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de ardides, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario (...) procede desestimar el recurso’, y la S.T.S. de 3 de octubre de 1991 ‘Se comprenden dentro del término de maquinación fraudulenta todas aquellas actividades que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda, y sin que tal recurso autorice a los litigantes a proponer un nuevo examen de las cuestiones que ya tuvieron lugar adecuado en el pleito, por lo que la maquinación fraudulenta alegada ha de basarse en hechos ajenos al pleito’ (S. de 13 de marzo de 2000). H) Carece del alcance y efecto de documento decisivo recobrado, detenido por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor la Sentencia fue dictada, requerido por el art. 1796, aquel concebido en los mismos términos del que fue aportado en el juicio determinante de la sentencia recurrida en revisión (S.T.S. 13 de diciembre de 1988). I) Es necesario que los documentos cumplan estos dos requisitos: que sean decisivos, esto es, con valor y eficacia bastante para que el fallo de la sentencia hubiere sido en sentido contrario o diferente al recaído; y segundo, que dichos documentos hayan sido detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado la Sentencia (S.T.S. de 3 de febrero y 2 de octubre de 1989)’. Per la seva banda, la recent Sentència del T.S. de 10 de setembre de 2002, referida ja a la nova LEC, insisteix en els conceptes transcrits i continua la línia de severitat pròpia d’aquest recurs extraordinari”.

**Quart.** S’esdevé, però, que el mateix Tribunal Suprem ha dit també que “la verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en la tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud. La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo” (S. del T.S. de 20 de junio de 2000), i afegeix que això deriva d’estar “en entredicho algo tan importante como el *status* de una persona, afectante al interés social y orden público, no entregado por ello a

ningún interés particular o partidista, de forma que en estos procesos se sigue un cierto principio inquisitivo”, raó per la qual es permet “a los tribunales utilizar cualquier sistema de los previstos por la razón humana y en consonancia con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitorial, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, según el art. 3.1 del propio texto legal, que no es otro que la defensa de los intereses personales del hijo, tanto de orden material como moral”

En aquest mateix ordre d'idees, ha dit la Sentència del T.S. de 20 d'abril de 1988 que “los ordenamientos jurídicos prefieren el efecto preclusivo de la *res iudicata* como mal menor, ya que cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica; pero un elemental principio de justicia obliga a matizar este principio y a establecer como regla de excepción aquella que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño a la sentencia”.

També la millor doctrina postula que “una institución tan rica y compleja como es la filiación —donde confluyen elementos biológicos, afectivos, sociales, individuales, de seguridad jurídica y otros— es buena piedra de toque y lugar de enfrentamiento de lo formal y, lo material; formalismo y realismo como principios y concepciones jurídicas en continua tensión“, i afegeix que “está apareciendo últimamente una interesante jurisprudencia relativa a esos problemas“, la qual, “superando al respecto ciertas rigideces formales de carácter procesal, pues ello conduciría, ante la peculiar singularidad del caso debatido, a un resultado ilógico y absurdo que repugnaría al derecho y a un elemental razonar jurídico” invoca “la especial naturaleza del derecho de familia, con las conocidas peculiaridades que le sitúan como un *tertium genus* entre el derecho privado y el público”, de tal manera que es supera el formalisme “apelando a los principios generales del derecho y a los artículos 1.4 CC y 53.3 CE.” S'assenyala també que “un pronunciamiento de esta clase en un proceso (civil) en que no prueba el actor los hechos que alega y son fundamento eminente de su pretensión, y en que además hay un erróneo planteamiento procesal del recurso de casación, hubiera sido al menos sorprendente hasta hace poco tiempo. (...) el cambio es profundo y en esta ocasión y para la filiación ello viene determinado sobre todo por la concepción que tiene de ese instituto y la interpretación que hace el T.S. de su régimen jurídico en el sentido de que ha de prevalecer la verdad real frente al formalismo”. Es posa èmfasi també en el fet que la Sentència del T.S. de 5 de novembre de 1988, subratlla “el rango constitucional del derecho a investigar la paternidad, en cuanto se estima más protegible, en interés del menor, la realidad a la ficción formal”. Per això es conclou que les sentències del T.S. citades “y alguna otra, muestran la decidida decantación del T.S., en el marco de la tensión formalismo-realismo en materia de filiación, hacia el principio de veracidad, a través de una interpretación sociológica y finalista de las principales normas implicadas, con una clara preferencia por la verdad real (...) en ese sentido converge casi siempre el interés del hijo, como dicen varias de aquéllas (y muchas otras) sentencias”.

Aquesta flexibilitat s'ha de traslladar al present cas, i no és possible atènyer-se ni a una concepció rígida ni a una interpretació literalista de l'art. 510 de la LEC. S'ha dit que la interpretació rabiosament *ad litere* pot ser deguda a dos tipus de mentalitats; una, de caràcter pseudoreligiós, que atorga al text legal un valor gairebé màgic o sagrat, cosa que determina una submissió cega i indiscriminada perquè dubtar de l'encert del legislador esdevindria gairebé una profanació; l'altra, que tal mentalitat és de caràcter autoritari, per tal com

el legislador, que per definició està en possessió de la raó absoluta, té també dret a exigir una obediència absoluta del seu *dictum*, sense interpretació, excepció o matisació de cap mena, per tal com això introduiria la més greu inseguretats jurídica o el pur caprici hermenèutic.

Lluny d'allò de què es queixava Ganivet, en el sentit que “*no hay medio de que el juez se abstraiga por completo de la sociedad en que vive, ni es posible impedir que por entre los preceptos de la ley se filtre el espíritu del pueblo a quien se aplica*”, la reforma del Codi civil del 1974 disposà que les normes també s'han interpretar a tenor de la realitat social en què han de ser aplicades, cosa que, per cert, connecta especialment amb els principis informadors del dret català i la seva secular aplicació de *l'aequitas*. (Només cal recordar el II Congrés Jurídic Català i la seva conclusió novena, expressiva que el mètode emprat per la formació del dret català i l'encertada invocació i aplicació de l'equitat —característica de la tradició jurídica catalana— van fer possible l'adaptació del dret a les circumstàncies, tot obrint-lo al progrés.)

Considerat això, la societat actual no entendria que per una qüestió formal, per no dir ritual (ja que encara es parla de la “santedat” de la cosa jutjada), una interpretació inflexible de l'apartat 1r de l'art. 510 de la LEC, en el sentit de no considerar document apte per a la revisió de les sentències esmentades l'acta notarial posterior a elles i que possibilita el present recurs, dins del qual s'ha practicat la prova heredobiològica, acreditativa, amb absoluta certesa científica, que el Sr. C. no pot ser pare de la menor Silvia F. M., portés al resultat de mantenir la ficció sobre la realitat, és a dir a desestimar la present demanda de revisió per a mantenir una sentència que s'ha demostrat equivocada en la mesura que declara pare d'un fill a qui no ho és, amb les incommensurables conseqüències de tot tipus inherents a una declaració d'aquesta magnitud (probable perjudici per al menor, segur perjudici per al demandant, que es veuria obligat, entre altres coses, a pagar mensualment, en detriment de la seva família, una pensió d'aliments per una persona del tot estranya a ell, segur perjudici per als fills del Sr. C., per tal com haurien de compartir uns béns hereditaris amb una *germana* que només ho seria per mor d'una declaració judicial que la ciència ha demostrat errònia; disposició per al Sr. C. d'una pàtria potestat sobre una menor respecte a la qual no té cap dret ni cap deure); tot això amb el benentès que una resolució d'aquest tipus contradiria l'expressa voluntat dels litigants (sobretot la de la mare de la menor, que, demostrada la nopaternalitat d'aquell que demandà, no desitja, lògicament, que s'estableixi cap mena de vincle jurídic entre la seva filla i el Sr. C.).

Tot això mena, doncs, a l'acolliment de la present pretensió revisòria, cosa que comportarà, segons l'art. 516 de la LEC i a tenor del que s'ha postulat, que s'hagi de declarar la rescissió de la Sentència d'aquest Tribunal de 6 de setembre de 1999, dictada en el recurs de cassació núm. 8/99, i en conseqüència de la de 30 de novembre de 1998 de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Setzena) dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 836/97, i la de la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 4 de l'Hospitalet de Llobregat de 30 d'abril de 1997, dictada en el judici de menor quantia núm. 102/95; així com de la Sentència de primer de juliol del dos mil dos de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Divuitena) dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 574/2001 i, en conseqüència, de la del Jutjat de Primera Instància de Barcelona núm. 16, de 24 de gener de 2001, dictada en el judici de menor quantia núm. 331/2000.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,



## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix estimar la demanda de revisió interposada per la representació del Sr. Alfonso Vicente C. Y., i, en conseqüència, declarar la rescissió de la Sentència d'aquest Tribunal de 6 de setembre de 1999 dictada en el recurs de cassació núm. 8/99, i, en conseqüència, de la de 30 de novembre de 1998 de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Setzena) dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 836/97 i de la del Jutjat de Primera Instància núm. 4 de l'Hospitalet de Llobregat, de 30 d'abril de 1997, dictada en el judici de menor quantia núm. 102/95; així com de la Sentència de primer de juliol de dos mil dos de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Divuitena) dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 574/2001, i, en conseqüència, de la del Jutjat de Primera Instància de Barcelona núm. 16, de 24 de gener de 2001, dictada en el judici de menor quantia núm. 331/2000, sense imposició de costes i amb devolució a la part demandant del dipòsit constituït.

Expediu la certificació escaient i torneu les actuacions als respectius òrgans judicials perquè les parts utilitzin els seus drets, si així els interessa, en el judici corresponent.

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

**809**  
**SENTÈNCIA DE 28 D'OCTUBRE DE 2003**  
*Marià R.M. / Matilde G.G.*

**Pensió compensatòria en les situacions de crisi matrimonial: naturalesa jurídica. Pensió compensatòria: possibilitat d'augmentar-ne la quantia. Recurs de cassació: funcions**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la Sra. Matilde G. G., que no s'ha personat davant aquest Tribunal, contra la Sentència dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 19 de febrer de 2003 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Santa Coloma de Gramenet el 31 de gener de 2002 en el procediment de judici de modificació de mesures de separació núm. 219/99. El Sr. Mariano R. M., aquí part recorreguda, tampoc no s'ha personat davant aquest Tribunal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Xavier Arcusa Gavalda, en nom i representació del Sr. Mariano R. M., va formular demanda de judici de modificació de mesures de separació núm. 219/99 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Santa Coloma de Gramenet. Seguida la tramitació legal, el jutjat va dictar sentència amb data 31 de gener de 2002, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando íntegramente la demanda formulada por el procurador de los tribunales D. Xavier Arcusa Gavalda, en nombre y representación de D. Mariano R. M., contra Dña. Matilde G. G., y desestimando íntegramente la demanda reconventional formulada por el procurador de los tribunales D. Fermín Lecumberri Torrea, en nombre y representación de Dña. Matilde G. G., contra D. Mariano R. M., debo acordar y acuerdo que, a partir de la fecha de la presente resolución, quede sin efecto la obligación de D. Mariano R. M. de satisfacer la pensión que en concepto de levantamiento de las cargas del matrimonio y de alimentos a favor de sus hijas Raquel y Eva R. G. se fijó en la Sentencia de separación matrimonial dictada en fecha 14 de junio de 1995 en la causa civil nº 28/94 seguida ante este mismo órgano jurisdiccional, manteniendo el resto de las medidas acordadas en la precitada Sentencia de separación matrimonial, y ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas".

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part demandada i actora reconvençional va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 19 de febrer de 2003, amb la següent part dispositiva: "Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. Matilde G.G. contra la Sentencia de fecha treinta y uno de enero de dos mil dos, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Santa Coloma de Gramenet en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas del recurso".

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, la Sra. Matilde G. G. va interposar aquest recurs de casació. Per interlocutòria de 3 de juliol de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 2 d'octubre de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent la Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada, atesa la dissidència del ponent Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol (art. 206 de la Llei orgànica del poder judicial).

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Considera la Sala que, per a una correcta comprensió del tema debatut, cal exposar els antecedents de caràcter fàctic següents:

a) Amb data 14 de juny de 1995 es va dictar sentència de separació del matrimoni format pel senyor Mariano R. M. i la senyora Matilde G. G., en la qual, pel que ara interessa, es fixaren les següents mesures inherents a la mateixa sentència: "en concepto de levantamiento de las cargas del matrimonio y alimentos de las hijas, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 20.000 pesetas mensuales, que será actualizada anualmente según el porcentaje de incremento de IPC fijado por el INE; así como conceder a Doña Matilde G., como pensión compensatoria, la cantidad de 30.000 pesetas mensuales, abonadas por meses adelantados, dentro de los cinco primeros días de cada mes (...) las pensiones serán actualizables según el porcentaje del IPC, fijado por el INE".

b) El 26 de juliol de 1999 el senyor Mariano R. M. va presentar davant el Deganat dels Jutjats de Primera Instància i Instrucció de Santa Coloma de Gramenet una demanda incidental de modificació de mesures provisionals, en la qual es pretenia l'extinció de la pensió d'aliments en quantia de 20.000 pessetes fixada en la sentència de separació, després d'explicar que les dues filles del matrimoni separat, Raquel i Eva, a favor de les quals hom l'havia fixat, ja no mereixien ser-ne creditors.

c) Des de l'anterior perspectiva hom explicava que la filla major, Raquel, havia contret matrimoni el 23 de maig de 1998 i havia assolit independència familiar i econòmica; pel que feia a la menor, Eva, tenia 24 anys d'edat i no estava afectada per cap tipus d'impediment físic o psíquic que suposés un obstacle per trobar una feina remunerada suficient per atendre les seves necessitats pecuniàries.

d) A la demanda avants dita s'hi oposà la senyora Matilde G. G., la qual va esgrimir a la vegada una reconvençió on pretenia que la quantitat de vint mil pessetes mensuals en con-

cepte d'aliments a les filles, en el cas que fos extingida, vingués a incrementar la pensió compensatòria a favor de l'esposa.

e) En la reconvençió es feia expressa referència al fet que el matrimoni havia durat trenta-quatre anys, i que en el moment de la separació l'esposa ja en tenia 62, i el marit 63; també es feia al·lusió al fet que l'esposa, mentre va durar el matrimoni, s'havia ocupat sempre de les tasques de la llar i cura de les filles, i no havia desenvolupat cap mena de treball remunerat. Es feia ressaltar que, quan es va decretar la separació, el marit s'havia acollit a un pla de viabilitat de l'empresa Mercedes Benz Espanya, SA, per mor del qual havia percebut una important indemnització, i que havia passat a cobrar una pensió mensual d'atur de l'INEM, per enllaçar posteriorment a cobrar una pensió de jubilació de quantia més elevada. Es feia èmfasi en el fet que la pensió compensatòria a favor de l'esposa en quantia de només 30.000 pessetes havia estat condicionada per la remuneració que en aquell moment rebia el marit de l'atur, i per la pensió alimentària a favor de les filles, i que en aquests moments la pensió de jubilació era més alta i la pensió de les filles probablement hauria d'extingir-se atesa la petició del pare.

f) La sentència de primera instància va estimar íntegrament la demanda, va rebutjar, en canvi, la reconvençió, i consegüentment va declarar extingida l'obligació de pagar aliments a favor de les filles del matrimoni, i no va alterar a l'alça la pensió compensatòria a favor de l'esposa.

g) Contra la sentència de primera instància la senyora Matilde G. G. va presentar recurs d'apel·lació que va ser rebutjat íntegrament.

h) Finalment l'esmentada senyora va interposar un recurs de cassació contra la sentència de l'Audiència en el qual denunciava la infracció de l'article 84 del Codi de família pel fet de no haver estat acollides les seves pretensions encaminades a incrementar la pensió compensatòria fixada en la sentència de separació.

**Segon.** Com és sabut, el recurs de cassació, tant durant la vigència de la Llei d'enjudiciament civil de 1881 com amb la LEC de 2000, té una funció nomofilàctica, és a dir d'interpretació de les normes jurídiques aplicables al cas en debat, sense que en cap cas sigui legítim (salvant els supòsits de valoració arbitrària o contrària a la raó de la prova practicada, que haurà d'ésser denunciada per la via del recurs per infracció processal) pretendre una nova valoració de les proves practicades.

Aquestes consideracions comporten necessàriament la vinculació del Tribunal de cassació als fets declarats provats per l'Audiència, que esdevenen, doncs, intangibles.

En relació amb el que s'ha dit escau remarcar que la sentència de l'Audiència conté les següents afirmacions que ara interessa posar en relleu:

"1. Desde luego no cabe duda alguna de que la situación de desigualdad económica entre ambos litigantes persiste con absoluta claridad. Podemos admitir, también, que, dadas las circunstancias la pensión compensatoria de la esposa es insuficiente en su cuantía".

"2. La pensión de jubilación del marido (...) podría incrementarse (ascender) a unas 180.000 pesetas al mes, pero no más (...). No obstante, si se constata que la pensión compensatoria asciende a 30.000 pesetas actualizadas desde 1995, se confirma que, efectivamente, la situación de la esposa es desproporcionadamente mucho peor que la del marido, que cuenta con unos ingresos de más de 170.000 pesetas al mes. Hay que tener en cuenta que ambos cónyuges tienen satisfecha la necesidad de vivienda, una vez que se procedió a

la liquidación del régimen económico matrimonial en los términos que expone la sentencia apelada, con asignación a cada uno de una vivienda”.

“3. Así como la ley prevé la desaparición de la pensión compensatoria, no prevé en cambio su incremento. Esto tiene una razón de ser evidente. La pensión, en la cuantía en que se fija, constituye la medida o dimensión de desigualdad o desequilibrio que resulta de la ruptura del matrimonio. Si posteriormente la desigualdad se incrementa, eso ya no será consecuencia de esta ruptura del matrimonio, sino de la evolución posterior de la vida de los cónyuges (...)”.

“4. Pero puede razonarse que las cosas no han de ser igual cuando el empeoramiento de la situación de desigualdad entre las partes no es más que el simple desarrollo o evolución de la propia situación existente constante el matrimonio, que no se altera en lo sustancial sino que, simplemente, sigue una evolución que ya está insita, latente o prevista en la propia situación existente durante el matrimonio. Así sucede en los supuestos en que existe una situación transitoria de desempleo desde la que se pasa, sin solución de continuidad, a otra de jubilación, con mejora de la prestación del cónyuge que la perciba; supuesto en el que en el momento de la ruptura, el más favorecido ya tiene la perspectiva de la próxima percepción de una pensión de jubilación, la cual puede decirse que, en el momento del cese en la convivencia, ya forma parte del patrimonio del interesado (...)”.

Amb les anteriors argumentacions semblaria que la Sentència de l'Audiència hauria de donar la raó a l'esposa i, consegüentment, decretar l'increment de la pensió compensatòria; però el Tribunal diu que “ha de inclinar-se per el criteri tradicional” i rebutja les pretensions de l'esposa, encara que reconeix que “sobre esta cuestión no se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya”, i amb aquesta afirmació sembla que convida l'esposa a la interposició del recurs de cassació, que, com s'ha dit, ara escau resoldre.

**Tercer.** En el recurs de cassació, amb l'expressa cita com a infringit de l'article 84 del Codi de família, la recurrent insisteix en el desequilibri econòmic que s'observa sense dubtes en comparar la situació econòmica d'ella i la del seu espòs, del qual es troba separada. També fa esment al fet que, al seu entendre, les seves pretensions podrien ésser acollides tenint en compte que doctrina d'aquesta Sala ha reconegut la possibilitat de reconvertir una pensió alimentària en una compensatòria a favor de l'esposa, quan per mor del divorci cessa l'obligació de prestar aliments, en un cas que fins i tot hi havia una renúncia de l'esposa a percebre la pensió de l'article 84 del Codi de família (T.S.J. de Catalunya, sentències de 4 de juliol de 2002 i 2 de juny de 2003).

La qüestió sotmesa a la consideració d'aquest Tribunal és d'una complexitat evident, pel fet que la lletra de la Llei sembla estar en directe confrontació amb el que aconsellaria, almenys en aquest cas, una solució justa.

És escaient recordar que l'article 84 del Codi de família diu, pel que ara interessa: “la pensió compensatòria ha d'ésser disminuïda si qui la percep passa a millor fortuna o qui la paga passar a pitjor fortuna”.

Aquest precepte s'ha de comparar amb l'article 100 del Codi civil, que regula la mateixa institució, a saber: “fijada la pensión y las bases para su actualización en la sentencia de separación o divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge”.

La lectura d'ambdós preceptes posa en evidència que mentre que el Codi civil sembla acceptar la possibilitat d'incrementar la pensió compensatòria per alteracions substancials

en la fortuna d'un dels cònjuges, en canvi del Codi de família sembla deduir-se que si bé és factible l'alteració a la baixa de la pensió en estudi, en cap cas la llei n'accepta un increment.

La redacció de l'article 84 del Codi de família podria ésser conseqüència d'una reiterada doctrina de les audiències provincials que, en aplicació de l'article 100 del Codi civil, insistiren en el fet que, per molt que la situació econòmica del cònjuge obligat al pagament de la pensió variés a l'alça, mai es justificaria l'increment de la compensatòria que partia dels paràmetres vigents al moment de la separació o divorci, o, en el seu cas, de la cessació de la vida en comú del matrimoni.

Per tant, el que queda absolutament vedat segons la redacció de l'article 84 del Codi de família és la puja de la pensió compensatòria per mor de les circumstàncies sobrevingudes amb posterioritat a la fractura matrimonial, però escau plantejar-se què ha de succeir quan en aquest moment ja existeixen les circumstàncies que determinarien inexorablement una actualització automàtica de la situació del cònjuge deutor.

En la hipòtesi plantejada, el més convenient seria determinar ja en la sentència que fixi la pensió compensatòria l'increment d'aquesta en el moment en què es produís.

Però el problema que escau abordar en aquest moment és què passarà quan la previsió anterior no hagi estat adoptada en la sentència de separació o divorci, i el cònjuge creditor es trobi en una situació econòmica apurada per manca d'aquella previsió.

I el cert és que la naturalesa de la pensió compensatòria que queda reflectida en la Sentència d'aquesta Sala de 4 de març de 2002, a la qual fa referència la recurrent, no resulta minvada pel fet que la manca de previsió al·ludida es solucioni de forma tardana.

En aquella sentència es deia que la naturalesa de la pensió compensatòria és reequilibradora, ja que tracta de compensar el cònjuge que es veu perjudicat per la separació o el divorci mantenint el principi de solidaritat econòmica existent durant la situació de convivència.

També s'ha de destacar de la susdita sentència l'afirmació següent: "los términos comparativos que generan el derecho a la pensión son, pues, dos: la situación de que gozaba durante el matrimonio y la situación previsible después de la crisis, atendida la situación personal y profesional del beneficiario de la pensión".

De les anteriors consideracions se'n deriva de forma clara la naturalesa de la pensió de què ara es tracta, i se n'infereix sense dubtes que la situació econòmica, d'un i altre cònjuge, que s'ha de tenir en compte per tal de fixar-ne l'import és la del moment de la ruptura, sense que puguin ésser ateses circumstàncies ulteriors o sobrevingudes que suposarien l'alteració de la naturalesa de la pensió i col·locarien el deutor en una posició permanent d'inseguretat jurídica. Seria d'interès afegir que autoritzada doctrina ha volgut fer ressaltar que el divorci trenca qualssevol llaços d'unió dels qui foren cònjuges, sense que sigui predicable cap deure de solidaritat, socors o ajuda mútua. Des d'aquesta perspectiva s'ha trobat el fonament de la pensió compensatòria de l'article 84 del Codi de família (coincident en aquest punt amb l'article 97 del Codi civil) en un principi de justícia o equitat (principi que en el cas que ara es tracta té especial importància) que ha d'ésser aplicat amb vista a mitigar un determinat perjudici o dany de caràcter injust que té el seu origen immediat en el fracàs del projecte convivencial. També s'ha dit que la pensió tendeix, doncs, a evitar que a causa de la separació o divorci un cònjuge vegi més perjudicada la seva situació econòmica (seguint la dicció de l'article 84 del Codi de família), i per a valorar aquesta "situació econòmica perjudicada" s'ha de comparar l'estatus matrimonial des del punt de vista econòmic, amb la situació també econòmica del cònjuge que demanda la pensió, però el desequilibri

que aparegui queda afectat per la referència legal a la posició del cònjuge obligat al pagament (no s'ha d'oblidar que normalment la ruptura conjugal suposa un empitjorament de la posició econòmica d'ambdós cònjuges, ja que és usual que les despeses es dupliquin).

Certament, i d'acord amb les anteriors previsions, s'ha de recalcar que les pretensions de la recurrent no van encaminades a alterar la naturalesa de la prestació ni suposen cap mena d'inseguretat per al deutor, sinó que només cerquen adequar la quantia de la pensió compensatòria a les circumstàncies realment existents al moment de la fractura matrimonial: en aquell moment l'espòs cobrava de manera provisional 122.000 ptes./mes, per tal com es trobava en la situació professional i econòmica transitòria de l'atur que corresponia a la primera etapa del procés de la seva jubilació anticipada (el qual ja s'havia iniciat i generat al moment de la ruptura matrimonial, tal com diu l'Audiència). I com que en complir els 65 anys aquell procés iniciat i generat abans de la ruptura finalitzava de manera automàtica amb la jubilació (amb què l'espòs passava a percebre, també de manera automàtica, la quantitat de 180.000 ptes./mes, en comptes de les 122.000 ptes./mes inicials), és clar que aquesta circumstància havia de ser reflectida a la sentència en què es va fixar el *quantum* de la pensió compensatòria, tal com assenyala l'art. 80.2 del Codi de família de Catalunya; i atès que no es va preveure i efectuar així, es va vulnerar l'art. 84 del mateix Codi, tal com denuncia aquest motiu de cassació, que caldrà per tant estimar per atorgar a la recurrent les pretensions esgrimides en la reconvençió.

Procedint d'aquesta manera aquest Tribunal no accepta l'alteració a l'alça de la pensió compensatòria per virtut de circumstàncies sobrevingudes no existents al moment de la ruptura matrimonial; l'únic que fa és adequar aquella pensió als paràmetres ja existents al moment de la fractura, de conformitat amb l'article 84 del Codi de família de Catalunya.

**Quart.** Atès el que disposa l'article 398 de la Llei d'enjudiciament civil, precepte que fa una expressa remissió a l'article 394 del mateix cos legal, i atès que el cas presentava seriosos dubtes de dret, tal com es desprèn dels anteriors raonaments, no és procedent fer expressa imposició de les costes causades amb aquest recurs.

Vistos els preceptes legals esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix estimar el recurs de cassació interposat pel procurador senyor Ernest Huguet Fornaguera, en nom i representació de la senyora Matilde G. G., i declarar que a partir de la data de la sentència dictada en primera instància queda sense efecte l'obligació del senyor Mariano R. M. de satisfer la pensió que en concepte de càrregues del matrimoni i d'aliments a favor de les seves filles Raquel i Eva R. G. es va fixar en la sentència de separació matrimonial dictada amb data 14 de juny de 1995 en la causa civil núm. 28/29.

Fixar la pensió compensatòria que ha de pagar el senyor Mariano R. M. a la senyora Matilde G. G. en la quantitat de 50.000 pessetes mensuals, pagadores a partir de la sentència de primera instància per mesos avançats, dintre els cinc primers dies de cada mes i en 12 mensualitats a l'any, que haurà d'ingressar en el compte corrent de l'entitat bancària designada per l'esposa. La pensió serà actualitzable cada any segons el percentatge d'increment de l'IPC fixat per l'INE.

No escau fer especial pronunciament pel que fa a les costes causades en aquest recurs. Així ho acorda la Sala i ho signen el president i els magistrats esmentats més amunt.

### **VOT PARTICULAR**

Que formula el magistrat senyor Lluís Puig i Ferriol a la Sentència dictada per aquesta Sala el dia 28 d'octubre de 2003 en el recurs de cassació 75/2003, en compliment d'allò que disposa l'article 206.1 de la Llei orgànica del poder judicial.

### **FONAMENTS DE DRET**

**A)** La meua discrepància amb la sentència transcrita es refereix, inicialment, al seu fonament de dret primer, que a l'hora d'enumerar els antecedents de caràcter fàctic que han originat el litigi no esmenta un fet molt significatiu, com és que el litigi s'ha suscitat entre uns cònjuges subjectes a la societat de guanys del Codi civil, que va ésser liquidada arran de la sentència de separació dels cònjuges i que va determinar l'adjudicació dels béns comuns entre ells.

**B)** Segons l'article 1397.1r del Codi civil, la liquidació de la societat de guanys s'ha de projectar únicament sobre els béns comuns o de guanys, que segons el número 1 del precepte esmentat són els que existeixen al temps de la dissolució de la societat de guanys, que té una justificació clara, ja que des del moment de l'extinció de la societat de guanys el patrimoni comú o de guanys s'ha de configurar jurídicament com un patrimoni en liquidació i, com és norma general aplicable als patrimonis en liquidació, des del moment de la seva dissolució veu tancades les possibilitats que entrin a formar-ne part altres béns. En el cas del litigi es tracta de la impossibilitat que formin part del patrimoni posterior al règim de comunitat de béns unes quantitats que havia de percebre el marit després d'haver estat extingida la societat de guanys en concepte de jubilació, ja que d'acord amb l'article 1346.6è del Codi civil aquest concepte té la condició de bé privatiu del marit, i d'una forma encara molt més clara si l'ha de percebre després d'haver-se extingit la societat de guanys.

**C)** La pensió compensatòria opera com una indemnització que té com a finalitat el rescabament del desequilibri que es produeix en el moment de la crisi matrimonial (article 97.1 del Codi civil i article 84.1 del Codi de família), però no té com a finalitat el manteniment del cònjuge creditor de la pensió. En conseqüència, si el cònjuge deutor obté després uns ingressos superiors, no es pot demanar un augment de la pensió compensatòria en atenció al seu caràcter indemnitzador perquè el desequilibri econòmic es centra en el moment de la crisi matrimonial, i després d'aquest moment ja no hi ha desequilibri possible, per tal com la normativa vigent sobre la matèria es desentén de les necessitats subjectives de les persones implicades.

**D)** De les consideracions anteriors en resulta que l'augment de la pensió per jubilació que pot percebre el marit després de la dissolució de la societat de guanys mai haurà format part de la societat de guanys, i per tant l'esposa mai hauria participat d'aquests augments,



circumstància que posa en relleu que el consort separat o divorciat tampoc ha de participar de la millora de nivell econòmic de l'altre perquè no es va produir al temps de la convivència matrimonial, i la finalitat de la pensió compensatòria no és altra que mantenir el nivell de vida que es va assolir durant el període de la convivència.

**E)** Finalment cal afegir que, amb independència de les consideracions fetes en relació amb la societat de guanys, ens trobem davant el fet que mentre l'article 100 del Codi civil preveu la modificació de la pensió compensatòria per circumstàncies sobrevingudes, expressió que pot donar a entendre que se'n permet tant l'augment com la disminució, la doctrina més autoritzada ha posat de manifest que en realitat sols se'n permet la disminució, i segurament per evitar qualsevol dubte infontamentat l'article 84.3 del Codi de família sols en preveu de forma expressa la disminució. Aquesta posició del legislador té una fonamentació molt clara, perquè si el canvi de circumstàncies pot determinar el plantejament d'un posterior litigi, les noves circumstàncies no poden determinar, en canvi, un augment de la pensió compensatòria, ja que la quantitat més elevada suposaria desequilibrar la situació jutjada en relació amb el cessament de la convivència. Per tant, si amb referència al règim econòmic matrimonial que regia l'economia dels cònjuges litigants l'esposa no participaria dels guanys obtinguts pel marit després de la dissolució de la societat de guanys, tampoc pot beneficiar-se d'aquests augments en la situació de crisi matrimonial, ja sigui d'acord amb la disposició taxativa de l'article 84.3 del Codi de família, que sols en preveu la disminució, o d'acord amb el caràcter excepcional de la pensió compensatòria, que per això no pot suposar una solidaritat postmatrimonial superior a la solidaritat que presideix la relació dels cònjuges en les situacions normals de matrimoni.

Basant-se en les argumentacions anteriors, el magistrat que subscriu considera que esqueia desestimar el recurs de cassació.

**810**  
**SENTÈNCIA DE 3 DE NOVEMBRE DE 2003**  
*Manuel S.C. / Àngela M.C.*

**Aliments a favor dels fills majors d'edat en les situacions de crisi matrimonial: procedència**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Manuel S. C., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Carlos Badia Martínez i dirigit per l'advocat Sr. Adrián Pérez Mayor, contra la Sentència dictada per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Girona el 24 de març de 2003 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Girona el 21 de desembre de 2002, en el procediment de judici de modificació de mesures de divorci núm. 403/2002, instat pel Sr. S. contra la Sra. Àngela M. C., aquí part recorreguda, la qual ha estat representada en aquest Tribunal per la procuradora Sra. Gloria Ferrer Massanas i dirigida per advocat.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Francesc de Bolós Pi, en nom i representació del Sr. Manuel S. C., va formular una demanda de judici de modificació de mesures de divorci núm. 403/2002 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Girona. Seguida la tramitació legal, el jutjat va dictar Sentència amb data 21 de desembre de 2002, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que, estimando la demanda deducida por el procurador Sr. De Bolós Pi, en nombre y representación de D. Manuel S. C., exonero a éste del pago de cualquier pensión alimenticia destinada a su hijo Adrià S. M. Se condena a Doña Àngela M. C. al abono de las costas causadas".

**Segon.** Contra aquesta sentència, la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, el qual es va admetre i es va substanciar a la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Girona, la qual va dictar Sentència amb data 24 de març de 2003, amb la següent part dispositiva: "Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por la procuradora Doña Rosa M<sup>a</sup> Triola Vila en nombre y representación de Doña Àngela M. C., contra la Sentencia de 21

de diciembre de 2002 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona, dictada en los autos de modificación de medidas de divorcio nº 403/2002 de los que el presente rollo dimana, revocamos dicha resolución.

“Y estimando en parte la demanda interpuesta por el procurador Don Francesc de Bolós Pi en nombre y representación de Dn. Manuel S. C., reducimos el importe de la pensión alimenticia de Adriá S. M. (hijo común de los litigantes) a la cantidad de 150,00 euros mensuales, revisables anualmente conforme a los cambios que experimente el IPC, y pagaderos por su padre Dn. Manuel S. C. en la forma en su día pactada y aprobada judicialmente en las medidas aquí modificadas en este extremo.

“Todo ello sin hacer especial imposición de las costas en ambas instancias”.

**Tercer.** Contra la sentència anterior, el Sr. Manel S. C. va interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 10 de juliol de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 30 d'octubre de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Són fets incontrovertits i/o reconeguts per la sentència recorreguda i transcendents per a aquesta resolució, els següents:

a) En una sentència de divorci de 22 de febrer de 1995, en homologar-se el conveni regulador que els consorts havien concertat, es va fixar a favor de l'únic fill del matrimoni, Adrià, nascut el 13 de maig de 1983, una pensió alimentària a càrrec del pare que el 16 de juliol de 2002 (data en la qual l'esmentat pare va presentar la demanda originadora del present litigi) ascendia a la quantitat de 370 ? mensuals (61.562 pessetes).

b) En aquesta demanda el Sr. S. sol·licitava que se l'exonerés del pagament d'aquesta pensió perquè el seu fill ja havia assolit la majoria d'edat (tenia 19 anys), havia treballat en el període de novembre de 2001 a octubre de 2002, i el 24 d'octubre de 2002 havia estat donat d'alta a la Seguretat Social a l'empresa Josep Font, amb una mitjana de les bases de cotització en el període esmentat d'11 mesos de 365,09 ? (60.745,86 ptes.); així mateix manifestava que la naturalesa temporal de la feina no havia de ser impediment per a l'exoneració del pagament de la pensió, atès que actualment la contractació temporal dels treballadors, especialment dels més joves, és quelcom estructural i no pas conjuntural.

c) Per Sentència de 21 de desembre de 2002, el Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Girona va estimar la demanda i va exonerar el pare del pagament de qualsevol pensió alimentària per al seu fill.

d) La Sra. M. va apel·lar contra aquesta resolució, i la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Girona, per Sentència de 24 de març de 2003, va estimar en part el recurs i va mantenir la pensió, però reduïda a la quantitat de 150 ? al mes (en comptes dels 370 ? mensuals que el pare pagava), revisables anualment segons l'índex de l'IPC.

e) I és contra aquesta última resolució que el Sr. Manel S. C. ha interposat aquest recurs de cassació, l'examen del qual s'efectua a continuació.

**Segon.** El recurs addueix com a primer motiu la infracció de l'art. 76.2 del Codi de família de Catalunya, i com a segon la vulneració de la jurisprudència de les audiències provincials que declara la improcedència de la pensió alimentària a favor dels fills majors d'edat quan han accedit al mercat laboral; jurisprudència que la recurrent entén que és la correcta i aquí aplicable, enfront d'una altra que diu el contrari.

Aquesta Sala tractarà d'ambdós motius seguidament de manera conjunta per a una més fàcil exposició, comprensió i resolució.

**Tercer.** L'art. 76.2 del Codi de família de Catalunya determina com a efecte del divorci que "si hi ha fills majors d'edat o emancipats que convisquin amb un dels progenitors i que no tinguin ingressos propis, s'han de fixar els aliments que corresponguin en els termes que estableix l'art. 259", aliments que poden ésser modificats "en atenció a circumstàncies sobrevingudes, mitjançant resolució judicial posterior" (art. 80.1); l'article 271.1.c del mateix Codi estableix, com a causa d'extinció de l'obligació de prestar aliments, la millora de les condicions de vida de l'alimentat, de manera que faci innecessària la prestació; prestació que ha d'incloure tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica de l'alimentat (art. 259).

De la lletra i de l'esperit d'aquests preceptes se'n desprèn, sense cap dubte, que els fills majors d'edat que convisquin amb un dels progenitors i que no tinguin ingressos propis suficients per atendre les seves necessitats (esmentades a l'art. 259), sempre que la causa de les necessitats no derivi d'algun motiu que els sigui imputable (art. 260.4), tenen dret als aliments del progenitor no convivent.

Conseqüentment, per a l'exoneració de l'obligació alimentària del pare no convivent respecte del fill que ha assolit la majoria d'edat, no n'hi ha prou que el fill hagi entrat al mercat de treball si els seus ingressos no arriben a cobrir les seves necessitats assenyalades legalment (art. 76.2, que envia al 259 C.F.); i és aquesta interpretació dels preceptes la que ha de prevaler sobre la contrària, que entén suficient que el fill entri al mercat laboral, siguin els que siguin els seus ingressos propis, per alliberar el progenitor no convivent de la prestació alimentària.

**Quart.** La sentència objecte de recurs corregeix la de 1a instància perquè sense cap tipus de modulació ni matisació havia decidit que l'Adrià, pel sol fet d'haver-se incorporat al mercat laboral, ja havia perdut qualsevol dret a la prestació alimentària del pare, i aquesta decisió no tenia en compte ni la insuficiència evident dels ingressos del fill ni el fet que la mare, amb qui vivia, contribuïa degudament i eficaçment a mantenir-lo per tal com li manca ven ingressos propis suficients per tenir una vida independent.

L'Audiència assenyala que la continuïtat laboral de l'Adrià, amb uns contractes de treball successius, no revela una situació de simple eventualitat laboral; que obté uns ingressos amb què col·labora a la seva manutenció i manteniment i amb els quals pot assolir, encara que de manera incipient, una independència econòmica "que hoy por hoy no puede ser absoluta por lo limitado de sus salarios, no existiendo motivo para que la madre deba soportar de forma exclusiva la carga económica que Adrià todavía supone"; motius pels quals redueix la contribució del pare als aliments del fill a la quantitat mensual susdita, en comp-

tes dels 370 ? anteriors. Raonaments i conclusió que escau confirmar totalment, per la qual cosa caldrà desestimar aquest recurs de cassació.

**Cinquè.** Atesa l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials d'aquesta Comunitat pel que fa a la procedència o improcedència de la pensió alimentària dels fills quan han assolit la majoria d'edat i han accedit al mercat de treball (contradicció que aquesta resolució tracta d'arranjar amb la precedent interpretació), aquest Tribunal estima prou justificada la interposició d'aquest recurs de cassació; raó per la qual, i malgrat la seva desestimació, no farà pronunciament sobre les costes que ha ocasionat d'acord amb allò que l'autoritza l'art. 398.1 en relació amb el 394.1 de la Llei d'enjudiciament civil.

Per tot el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Desestimar aquest recurs de cassació, confirmar la sentència que n'era objecte i no fer pronunciament sobre les costes del recurs.

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

**811**  
**SENTÈNCIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003**  
*Josep I.R. / Carme F.G.*

**Atribució de l'habitatge familiar en les situacions de crisi matrimonial: abast de l'obligació de fixar un termini de durada**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 62/2003 contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 12a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 1054/02, como consecuencia de las actuaciones de juicio de modificación de medidas de divorcio núm. 138/02 seguidas ante el Juzgado de la Instancia núm. 4 de Rubí. El Sr. José M<sup>a</sup> I. R. ha interpuesto este recurso representado por el procurador Sr. José Manuel Puig Abós y defendido por el letrado Sr. Ramón M<sup>a</sup> Rodón Guinjoán. Es parte contra la cual se recurre la Sra. M<sup>a</sup> Carmen F. G., representada por el procurador Sr. Jorge Rodríguez Simón y defendida por el letrado Sr. Rubén Romero Chiarla.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El procurador de los tribunales Sr. Jaime Izquierdo Colomer actuó en nombre y representación del Sr. José María I. R. formulando demanda de juicio de modificación de medidas de divorcio núm. 138/02 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Rubí. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó Sentencia con fecha 28 de septiembre de 2002, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo la demanda formulada por el procurador D. Jaime Izquierdo Colomer, en nombre y representación de D. José M<sup>a</sup> I. R., debo declarar y declaro dejar sin efecto la atribución del uso del domicilio conyugal efectuada a la demandada en la sentencia que decretó el divorcio, pudiendo disponer de la misma durante el plazo de seis meses, transcurrido el cual deberá entregar la posesión de la misma al actor, sin expresa imposición de costas".

**Segundo.** Contra esta sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 12a de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó Sentencia en fecha 4 de marzo de 2003, con la siguiente parte dispositiva: "FALLA-

MOS: Con estimación del recurso interpuesto por la representación de la demandada D<sup>a</sup>. María Carmen F. G. contra la Sentencia de 28 de septiembre de 2002 dictada en modificación de efectos de divorcio n<sup>o</sup> 138/2002 del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 4 de Rubí, en el que ha sido parte actora D. José María I. R., debemos revocar y revocamos los pronunciamientos de la sentencia apelada, y con desestimación de la demanda, absolvemos a la demandada de las peticiones de la parte actora, sin hacer condena expresa en costas de la alzada procedimental a ninguna de las partes”.

**Tercero.** Contra esta Sentencia, el procurador Sr. José Manuel Puig Abos, en nombre y representación del Sr. José M<sup>a</sup> I. R., interpuso recurso de casación que, por auto de esta Sala de fecha 10 de julio de 2003, se admitió a trámite dándose traslado a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**Cuarto.** Se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de enjuiciamiento civil se señaló para su votación y fallo, que han tenido lugar, el día 6 de octubre de 2003 a las 11 horas de la mañana.

Se ha designado ponente al Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Se interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 4 de marzo de 2003 por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona en rollo de apelación n<sup>o</sup> 1054/02, proveniente del juicio verbal de modificación de medidas de divorcio n<sup>o</sup> 138/02 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 4 de Rubí.

La admisión del recurso mediante auto de esta Sala de fecha 10 de julio de 2003 (aclarado en proveído de 17 siguiente) y la inadmisión por auto de 31 del mismo mes del incidente de nulidad de actuaciones presentado por la parte recurrente, dejan enmarcado el contenido del recurso y, por tanto, centrado el espacio de debate en la supuesta vulneración contenida en la sentencia del art. 83.b, segundo inciso, del Código de familia de Catalunya.

En efecto, la Sección indicada de la Audiencia revocó en su día la sentencia del Juzgado (que limitó a seis meses la posesión de la vivienda conyugal por parte de la esposa demandada en el procedimiento) y absolvió de la demanda a D<sup>a</sup>. María del Carmen F. G. Y es cierto que, en el momento del recurso, esta Sala no se había pronunciado sobre la temporalidad del uso de la vivienda conyugal en casos de crisis matrimonial (*ex. art. 83.b, segundo inciso, del Código de familia*), razón por la cual el recurso fue admitido.

**Segundo.** En el momento actual la situación es distinta, porque la Sala acaba de pronunciarse extensamente sobre dicho precepto, en la Sentencia de fecha 22 de septiembre pasado, expresando su parecer unánime.

El precepto en cuestión no es, ciertamente, un modelo de redacción clara.

Cuando se trata de la atribución del domicilio familiar, el precepto indicado determina: “Si no hi ha fills [en el caso el hijo es mayor de edad], se n’atribueix l’ús al cònjuge que en tingui més necessitat. L’atribució té lloc amb caràcter temporal, mentre duri la necessitat que l’ha motivada, sens perjudici de pròrroga, si és el cas”.

Como se dice en nuestra sentencia anterior, una interpretación puramente literal del precepto obligaría *siempre* a una temporalización del uso de la vivienda conyugal, tanto porque así lo dice expresamente el precepto, cuanto porque, por definición, sólo puede prorrogarse aquello que tiene marcado un plazo.

Sin embargo, la concreción de este plazo y, más en concreto, el *dies a quem*, lo relaciona la ley con un concepto indefinido: “la necessitat”. La Ley, efectivamente, establece que la duración del plazo se contraerá a “mentre duri la necessitat”, de forma que se obliga al juez a una ímproba *pre-determinación* del lapso temporal.

Se concluye en la sentencia de repetida mención que “hi haurà casos —certament excepcionals— en què, en ser previsible la permanència de la necessitat o altament improbable la seva superació, no quedarà opció altra, malgrat la literalitat del precepte, que sotmetre la regla general de la temporalitat a la duració de la necessitat, de tal manera que serà aquesta darrera la que, en definitiva, acabi —o no— imposant un termini a l’ocupació; en l’entesa que, arribat el cas, serà el propietari qui haurà d’invocar i demostrar la cessació d’aquella necessitat que es presentava raonablement com indefinida” y así: “Aquesta atribució es farà a partir d’una ponderació judicial de la previsible duració de la necessitat del cònjuge més menesterós. Cas que tal previsió apunti a una necessitat raonablement duradora i invariable en el temps podrà no assenyalar-se termini, sens perjudici de les facultats revisòries del propietari (o copropietari), de produir-se una modificació de circumstàncies”.

**Tercero.** A la luz de todo lo anterior debe ahora revisarse el caso de autos, teniendo muy presente que, al no haberse combatido el relato fáctico de la sentencia mediante el oportuno recurso extraordinario por infracción procesal, los hechos contenidos en la sentencia son ahora intangibles.

Pues bien, el Tribunal de instancia entiende no acreditado que la Sra. F. G. haya aumentado sus ingresos hasta el punto de poder hacer frente por sí misma al costo de la vivienda. Esta sola afirmación contenida en la sentencia (fundamento de derecho sexto, segundo párrafo) debería ser suficiente para abonar el rechazo del recurso.

Pero ocurre, además, que tal juicio de valor, apoyado en las pruebas practicadas a lo largo de las actuaciones, nada tiene de ilógico, irracional o arbitrario; antes al contrario, encuentra indudable apoyo en los escasos ingresos de la demandada (provenientes, según la sentencia, de “fregar suelos”), en que el actor ni siquiera se ha opuesto a la medida de pensión compensatoria por desequilibrio (que acepta), en que no ha acreditado ser él quien tenga *mayor* necesidad de la vivienda y en la opacidad de su situación económica. La sentencia concluye fatalmente que “no puede aceptarse el punto de vista de la sentencia apelada, basada en conjeturas, pero no en pruebas, y así no puede entenderse que la necesidad del uso de la vivienda en la Sra. F. ha de terminar en el plazo de seis meses. Tampoco esto se apoya en ningún medio de prueba”.

La Sala, sin modificar el *factum* según se ha dicho, no puede sino compartir estos razonamientos y compartir, pues, que no se ha acreditado, como era preceptivo, que la necesidad de D<sup>a</sup>. María del Carmen F. de habitar la vivienda conyugal haya de terminar en seis meses, con lo que ha de decaer el recurso de casación formulado.

**Cuarto.** Conforme a lo dispuesto en el art. 398 en relación con el 394, ambos de la LEC, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas, al presentar el caso, al momento de interponerse el recurso, serias dudas de derecho.



Así pues,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por el procurador de los tribunales D. José Puig Arbós, en nombre y representación de D. José María I. R., contra la Sentencia dictada en fecha 4 de marzo de 2003 por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en rollo de apelación nº 1054/02, proveniente del juicio verbal de modificación de medidas de divorcio nº 138/02 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Rubí; en consecuencia, confirmamos la indicada sentencia, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Notifíquese la presente a las partes personadas y, con su testimonio, remítanse las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**812**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs**

President:  
Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu  
Magistrats:  
Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa  
Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La representació processal de l'entitat La Bonaigua, SA, va interposar recurs de cassació contra la Sentència de data 25 de març de 2003 dictada per la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona.

**Segon.** Per provisió de data 9 d'octubre de 2003 es va traslladar a les parts personades per termini de deu dies, d'acord amb el que preveu l'art. 483.3 de la LEC. Les parts han efectuat les al·legacions que han considerat escaients.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Amb caràcter previ, i d'acord amb allò que estableix l'article 484.1 de la Llei d'enjudiciament civil, s'ha de decretar la competència d'aquesta Sala per a conèixer del recurs de cassació que s'ha interposat, ja que la resolució contra la qual es recorre ha estat dictada per la Secció Quinzena de l'Audiència Provincial de Barcelona i s'ha al·legat infracció de preceptes del dret civil de Catalunya.

**Segon.** Mitjançant interlocutòria d'aquesta Sala de data 9 d'octubre darrer, i davant la possibilitat que concorri causa d'inadmissió del recurs de cassació per no haver precisat la part recurrent el nucli de la contradicció entre la sentència recorreguda i les sentències de contrast que aquesta mateixa part esmenta, es va conferir a les parts el termini de deu dies perquè fessin al·legacions, d'acord amb l'article 483.3 de la Llei d'enjudiciament civil.

La part recurrent ha presentat el dia 22 d'octubre darrer el seu escrit d'al·legacions, en el qual interessa l'admissió a tràmit del seu recurs de cassació. El mateix dia la part contra la qual es recorre ha presentat el seu, en el qual interessa que no s'admeti a tràmit el recurs de cassació de l'adversa.

**Tercer.** Resulta de les actuacions que la part que recorre en cassació va preparar el seu recurs mitjançant un escrit de data 7 d'abril de 2003, en el qual al·legava que la sentència d'apel·lació havia infringit els articles 321 i concordants de la Compilació del dret civil de Catalunya i la doctrina d'aquesta Sala establerta en les sentències de 20 de febrer, 4 de juliol i 20 de desembre de 1990 i 1 de juny de 1993.

Dels escrits de preparació i d'interposició del recurs de cassació en resulta que la part recurrent el fonamenta en l'interès cassacional a l'empara de l'article 477.2.3r i 3 de la Llei d'enjudiciament civil, i precisament per a aquest supòsit preveu l'article 479.4 de la mateixa llei processal que l'escrit de preparació del recurs haurà d'expressar, a més a més de la infracció legal que es considera comesa, les sentències que posin de manifest la doctrina jurisprudencial que pot fonamentar l'interès cassacional. Si relacionem ara aquesta prevenció legal amb l'escrit de preparació del recurs en resulta que:

A) S'esmenten com a normes legals infringides els articles 321 i concordants de la Compilació del dret civil de Catalunya, fet que suposa una clara indefinició de la norma que es considera infringida per la sentència d'apel·lació, indefinició que reproduïx l'escrit d'interposició del recurs, amb vulneració del repetit criteri jurisprudencial que considera anormal al·legar com a infringits un o diferents preceptes legals i concordants sense esmentar quins són aquests darrers (Sentència del Tribunal Suprem d'11 de febrer de 1993); com també es considera incorrecte fonamentar el recurs de cassació en una pluralitat d'articles que es refereixen a una mateixa institució, en el cas del recurs la rescissió per lesió en més de la meitat del preu just, ja que aquesta indefinició origina confusió en el raonament de la seva procedència i fonamentació (Sentència del Tribunal Suprem de 17 de febrer de 1992).

B) Però més significatiu és encara l'incompliment d'allò que exigeix l'article 479.4 de la Llei d'enjudiciament civil amb referència al recurs de cassació basat en l'interès cassacional, ja que el precepte exigeix de forma taxativa que s'expressin les sentències que posin de manifest la contradicció de la sentència recorreguda amb la jurisprudència, requisit que no es compleix pel fet d'esmentar simplement unes sentències d'aquesta Sala, però sense la més petita referència al nucli de la contradicció entre les sentències que esmenta i la que és objecte de recurs. Aquesta ommissió determina la inadmissió del recurs, ja que com ha precisat aquesta Sala en la seva Interlocutòria de 6 de maig d'aquest any, d'acord amb el criteri que ja havia establert el Tribunal Suprem en la seva de 16 d'octubre de 2001 i altres d'anteriors, en l'escrit de preparació del recurs "será necesario recoger el contenido de las sentencias, su *ratio decidendi*, con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí".

**Quart.** Les argumentacions de la part recurrent no contradiuen eficaçment aquest criteri jurisdiccional, ja que si bé és cert que l'escrit de preparació del recurs de cassació no ha de contenir l'exposició àmplia que amb referència a la concreció de l'interès cassacional s'ha d'exigir respecte a l'escrit d'interposició del recurs, no és menys cert que segons el criteri jurisprudencial esmentat no s'ha de confondre una argumentació exhaustiva en el tràmit de preparació del recurs amb l'absència total de l'exposició indicativa de l'existència d'alguna contradicció jurisprudencial, amb la conseqüència que per al compliment del requisit esmentat és suficient una ressenya, per bé que breu, sobre la contradicció jurisprudencial invocada, circumstància que no concorre en el cas present i que ha de determinar la inad-

missió a tràmit del recurs de cassació, encara que de forma improcedent es va tenir per preparat, defecte que s'ha de qualificar d'inesmenable.

**Cinquè.** La inadmissió total del recurs determina la condemna en costes de la part recurrent segons els articles 394 i 398 de la Llei d'enjudiciament civil.

Vistos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit que s'ha d'inadmetre el recurs de cassació interposat pel procurador dels tribunals senyor Xavier Segura i Zariquiey, que actua en nom i representació de La Bonaigua, SA, contra la Sentència dictada per la Secció Quinzena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 25 de març de 2003 en el rotlle d'apel·lació 895/2000-1a, amb imposició de costes a la part recurrent.

Contra aquesta resolució no s'hi pot interposar recurs de cap mena.

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

**813**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer de la queixa**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal de la Sra. Pilar V. R. ha interposat recurs de queixa contra la Interlocutòria de data 8 de juliol de 2003 que va inadmetre el recurs extraordinari per infracció processal contra la Sentència de data 8 de maig de 2003 dictada per la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona al rotlle d'apel·lació núm. 66/03.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** D'acord amb allò que estableix la disposició addicional setzena, apartat 1, regla 1a de la Llei d'enjudiciament civil, correspon a la Sala Primera del Tribunal Suprem la competència per a conèixer del recurs extraordinari per infracció processal; sense que escaigui decretar la competència d'aquesta Sala per no haver-se preparat a la vegada recurs de cassació per al qual ella sigui competent segons l'article 478.1.II de la Llei processal civil.

Per tot el que s'ha exposat,

**PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decretat declarar-se incompetent per a conèixer del recurs de queixa a què s'ha fet referència en el fonament de dret únic de la present resolució.

Es notificarà a la part i una vegada hagi esdevingut ferma aquesta resolució s'haurà de procedir a l'arxivament de les actuacions.

Així ho acordava la Sala i ho signen el president i els magistrats esmentats més amunt. En dono fe.

**814**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cas-sacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació**

Presidente:  
Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu  
Magistrados/as:  
Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada  
Ilmo. Sr. Ponç Feliu i LLansa

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.** El procurador de los tribunales Sr. Octavio Pesqueira Roca presentó en la oficina de reparto de la Audiencia Provincial de Barcelona, en nombre y representación del Sr. Pedro B. P., un recurso de queja contra el Auto de 16 de junio de 2003, dictado por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª en su rollo núm. 598/2002, el cual desestima el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 30 de abril de 2003, que denegaba la preparación del recurso de casación contra la Sentencia de 4 de abril de 2003. Se formó el rollo correspondiente.

En fecha 3 de julio de 2003 se dictó una providencia en la cual se designa el Tribunal. Actúa como ponente el magistrado de la Sala Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Se presenta ante esta Sala recurso de queja consecuencia de la desestimación del recurso de reposición previo interpuesto contra la declaración de no tener por preparado recurso de casación contra la Sentencia dictada en cuatro de abril de 2003 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida, en rollo de apelación nº 598/02, que la Sala decidió reclamar en aras a una mayor comprensión del contenido del recurso.

El recurso viene a abundar en lo expuesto en el de reposición, según la parte, quejándose de que, a su entender, dicho recurso se hallaba suficientemente fundado mediante la alegada infracción del art. 342 de la Compilación del derecho civil de Catalunya y la oposición de la sentencia combatida con las de este Tribunal Superior de fechas 1 de octubre de 2001, 8 de enero de 2001, 23 de mayo de 1996, 14 de febrero de 1994, 1 de diciembre de 1994, 6 de julio de 1993, entre otras. En el recurso de reposición, al parecer la parte alegaba, además, doctrina contradictoria de las audiencias provinciales y, específicamente, la doctrina de la propia Audiencia de Lleida contenida en sus sentencias de fechas 15 de enero de 1998 y 9 de enero de 1996.

**Segundo.** Expuesta así la cuestión, resulta claro que el recurso no podía tenerse por correctamente planteado en ningún caso.

Es larguísima la lista de resoluciones que, desde la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000, se han dictado tanto por parte del Tribunal Supremo como por parte de esta Sala, en orden a exigir, cuando se alega el interés casacional por oposición de la sentencia que se pretende recurrir con doctrina del Tribunal superior, la determinación de cuándo, dónde y cómo ha sido vulnerada esta doctrina, sin que pueda entenderse cumplido el requisito de admisibilidad que marca el art. 479.4 de la Ley de enjuiciamiento civil con la sola cita de las sentencias, como en el presente caso se hace no sólo en el escrito de preparación, sino también en el recurso de reposición (ver, en este sentido y entre muchos otros los autos de 30 de abril de 2001 y 7 de julio de 2003).

A mayor abundamiento, el recurrente, extemporáneamente, como se ha dicho, invoca también la existencia de doctrina contradictoria de las audiencias provinciales, resultando que se trata, en verdad, de que, a su decir, la sentencia dictada se contradice con otras dos de la propia Audiencia, con lo que, aun de ser cierto, se confunde nuevamente el motivo pues, como también se ha repetido, éste (art. 477.3 de la LEC) se refiere a doctrina contradictoria de las audiencias, requiriendo la existencia de al menos dos sentencias en contrario sentido de dos audiencias o secciones, en su caso (ver aquí, entre otros, autos de 6 de marzo y 7 de julio de 2003).

Por último, cabe resaltar aún que, respecto al precepto invocado como conculcado de la Compilación del derecho civil de Catalunya, ni siquiera fue alegado ni discutido en la instancia, según se destaca de una simple lectura de la sentencia, de forma que mal podría ser invocado *per saltum* ante esta Sala sin caer en la doctrina que veda la alegación en casación de cuestiones nuevas, discutiéndose en la instancia, a petición del recurrente, tan sólo la aplicación de la accesión invertida o por extralimitación del constructor.

**Tercero.** Por cuanto se ha expuesto, procede la íntegra confirmación de la resolución recurrida, con expresa imposición al recurrente de las costas causadas.

## PARTE DISPOSITIVA

Debemos desestimar como desestimamos el recurso de queja presentado por el procurador de los tribunales D. Octavio Pesqueira Roca, en nombre y representación procesal de D. Pedro B. P., contra el Auto de fecha 16 de junio de 2003 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 30 de abril de 2003, que denegaba la preparación del recurso de casación contra la Sentencia de 4 de abril de 2003, dictado por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lleida, en el rollo de apelación 598/2002.

Notifíquese la presente a las partes personadas y remítase testimonio de la misma a la indicada Sección de la Audiencia.

Así por ésta lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**815**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 6 DE NOVENBRE DE 2003**

**Qüestió de competència territorial negativa derivada d'un procediment monitori: competència de l'organisme jurisdiccional del domicili o residència del deutor**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados/as:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.** En fecha 21 de febrero de 2003 tuvo entrada en el Juzgado Decano de El Vendrell demanda de procedimiento monitorio presentada por José P. C. contra Juan F. S. en reclamación de cantidad. En fecha 18 de junio de 2003 el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de El Vendrell se declaró incompetente para conocer del asunto a favor del Juzgado Decano de Barcelona, a quien se remitieron las actuaciones. Por Auto de fecha 24 de julio de 2003 el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona declaró la falta de competencia territorial y se remitieron las actuaciones a esta Sala para resolver esta cuestión de competencia negativa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Se plantea cuestión de competencia negativa entre el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de El Vendrell y el de Primera Instancia nº 50 de Barcelona. Surge la controversia cuando el juzgado primeramente citado, que recibe un proceso monitorio entablado por la Asociación de Propietarios de la Urbanización Can Gordey de La Bisbal del Penedès contra D. Juan F. S., domiciliado en Barcelona, resuelve inadmitir la demanda por falta de competencia territorial. Recibidos los autos en el segundo de los juzgados citados, su titular decide, a su vez, rechazar la competencia territorial y ordena la remisión de los antecedentes a este Tribunal Superior para la resolución de la cuestión competencial.

**Segundo.** La cuestión debe resolverse según el juego de los arts. 812.2.2º y 813 de la Ley de enjuiciamiento civil, preceptos que los titulares de los órganos reseñados interpretan en diferente sentido, siempre otorgando el uno la competencia al otro.

La regla competencial general del proceso monitorio la fija el segundo de aquellos artículos, señalando que será juez competente el del domicilio o residencia del deudor o, caso



de ser desconocidos, el del lugar donde pueda ser hallado; para, a continuación, señalar un fuero electivo, el del lugar donde se halle la finca, para los casos del art. 812.2.2º, es decir, para las acciones por impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.

La cuestión, pues, se centra en que, mientras el juez de El Vendrell, junto con el fiscal, entiende que no se trata propiamente de una reclamación de una comunidad de propietarios, el magistrado de Barcelona opina, junto con la parte demandante, que debe aplicarse aquel fuero electivo por analogía.

Debemos otorgar la razón a este último.

Se trata, efectivamente, de una reclamación por gastos comunes derivados de la propiedad horizontal, con lo que la razón o finalidad de la Ley es clara. Reclamada, eso sí, no por la Junta de Propietarios —que no menta la Ley— pero sí por la Asociación de Propietarios de la Urbanización, que, como dice la parte demandante, funciona al modo de una propiedad horizontal tumbada, reunidos en Junta y obrando certificación del secretario. Es decir, se cumplen cuantos elementos de garantía exige la Ley para la iniciación del proceso monitorio y, en consecuencia, para la determinación de la competencia territorial (que, por cierto, ya había asumido en ocasión anterior el juez de El Vendrell que ahora se inhibe).

**Tercero.** Por todas estas razones, procede determinar la competencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de El Vendrell para el conocimiento del proceso monitorio nº 582/03.

Por todo lo expuesto,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de El Vendrell para el conocimiento del proceso monitorio nº 582/03.

Notifíquese la presente resolución al Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona y al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de El Vendrell, a quien se remitirán las actuaciones.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

**816**  
**SENTÈNCIA DE 6 DE NOVEMBRE DE 2003**  
*Esther G.A. / Antoni C.A.*

**Aliments a favor dels fills: naixement del dret a reclamar-los. Enriquiment injust. Sentència de divorci: caràcter constitutiu de la sentència i el seu abast**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Antonio C. A., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Francisco Pascual Pascual i dirigit per l'advocat Sr. Eduardo Mates Albaladejo, contra la Sentència dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 19 de febrer de 2003 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Rubí el 29 de maig de 2002, en el procediment de judici de modificació mesures de divorci núm. 135/99 instat per la Sra. Esther G. A., aquí part recorreguda, la qual no s'ha personat en aquest Tribunal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. Carmen Romera Hernández, en nom i representació de la Sra. Esther G. A., va formular demanda de judici de modificació de mesures de divorci núm. 135/99 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Rubí. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 29 de maig de 2002, la part dispositiva de la qual diu el següent: "I. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Doña Esther G. A. contra Don Antonio C. A., procede modificar las medidas reguladoras de su divorcio; debiendo Don Antonio C. A. abonar en concepto de alimentos de la hija Ariadna C. G. la cantidad de 150,25 euros dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la actora designe. Dicha suma se actualizará automáticamente cada año conforme a la variación que experimente el índice de precios al consumo oficialmente publicado. II. No hacer especial pronunciamiento en materia de costas".

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part demandant va interposar recurs d'apel·lació. Es va admetre a tràmit i es va substanciar a la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 19 de febrer de 2003, amb la següent part dispositiva:

“Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. Esther G. A. contra la Sentencia de fecha veintinueve de mayo de dos mil dos, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Rubí en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, únicamente en el sentido de que la prestación de alimentos que la misma establece se devengará, a cargo de D. Antonio C. A., desde el uno de abril de mil novecientos noventa y nueve, confirmándola en todo lo demás, sin especial pronunciamiento respecto a las costas del recurso”.

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, el Sr. Antonio C. A. va interposar aquest recurs de casació. Per interlocutòria de 26 de juny de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i d'acord amb l'art. 485 de la LEC, es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició, sense que s'hagi efectuat. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 25 de setembre de 2003, a les 11 hores del matí, en què es varen celebrar.

Actua com a ponent d'aquesta resolució el magistrat II-lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté, designat pel president d'acord amb allò que disposa l'art. 206 de la Llei orgànica del poder judicial atesa la dissidència del ponent inicial II-lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Són fets incontrovertits i/o reconeguts per l'Audiència i transcendents per a aquesta resolució els següents:

a) Per una Sentència de divorci de 13 de novembre de 1992 del Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Rubí, en les actuacions 108/92 es va declarar dissolt el matrimoni del Sr. Antoni C. A. i de la Sra. Esther G. A. i es va aprovar el Conveni regulador subscrit per ambdós, en què es va atribuir a la mare la guarda i custòdia de la filla menor Ariadna nascuda el 4 de juliol de 1983 i es va fixar la quantitat de 30.000 ptes. al mes a càrrec del pare de pensió alimentària per a la petita.

b) Posteriorment, per desavinences amb la mare, l'esmentada menor va anar a viure amb el pare, el qual va promoure la modificació de les mesures anteriorment acordades i aprovades en la sentència de divorci; i per Sentència ferma de 14 de maig de 1998, dictada pel mateix jutjat en les actuacions nº 100/97, es va atribuir la guarda i custòdia de la menor al pare i es va fixar una pensió d'aliments de 30.000 ptes. al mes per a la menor a càrrec de la mare.

c) En haver passat novament i voluntària la menor a conviure amb la mare des del mes de desembre de 1998, aquesta senyora, el 31 de març de 1999, va instar un nou procediment per a la modificació de les mesures (el procediment núm. 135/99 del mateix jutjat) tot sol·licitant la guarda i custòdia de la menor al seu favor i que es fixés a càrrec del pare per a la menor una pensió alimentària de 34.000 ptes. al mes.

I per un altressí de la mateixa demanda, la Sra. G. va demanar l'adopció de mesures provisionals respecte a la menor per tal que se n'acordés la guarda i custòdia a favor de la mare, amb qui ja vivia, i que es fixés a càrrec del pare “la pensión alimenticia establecida por sentencia de divorcio a su cargo o la que se decida en estas medidas”.

El jutjat no va admetre a tràmit la petició de l'adopció d'aquestes mesures provisionals (provisió de 27 de maig de 1999) i va disposar que calia atènyer-se a allò que s'havia decidit

en la resolució ferma de 14 de maig de 1998 en el procediment núm. 100/97 (referit en l'apartat *b* anterior).

Recorreguda en reposició aquella provisió, va ser confirmada per una interlocutòria de 13 de gener de 2000 (foli 54) per tal com es va considerar que havent-hi la Sentència de 14 de maig de 1998, les circumstàncies posteriors a ella i la seva possible alteració sobrevinguda havien de ser resoltes en l'execució del procediment 100/97 i no en el nou procediment 135/99 que la Sra. G. havia instat.

d) Substanciat aquest nou procediment 135/99 —durant la tramitació del qual la menor Ariadna ja va assolir la majoria d'edat— en Sentència de 29 de maig de 2002 el jutjat de primera instància va estimar parcialment la demanda de la Sra. G. contra el Sr. C. i va disposar “modificar las medidas reguladoras de su divorcio, debiendo Don Antonio C. A. abonar en concepto de alimentos de la hija Ariadna C. G. la cantidad de 150,25 euros dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la actora designe. Dicha suma se actualizará automáticamente cada año conforme a la variación que experimente el índice de precios al consumo oficialmente publicado”.

e) Recorreguda en apel·lació la resolució anterior per la Sra. G., en Sentència de 19 de febrer de 2003 la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona va estimar en part el recurs en l'únic sentit que “la prestación de alimentos que la misma establece se devengará, a cargo de D. Antonio C. A., desde el uno de abril de 1999”.

I,

f) És contra aquesta resolució que el Sr. Antonio C. A. ha interposat aquest recurs de cassació en el qual al·lega com a primer motiu l'aplicació indeguda de l'art. 262 del Codi de família de Catalunya, i com a motiu segon la infracció de la jurisprudència que esmenta que entén aplicable; motius que aquesta Sala examina a continuació de manera conjunta per a una més fàcil exposició, comprensió i resolució.

**Segon.** Els dos motius de cassació tenen com a únic objecte impugnar la decisió de l'Audiència que el pare hagi de pagar aliments per a la seva filla Ariadna no des de la sentència que acorda modificar la mesura que s'havia disposat en el procediment anterior, sinó des de la data de la demanda en què es va sol·licitar aquesta modificació.

El recurrent argumenta que si bé l'art. 262 del Codi de família de Catalunya atorga dret als aliments des de la data de la reclamació judicial, entén que aquest precepte no és aplicable als processos matrimonials segons la jurisprudència que esmenta; motiu pel qual al·lega que l'art. 262 d'aquell Codi ha estat aquí indegudament aplicat i que, contràriament, no s'ha aplicat aquella jurisprudència que creu aplicable.

**Tercer.** L'art. 262 del Codi de família de Catalunya que atorga el dret d'aliments des de la data de la reclamació judicial (o des de l'extrajudicial degudament provada) és un precepte general de l'aplicació del qual no estan exclosos els processos matrimonials, ja que tot aquell que té dret a aliments en té d'ençà que els reclama segons aquell precepte general. L'única particularitat dels processos matrimonials és que els interessats tenen la facultat processal de sol·licitar mesures provisionals prèvies a la demanda de nul·litat, separació o divorci (art. 771.1 de la LEC actual, i art. 1881 i 1883 de l'anterior) o concomitants amb tal demanda o amb la contesta (art. 773.1 i 4 de l'actual, art. 1886 i 1890 de l'anterior), amb l'adopció de les quals mesures —prèvies o concomitants— ja es satisfà mentre es tramita el procés matrimonial la necessitat d'aliments d'aquell que els reclama per a aquesta etapa transitòria.

Es dóna així compliment, també en els processos matrimonials, a l'art. 262 esmentat del Codi de família de Catalunya, que atorga el dret d'aliments des de la data en què l'interessat els reclama.

La sentència posterior que posarà fi al procés matrimonial substituirà les mesures provisionals adoptades amb anterioritat (art. 774.3 i 4 de la LEC actual, art. 1893 de l'anterior) i els seus efectes seran per tant *ex nunc*, és a dir, des de la data de la seva fermesa, perquè els aliments del període anterior durant la tramitació del procés hauran estat satisfets amb les mesures provisionals en el seu dia i cas adoptades a petició de l'interessat.

Aquesta és l'única raó que es pugui dir (pel que fa als efectes derivats que assenyala l'art. 76.1 del Codi de família, com ara la determinació dels aliments dels fills que són conseqüència de la nul·litat del matrimoni, del divorci o de la separació judicial) que les sentències que es dicten en aquests processos matrimonials despleguen els seus efectes des que es pronuncien (*ex nunc*); simplement i senzilla així es pot dir perquè durant la tramitació del procés aquells ja hauran estat atesos amb les mesures provisionals.

Però quan, com succeeix en aquest cas, les mesures provisionals per aplicar durant la substanciació del procés no han estat adoptades (malgrat que aquí s'havien demanat, tal com ha ressenyat el primer fonament d'aquesta resolució en el seu apartat c), és clar que llavors la sentència que acull la modificació de mesures per circumstàncies sobrevingudes, ha d'estendre els seus efectes al moment de la presentació de la demanda per aplicació del ja esmentat art. 262 del Codi de família; i no es pot argüir que aquesta sentència és constitutiva i no pot tenir cap efecte fins que és ferma, ja que pel que fa a l'obligació del pare de contribuir a l'alimentació de la seva filla des que va passar a conviure amb la mare, és simplement declarativa d'aquesta obligació derivada de la filiació, i és de condemna a complir aquella obligació. Pel que fa, per tant, a aquest aspecte, la sentència és declarativa de condemna i no constitutiva. Sí que és constitutiva per tal com declara la nul·litat, el divorci o la separació judicial del matrimoni, perquè quan es ferma confereix als cònjuges un nou estat que no podien ells assolir abans per la seva sola voluntat; però aquesta naturalesa constitutiva de la sentència no s'estén als seus efectes, és a dir, als aspectes objecte de la regulació de l'article 76 i següents del Codi de família de Catalunya, ja que les mesures establertes per la sentència sobre aquests aspectes "poden ésser modificades en atenció a circumstàncies sobrevingudes, mitjançant resolució judicial posterior" (art. 80 del Codi esmentat); cosa ontològicament contrària a les sentències constitutives. Per tant, no es pot dir que les sentències de divorci siguin constitutives pel que fa als seus efectes aliens a la pura i simple constitució del nou estat de divorciats dels dos afectats; i encara menys es pot parlar en aquest cas de sentència constitutiva referida a la sentència ferma de 14 de maig de 1998 esmentada a l'apartat c) del precedent fonament primer, que ni tan sols era la sentència de divorci sinó de simple modificació de la pensió alimentària, com s'ha exposat al fonament primer esmentat.

Si l'obligació del pare de contribuir als aliments de la filla des de la data de la demanda (art. 262 CF) no fos reconeguda aquí (o en casos semblants), es produiria un enriquiment manifestament injust del pare i una vulneració també clara dels art. 259 i seg. del Codi de família de Catalunya per tal com seria exonerat sense justificació de l'obligació que li imposen aquests preceptes; i amb la mateixa vulneració s'hauria posat indègudament i injustament al sol càrrec de la mare, durant més de quatre anys i mig en aquest cas, l'obligació alimentària que incumbeix a ambdós progenitors, la qual cosa, a més de ser contrària a la llei, resultaria òbviament injusta.

**Quart.** En conseqüència amb el que s'ha explicat, el dos motius de cassació han de ser rebutjats per tal com l'Audiència ha aplicat degudament i correcta l'art. 262 del Codi de família i la jurisprudència coincident amb la nostra interpretació precedent, interpretació que concorda amb la doctrina de la sentència que s'impugna i amb la proclamada reiteradament per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona; i aquesta sentència nostra desautoritza la doctrina que la contradia establerta per altres sentències de la Secció 12a de la mateixa Audiència, cosa que ha fet possible l'admissió a tràmit d'aquest recurs de cassació (art. 477.3 de la LEC).

**Cinquè.** Atesa la real existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials d'aquest territori pel que fa a la data des de la qual cal obligar al pagament de la pensió alimentària en els procediments matrimonials (tema que ha motivat la present resolució), aquesta Sala estima prou justificada la formulació d'aquest recurs extraordinari, raó per la qual, a pesar de la seva desestimació, no farà pronunciament sobre les costes que ha provocat d'acord amb allò a què l'autoritza l'art. 398.1 en relació amb el 394.1 de la Llei d'enjuiciament civil; ja que, i com ha estat raonat i s'aprecia de la contradicció entre sentències de les audiències provincials d'aquesta Comunitat, el supòsit de dret plantejat oferia dubtes seriosos.

Atès l'anterior, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Desestimar aquest recurs de cassació, confirmar la sentència que n'era objecte i no fer pronunciament de les costes del recurs.

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

#### **VOT PARTICULAR**

Que formula el magistrat senyor Lluís Puig i Ferriol a la sentència dictada per aquesta Sala el dia 6 de novembre de 2003 en el recurs de cassació 61/2003, en compliment d'allò que disposa l'article 206.1 de la Llei orgànica del poder judicial

#### **FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** El problema fonamental que planteja el recurs, no és altre que determinar si els aliments a favor d'una filla derivats d'una situació de crisi matrimonial s'han de pagar des de la data d'admissió de la demanda, tesi que acull la sentència que origina aquest vot particular i la sentència recorreguda, o des de la resolució judicial que n'estableix el pagament, segons argumenta la part que ha interposat el recurs de cassació.

En el cas del recurs, el dret d'aliments a favor de la filla deriva d'una sentència de divorci dels seus progenitors, sentència que té el caràcter de constitutiva perquè determina una modificació de l'estat civil o familiar i, com succeeix respecte a les sentències constitutives, sols produeix efectes sobre la seva fermesa, com resulta dels articles 89 i 106 del Codi civil;

i els mateixos efectes s'han de fer extensius a les resolucions recaigudes en un procediment de divorci, a menys que el legislador estableixi una solució diferent. Aquesta circumstància no concorre en el cas d'aliments a favor dels fills, ja que si bé és cert que amb referència als aliments anomenats *autònoms* de l'article 148.I del Codi civil i de l'article 262 del Codi de família resulta que s'han de pagar des del moment de la reclamació judicial, aquesta solució s'estableix en funció del caràcter declaratiu de la sentència en el cas dels aliments autònoms, ja que la sentència no fa altra cosa que declarar l'existència d'una obligació anterior i, a més a més, concretar-la, i és precisament pel seu caràcter declaratiu que s'han de pagar aliments des de l'admissió de la demanda que els reclama. Per tant, si en el cas de crisi matrimonial la sentència ja no és declarativa sinó constitutiva, i per tant mancada d'efectes retroactius, no escau aplicar en aquests casos el criteri de la retroactivitat dels seus efectes a unes situacions derivades de resolucions judicials mancades per la seva pròpia naturalesa d'efectes retroactius.

**Segon.** La sentència que origina el vot particular es decideix pel criteri que el dret de percebre aliments des de la reclamació judicial segons l'article 262 del Codi de família és un precepte d'aplicació general i, per tant, aplicable també als aliments derivats d'una crisi matrimonial, ja que en els casos de crisi matrimonial es poden demanar aliments en les mesures prèvies, amb la conseqüència que la sentència posterior que posarà fi al procés matrimonial substituirà les mesures provisionals adoptades amb anterioritat i els seus efectes seran *ex nunc*, perquè els aliments del període anterior hauran estat satisfets amb les mesures provisionals adoptades a petició de la interessada.

No és necessari entrar aquí a discutir la solució esmentada amb referència als casos generals, sinó amb referència al fet que origina el recurs. En aquest punt és fàcil constatar, i així ho fa el fonament de dret segon de la sentència d'apel·lació, que en la demanda no es va sol·licitar l'adopció de mesures provisionals amb referència als aliments, encara que en el mateix fonament de dret precisa la sentència d'apel·lació que en la demanda es van interessar per altresí com a mesures cautelars les que s'interessaven com a definitives, pretensió denegada per l'organisme jurisdiccional de primera instància i que va restar definitiva perquè no es va impugnar aquesta decisió. En definitiva resulta que si la mare no va recórrer contra la resolució denegatòria de les mesures provisionals que requereixen instància de part, no es pot resoldre ara en el sentit que es derivaria d'unes mesures provisionals no adoptades. No ho desmenteix el mateix fonament de dret de la sentència d'apel·lació quan afirma de forma molt menys contundent que és altament probable que no es demanessin les mesures provisionals per les raons que esmenta, raonament que d'altra banda no es fonamenta en cap fet provat o acreditat, sinó en una suposició que mereix la mateixa credibilitat que qualsevol altra.

Si acudim altra vegada al fonament de dret segon de la sentència d'apel·lació, es constata que sense cap mena d'ambigüitat s'afirma que "la petición relativa a la fecha de devengo de la pensión de alimentos es una petición hecha por primera vez en esta segunda instancia, una petición nueva por tanto, puesto que en la demanda nada se solicitó al respecto", afirmació que per ella mateixa posa de manifest la improcedència que es pugui establir la condemna a pagar aliments sobre la base d'una petició feta en uns moments totalment improcedents, com resulta del criteri jurisprudencial més que reiterat contrari a introduir qüestions noves en el recurs. I s'ha d'esmentar també, ara sobre la base del fonament de dret tercer de la sentència d'apel·lació, que si bé l'organisme jurisdiccional de primera instància

va denegar les mesures provisionals instades per l'esposa, el mateix organisme jurisdiccional va oferir a aquesta la possibilitat d'exercir els seus drets en el tràmit d'execució de sentència, sense que la perjudicada utilitzés aquesta possibilitat per motius que no s'han explicat.

**Tercer.** De totes aquestes consideracions en resulta que quan la sentència de cassació diu que en els casos de crisi matrimonial la manca d'efectes retroactius de la sentència es compensa per les mesures provisionals adoptades a petició de part interessada, en aquest cas, o bé manca la petició o, si es va fer, va ésser desestimada sense que la interessada es valgués de les solucions que hi oferia el mateix organisme jurisdiccional que va denegar la seva pretensió. Per altra part hem d'entendre que la tesi de la sentència de cassació dona per acreditada, sense que consideri oportú argumentar-ho, l'altra probabilitat en cap moment acreditada per a no demanar les mesures provisionals, que com s'ha raonat en el fonament de dret anterior és desmentida per les mateixes argumentacions que fa la sentència d'apel·lació i que no desmenteix de forma convincent la sentència de cassació.

Sols cal afegir que la mateixa sentència d'apel·lació mostra la seva perplexitat davant la solució que finalment acull d'atendre la petició de l'esposa, ja que el litigi va tenir la durada d'uns tres anys, fet que perjudica notòriament el marit i pare deutor dels aliments quan és obligat a pagar-los des de la demanda. Ni en les instàncies inferiors ni en el tràmit del recurs de cassació es troba cap indici que la demorança en la resolució del litigi sigui imputable al deutor dels aliments, que, per tant, ha d'assumir una càrrega patrimonial de forma unilateral i, a criteri del magistrat que subscriu, improcedent d'acord amb els mateixos arguments que ofereix la sentència recorreguda per arribar a la solució contrària i que la sentència de cassació passa per alt. En darrer terme, per aplicació del conegut principi general de dret del *favor debitoris* que informa tots els ordenaments jurídics dels països del nostre entorn.

**Quart.** Basant-se en els raonaments anteriors considera el magistrat que subscriu que era procedent estimar el recurs de cassació i, per tant, condemnar el marit a pagar aliments des de la resolució judicial.

Barcelona, 27 de novembre de 2003



**817**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 10 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats/ades:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** En data 24 d'octubre passat el procurador Sr. Calvo Nogués, en nom i representació de la Sra. Maria del Carmen A. C., va presentar un escrit amb el qual formulava recurs de queixa contra les interlocutòries de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Lleida de 7 de juliol i 8 d'octubre d'enguany, en què se li va denegar la preparació del recurs de cassació per interès cassacional que pretén interposar davant aquest Tribunal contra la Sentència dictada per aquella Secció en el seu rotlle d'apel·lació núm. 562/2002 en data 2 de juny darrer.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** La Sra. A. impugna en queixa les interlocutòries de l'Audiència que li han denegat tenir per preparat un recurs de cassació per interès cassacional contra la Sentència de 2 de juny darrer dictada per la Secció 2a d'aquella Audiència en el rotlle d'apel·lació 562/2002, perquè la recurrent fonamenta la concurrència d'interès cassacional en diverses sentències d'aquesta Sala i del Tribunal Suprem i de diferents audiències provincials, sense especificar ni concretar el com, el qual i en quin sentit s'ha vulnerat la doctrina establerta en cadascuna d'elles. La recurrent al·lega haver complert l'exigència de l'art. 479 de la LEC per tal com ha esmentat en l'escrit de preparació del recurs les normes que considerava infringides i un seguit de sentències, una d'aquesta Sala, una altra de la Sala 1a del Tribunal Suprem i altres de les audiències provincials de Tarragona, Girona i Lleida, les quals, al seu parer, "posen de manifest la jurisprudència contradictòria en què es fonamenta l'interès cassacional".

**Segon.** La Interlocutòria d'aquesta Sala del dia 6 proppassat, dictada en el recurs de queixa núm. 84/2003 provinent de la mateixa Secció 2a de l'Audiència de Lleida, ha recordat que és llarguíssima la llista de resolucions que des de la Junta General de Magistrats de la Sala

1a del Tribunal Suprem de 12 de desembre de 2000 han estat dictades tant pel Tribunal Suprem com per aquesta mateixa Sala amb vista a exigir, quan s'al·lega l'interès cassacional per oposició de la sentència que es pretén recórrer amb doctrina del Tribunal Superior, la determinació de quan, on, com i per què ha estat vulnerada aquesta doctrina, sense que es pugui entendre complert el requisit d'admissibilitat que marca l'art. 479 de la LEC amb la sola citació de les sentències (com també en aquest cas es fa). Per aquest motiu escau rebutjar la queixa, atès que l'Audiència ha fet l'aplicació deguda de la doctrina anterior que cal una vegada més reiterar; i escau també assenyalar, com també va fer la nostra interlocutòria esmentada del dia 6 passat, que la jurisprudència contradictòria a què es refereix l'art. 477.3 de la LEC per donar base al recurs de cassació per interès cassacional és la doctrina contradictòria de les audiències i es requereix l'existència d'almenys dues sentències en sentit contrari de dues audiències o seccions.

Per les raons anteriors, ha de ser rebutjat aquest recurs de queixa, la qual cosa s'haurà de posar en coneixement de l'Audiència per tal que consti a les actuacions com disposa el paràgraf segon del núm, 4 de l'art. 498 de la LEC.

Atès el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Desestimar el recurs de queixa de què s'ha fet esment a l'antecedent de fet únic d'aquesta resolució. Poseu-ho en coneixement de la Secció de procedència per tal que consti a les actuacions.

Així ho acorda la Sala i ho signen els magistrats esmentats més amunt; en dono fe.

**818**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès casacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados:

Ilmo. Sr. Antonio Bruguera i Manté

Ilmo. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.** La representación procesal del Sr. Joaquín R. S. ha interpuesto recurso de queja contra el Auto de fecha 28 de julio de 2003, dictado por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su rollo de apelación 291/03, por el que se denegó la preparación de recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 11 de junio de 2003, que fue recurrido en reposición y desestimado por Auto de fecha 7 de octubre de 2003.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Se presenta ante esta Sala recurso de queja contra la denegación de la preparación del recurso de casación anunciado contra la Sentencia dictada por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 11 de junio de 2003, rollo de apelación nº 291/03.

La denegación de la preparación del recurso, luego recurrida en reposición, es correcta y debe ser mantenida por esta Sala.

El recurrente no logra explicitar el interés casacional que, según él, contiene el recurso, fundado, por la vía del art. 477.3 de la Ley de enjuiciamiento civil, en una incorrecta interpretación por la Audiencia del art. 84 del Código de familia de Catalunya, norma que llevaba, en el momento del recurso, menos de cinco años en vigor y sobre la cual, a su decir, no existe doctrina de esta Sala.

Por esa vía y aunque diga lo contrario, la verdadera pretensión de la parte es que la Sala efectúe una nueva valoración de los hechos —lo que está vedado, como reconoce, en grado casacional— partiendo de la base de que la sentencia combatida analiza tan sólo los ingresos de ambos cónyuges antes y después de la separación “sin plantearse el hecho de si como consecuencia de dicha circunstancia, existe o no una disminución del nivel de vida de la esposa, en relación del que gozaba antes de la ruptura matrimonial”.

Frecuentemente hemos dicho que no debe confundirse el interés casacional que nuestro legislador ha convertido en *numerus clausus* de acceso al recurso, con una *consulta* al Tribunal superior sobre si el criterio legal se ha aplicado acertada o erróneamente. El Tribunal en casación debe pronunciarse sobre la interpretación de una norma jurídica que haya sido trascendente para la resolución del litigio, pero el recurso no puede servir para analizar la corrección de consecuencias jurídicas extraídas por los tribunales inferiores a partir de la valoración de unos hechos para cuya apreciación son soberanos.

En el presente caso, el Tribunal de instancia ha valorado estos hechos de forma correcta, sin arbitrariedad ni irracionalidad, deduciendo de los mismos unas consecuencia jurídicas, y siendo así, nada hay que reclame la necesidad de una tercera instancia, por lo cual el recurso anunciado debe efectivamente rechazarse en vía de su preparación.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Se desestima el recurso de queja formulado por la procuradora D<sup>a</sup>. Sonsoles Pesqueira Pujol, que actúa en representación de D. Joaquín R. S., contra el Auto de fecha 28 de julio de 2003 que denegó la preparación del recurso de casación, recurrido en reposición desestimada por Auto de fecha 7 de octubre último.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

**819**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès casacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antonio Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.** Por la representación procesal del Sr. Jorge Matas Rubau se ha interpuesto recurso de queja contra el Auto de fecha 8 de julio de 2003, dictado por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su rollo de apelación 704/02, por el que se denegó la preparación de recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 18 de junio de 2003, que fue recurrido en reposición y desestimado por Auto de fecha 16 de octubre de 2003.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.** Se presenta recurso de queja al no haberse tenido por preparado recurso de casación anunciado contra la Sentencia dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Sabido es que el recurso de casación procede por causas hoy legalmente tasadas, que vienen determinadas en el art. 477.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, esto es, que la sentencia de la Audiencia se haya dictado en proceso de tutela civil de derechos fundamentales, que la cuantía del litigio sobrepase los 150.000 euros o que presente interés casacional, definiéndose en el siguiente apartado del precepto lo que debe entenderse por interés casacional.

Pues bien, ni al parecer en los escritos anteriores de la parte (preparación del recurso y recurso de reposición) ni —seguro— en el recurso de queja, cuida la misma de especificar qué concreto apartado del artículo citado entiende da cobertura al recurso, pese a que en las resoluciones del Tribunal de instancia de 8 de julio y 16 de octubre pasados se le advertía de tal omisión.

Obviamente el pleito no ha sido tramitado para la tutela de derechos fundamentales ni alcanza la *summa gravaminis* antes indicada y se ignora —porque no se aduce— qué interés casacional puede presentar, esto es, si existe doctrina contradictoria de las audiencias

provinciales, si lo decidido se opone a doctrina de esta Sala o no existe la misma, pues, por ignorarse, incluso se ignora la norma sustantiva presuntamente vulnerada por la Audiencia.

El recurso de queja, por tanto, debe decaer.

**Segundo.** La temeridad de la parte obliga a la imposición de las costas.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Se desestima el recurso de queja formulado por el procurador D. Jorge Matas Rubau, que actúa en representación de D<sup>a</sup>. Montserrat S. B., contra el Auto de fecha 8 de julio de 2003 que denegó la preparación del recurso de casación, recurrido en reposición desestimada por Auto de fecha 16 de octubre último, con imposición de las costas causadas.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

**820**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 13 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs de cassació**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** Amb data 8 de setembre de 2003 la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Interlocutòria la part dispositiva de la qual era del tenor literal següent: "No ha lugar a tener por preparado el recurso de casación contra la Sentencia dictada en segunda instancia en el presente proceso con fecha 29 de julio de 2003 y que había sido solicitado por la procuradora Mónica Prats Puig en nombre y representación de Abdelmalik H. y Daquia. A. D."

Mònica Prats Puig, procuradora dels tribunals, en nom i representació de la Sra. Daquia A. D. i del Sr. Abdelmalik H. va interposar recurs de reposició contra l'esmentada resolució.

En resolució de l'esmentat recurs va recaure una nova Interlocutòria, de data 9 d'octubre de 2003, la part dispositiva de la qual deia: "Se desestima el recurso de reposición interpuesto por la procuradora Mónica Prats Puig en representación de Abdelmalik H. y Daquia A. D. contra el Auto de la Sala de fecha 8 de septiembre de 2003 en el rollo de apelación nº 335/2003, cuya resolución procede confirmar en su integridad. Líbrense testimonios de la presente resolución, de la resolución recurrida, del escrito anunciando el recurso de casación y del escrito interponiendo el recurso de reposición que ahora se resuelve a los fines previstos en el art. 495.2 de la LEC, entregándose al procurador recurrente".

Contra aquesta última resolució la procuradora Sra. Prats Puig, en nom i representació de la Sra. Douia A. D. i del Sr. Abdelmalik H., va interposar aquest recurs de queixa.

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

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** En el recurs de queixa a què es fa esment en els antecedents de caràcter fàctic d'aquesta resolució, la recurrent posa en relleu el següent:

Que els qui ara recorren varen presentar demanda com a pares biològics de la menor Malika Nora H., en la qual pretenien la recuperació de la custòdia d'aquesta enfront de la Direcció General d'Atenció a la Infància (DGAI).

Que el Jutjat de Primera Instància número 15 de Barcelona va dictar sentència estimatòria de la demanda.

Que la Secció 18a de l'Audiència de Barcelona va revocar la sentència dictada i va fallar a favor de la DGAI.

Que els recurrents, pares de la menor, varen preparar recurs de cassació contra l'esmentada sentència que empararen en el fet de concórrer interès cassacional que centren en la matèria objecte de la litis i en el fet que les sentències de primera instància i de cassació són discordants.

En el recurs de què ara es tracta es diu a la lletra, i pel que ara interessa: "Entendía y entiende esta representación que la sentencia recurrida y dictada por la Sección 18ª de la Audiencia de Barcelona tiene interés casacional, no tan solo por razón de la materia, sino también por interés casacional que mantiene (...) Ambas sentencias no son coincidentes y discrepan esencialmente una de otra por cuanto dado que como se ha expresado anteriormente por cuanto (...) Se dice en el Auto por el que se deniega la reposición, y se admite el recurso de queja de que no debe admitirse el recurso de casación, al no existir interés casacional, cuando con todos los debidos respetos solo por lo que es objeto de materia tiene interés casacional".

**Segon.** Una lectura del recurs de queixa que insisteix en les anteriors consideracions, revela sense dubtes que l'interès de cassació que afirmen els recurrents, en cap cas concorre. És cert que la matèria de què es tracta en el litigi mereix una especial atenció per mor dels delicats interessos que es troben en joc. Però l'article 477 de la Llei d'enjudiciament civil posa en evidència que la via cassacional està vedada.

No és cert que hi hagi sentències contradictòries sobre el *thema decidendi*; una altra cosa és que les sentències de primera i segona instància siguin discordants.

Tampoc es tracta d'un litigi dictat per a la tutela de drets fonamentals reconeguts en la Constitució.

Finalment escau fer ressaltar que, sense dubtes, l'objecte del recurs de cassació que s'invoca seria una qüestió de caràcter fàctic, com ho és l'anàlisi de la idoneïtat dels recurrents per a tenir cura de la seva filla. I, com és sabut, les pretensions de caràcter fàctic queden fora de l'interès cassacional, que se circumscriu en la funció nomofilàctica d'interpretació de normes jurídiques.

Per consegüent, vistos els preceptes esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de queixa presentat per la procuradora Sra. Mònica Prats Puig en nom i representació de la Sra. Douia A. D. i del Sr. Abdelmalik H. contra la Interlocutòria de 8 de setembre de 2003 dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, que s'ha de declarar ferma.

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



**821**  
**SENTÈNCIA DE 24 DE NOVEMBRE DE 2003**  
*Enric S.Z. / Ciriac M.M. i un altre*

**Llegat de diners: determinació del seu abast. Testament: interpretació. Recurs de cassació basat en la quantia: admissibilitat del recurs si la quantia ultrapassa de molt el límit que fixa la llei**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Ciriaco M. M. i de la Sra. M<sup>a</sup> Azucena M. M., representats davant aquest Tribunal per la procuradora Sra. Rosa Maria Carreras Cano i dirigits per l'advocat Sr. Pedro Rodríguez Merchante, contra la Sentència dictada per la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona l'11 de desembre de 2002, en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 54 de Barcelona el 3 d'abril de 2002, en el procediment de judici ordinari núm. 415/01. El Sr. Enrique S. Z., aquí part recorreguda, ha estat representat en aquest Tribunal per la procuradora Sra. Ana María Gómez-Lanzas Calvo i dirigit per l'advocat Sr. Àngel Llorens i Armada.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. Gloria de Celis i Bernat, en nom i representació del Sr. Enrique S. Z., va formular demanda de judici ordinari núm. 415/01 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 54 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 3 d'abril de 2002, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando totalmente la demanda interpuesta por D. Enrique S. Z. contra D. Ciriaco y D<sup>a</sup> Azucena M. M. en su condición de herederos llamados a la herencia yacente de D<sup>a</sup> María M. G.,

"1º- Debo condenar y condeno a los demandados a la entrega formal al actor del legado del usufructo vitalicio de la casa de Sartaguda (Navarra), calle XXX, nº XX, por medio del otorgamiento de la oportuna escritura notarial, apercibiéndoles de que, de no obrar así, se procederá al otorgamiento judicial de la misma;

"2º- y asimismo declaro que el contenido del legado a favor del Sr. S. del apartado a) de la cláusula segunda del testamento de D<sup>a</sup> María M. G., comprende, sin exclusión alguna, la totalidad de saldos existentes en la fecha de defunción a nombre de la testadora deposita-

dos en entitats bancaries, con expressa inclusió de les participacions en fonsos de inversió mobiliaria por un importe total de 18.124.973 pesetas (a la fecha de la defunción), que constan fiscalmente declarados y se describen en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución.

“3º- Todo ello con imposición de las costas procesales a los demandados.

“Y que desestimando la demanda reconvenzional interpuesta por D. Ciriaco y D<sup>a</sup>. Azucena M. M. en su condición de herederos llamados a la herencia yacente de D<sup>a</sup> María M. G., contra D. Enrique S. Z., debo absolver y absuelvo al demandado reconvenzional de las pretensiones formuladas en su contra, con imposición de las costas procesales a los actores reconvenzionales”.

I va ser aclarada per una Interlocutòria de 22 d'abril de 2002 la part dispositiva de la qual va dir: “Ha lugar a la aclaración solicitada por la parte actora respecto a la sentencia dictada en los presentes autos, en el sentido de que la condena de entrega formal de legado lo es de la casa sita en Sartaguda (Navarra) calle XXX, nº YY, en lugar del nº XX que es de ver en el fundamento jurídico primero y el fallo de dicha resolución. Y no ha lugar a la aclaración solicitada por la parte demandada de la misma sentencia” (*sic*).

**Segon.** Contra aquesta Sentència la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 11 de desembre de 2002, amb la següent part dispositiva: “Se estima en parte el recurso interpuesto por D. Ciriaco y D<sup>a</sup> Azucena M. M. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 54 de Barcelona, la cual se revoca en el único sentido de tener por parte demandada y reconviniendo, y por tanto destinataria de los pronunciamientos que en relación con ella se continen en dicha sentencia, a la herencia yacente de D<sup>a</sup> María M. G. en lugar de a los referidos apelantes, y ello sin hacer condena en cuanto a las costas de esta alzada”.

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, el Sr. Ciriaco i la Sra. M<sup>a</sup> Azucena Martínez Martínez van interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 31 de juliol de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent, va admetre a tràmit el motiu 4t i va inadmetre els tres motius primers, i d'acord amb allò que determina l'art. 485 de la LEC es trasdà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 13 de novembre de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Amb l'empara del paràgraf 2n. de l'art. 485 de la Llei d'enjudiciament civil, la part contra la qual es recorre reitera la causa de la pretesa inadmissibilitat d'aquest recurs perquè, al seu entendre, la quantia litigiosa no ha ultrapassat els 25.000.000 de pessetes (150.253,03 euros), com exigeix l'art. 477.1.2n de la Llei esmentada per accedir a la cassació per aquesta via; al·legació que cal rebutjar pels mateixos arguments adduïts per la interlocutòria de l'Audiència de 22 d'abril darrer en què es va tenir per preparat el recurs (folis 57 i 58 d'aquell rotlle), perquè constava clarament (folis 142, 154, 155, 180, etc.) que el

valor d'allò que s'havia debatut ultrapassava amb molt aquella quantitat i que, per tant, l'admissibilitat de la cassació per la via en què es va preparar era correcta, com també ho ha estat la interlocutòria d'aquesta Sala de 31 de juliol últim que va admetre a tràmit el 4t motiu del recurs, únic que va ser admès i únic, per tant, que cal ara examinar.

**Segon.** El motiu esmentat al·lega que en interpretar el testament de la Sra. Maria M. G. s'ha infringit l'art. 110 del Codi de successions de Catalunya per tal com s'ha considerat que el llegat que aquella senyora havia atorgat a favor del seu marit Sr. S., en el testament de 27 de desembre de 1984, incloïa els fons d'inversió mobiliària malgrat que —a parer del recurs— el testament no va fer tal atribució.

**Tercer.** En el testament la senyora M. va llegar al seu espòs, endemés de tot allò que el dia de la seva mort es trobés a l'interior del pis de la testadora i de l'import de l'assegurança que tenia contractada amb la Companyia Assurances Generals de France, el següent: “todo el dinero que pudiera tener la testadora a su nombre o a nombre de ambos cónyuges en libretas de ahorro, cuentas corrientes o depósitos, en cualesquiera cajas de ahorros y bancos”.

**Quart.** El jutjat de primera instància, com també l'Audiència, han interpretat que els fons d'inversió mobiliària que la testadora tenia en comunitat per meitat amb el seu espòs, Sr. S., a les caixes d'estalvis de Barcelona (“La Caixa”) i Navarra (“Caja Rural”) estaven inclosos en el llegat de la clàusula testamentària que hem transcrit i que, per tant, la part d'aquells fons que la testadora va deixar en morir pertany al seu espòs per raó del llegat; interpretació que el hereus recurrents impugnen tot adduint que els fons d'inversió mobiliària no són diners i que els diners són l'única cosa que la testadora va llegar al seu espòs, per la qual cosa entenen que els fons relictos per la testadora pertanyen als hereus recurrents (nebots d'aquella) i no pas al marit legatari.

**Cinquè.** És coneguda per repetida la jurisprudència tant del Tribunal Suprem (sentències de 28 d'abril de 1989, 30 de novembre de 1990, 18 de juliol de 1991, 6 d'octubre de 1994, 14 de maig i 31 de desembre de 1996, 27 de febrer de 1997, 24 d'octubre de 2002, etc.), com d'aquesta Sala (sentències de 22 i 28 d'octubre de 1991, 30 de novembre de 1992, 26 de maig, 9 de juny i 18 de desembre de 1997, 18 de juny i 10 de desembre de 1998, 21 de juny i 26 de juliol de 1999, etc.) en què es declara que la interpretació dels testaments és una funció sobirana, exclusiva i privativa dels tribunals d'instància i que cal respectar-la en cassació a menys que la interpretació hagi estat irraonable, absurda o arbitrària.

Consegüentment, l'únic que ara escau examinar és si la interpretació que ha realitzat l'Audiència de la clàusula testamentària en qüestió ha estat efectuada amb criteris arbitraris, irraonables o absurds, o, al contrari, amb criteris lògics i racionals, supòsit, aquest darrer, en què s'hauria de desestimar aquest recurs de cassació. Encara més tenint en compte que, com va observar aquesta Sala a la Sentència de 10 de desembre de 1998, si el Codi civil parteix d'un principi literalista per a la interpretació dels testaments (art. 675 “tota disposició testamentària s'haurà d'entendre en el sentit literal de les seves paraules llevat que aparegui clarament que va ser una altra la voluntat del testador”), el Codi de successions de Catalunya s'orienta en un sentit més subjectivista en expressar a l'art. 110 que “en la interpretació del testament cal atènyer-se plenament a la voluntat del testador sense que calgui subjectar-se necessàriament al significat de les paraules emprades”; i d'aquestes regles se'n desprèn —

com va manifestar també aquest Tribunal a la sentència que acabem d'esmentar—, que “si la interpretació donada per la Sala d'instància a la disposició testamentària s'ajusta de manera coherent a la voluntat de la testadora, la seva decisió s'haurà de mantenir i el motiu de cassació s'haurà de rebutjar”.

**Sisè.** La Sala d'instància va confirmar en tot la fonamentació de la sentència de primera instància, la qual planteja la qüestió discutida de si els fons d'inversió poden considerar-se diners o no, ja que en el primer supòsit s'inclourien en el llegat disposat per la causant, i en el segon haurien de passar als seus nebots hereus.

La sentència addueix que per resoldre aquesta qüestió no escau recórrer a la definició tècnica de la figura dels fons d'inversió tal com resulta de la Llei 46/1984, de 26 de desembre, de les institucions d'inversió col·lectiva, ni al seu Reglament de 2 de novembre de 1990, ja que aquest procedir faria apartar de la vertadera voluntat de la testadora. Afegeix que segons la documentació bancària aportada per l'actor, en la data de la defunció de la seva esposa ambdós eren titulars per meitats dels fons d'inversió mobiliària objecte de la contesa, l'import dels quals ascendia a la quantitat de 36.249.943 pessetes; que l'actor va presentar la declaració fiscal corresponent a la meitat d'aquella quantitat com a saldos bancaris a nom de la seva esposa difunta i va pagar l'import de successions que corresponia a aquesta meitat, que van ser 1.985.624 pessetes; que l'origen de què procedien els fons de “La Caixa” eren els ingressos que havien efectuat ambdós esposos des del seu dipòsit 2100-3184-0600055317 i els havien anat comprant els anys 1992, 1993, 1997 i 1999; i que l'origen dels 4.000.000 de pessetes de la Caja Rural de Navarra que s'havien ingressat al compte a nom del Sr. S. el 10 de setembre de 1993, va ser la cancel·lació d'unes lletres del Tresor, i que la compra d'aquests fons d'inversió l'havien iniciat el 13 de setembre de 1993.

De tots aquests fets l'Audiència en conclou (per acceptació de la fonamentació de la sentència de primera instància) que els cònjuges varen anar cercant en cada moment el producte o instrument financer que els proporcionés una major rendibilitat, passant de tenir els seus estalvis en comptes corrents o dipòsits bancaris a comprar lletres del Tresor (Caixa Rural) i finalment els fons d'inversió com a inversió més productiva; que la voluntat de la testadora era que el producte del seu estalvi dinerari (diners, llibretes, comptes corrents, dipòsits, import de la seva assegurança de vida, etc.) anés destinat al seu marit, i que va ser circumstancial que a la data de la seva defunció tots els estalvis esmentats estiguessin invertits en fons d'inversió, els quals, per tant, han de ser considerats inclosos en el llegat disposat per la testadora a favor del seu marit; i l'Audiència encara afegeix que “atendiendo a la voluntad de la testadora que debe ser considerada como verdadera de la testadora, guía que indiscutiblemente ha de seguirse en materia testamentaria —art. 110 del Codi—, la solución no puede ser otra que la de considerar que el dinero, que era tal o que integraba cualquier clase de activos en la fecha del testamento, fue destinado posteriormente, y por tanto fuera de la previsión de la testadora en el momento del otorgamiento, a la inversión en FMI sin perder su carácter de valor líquido equivalente al dinero, al igual que si hubiera permanecido en libretas, cuentas corrientes u otros depósitos en entidades de crédito. Como se dice en la sentencia, el ahorro dinerario fue a parar, en búsqueda de la colocación más productiva, a los expresados activos mobiliarios, por lo que debe ser considerado su saldo, a nombre de los esposos en el momento del fallecimiento de la esposa, y en la parte que le pudiera corresponder a ella, integrante del legado”.

Difícilment podia la testadora el 27 de desembre de 1984, en què va atorgar el testament, fer una menció expressa dels fons d'inversió nascuts un dia abans (amb la Llei de 26 de desembre de 1984, la qual encara no havia estat publicada).

La clara voluntat i intenció, interpretada per la sentència impugnada de la manera que hem esmentat, lluny d'ésser irracional o absurda, és l'única possible, com bé diu la Sala *a quo*; raó per la qual el motiu de cassació examinat —i únic admès— ha de ser desestimat.

**Vuitè.** Segons allò que determina l'art. 398.1 en relació amb el 394 de la Llei d'enjudiciament civil, les costes del recurs hauran de ser imposades a la part que recorre.

Atès el que s'ha exposat, la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Desestimar aquest recurs de cassació, confirmar la sentència que n'era objecte i condemnar els recurrents al pagament de les costes del recurs.

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

## INTERLOCUTÒRIA DE 18 DE DESEMBRE DE 2003

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

### FETS

**Primer.** En data 24 de novembre darrer aquesta Sala va dictar la sentència d'aquest recurs de cassació en la qual va desestimar el recurs esmentat, que havia estat interposat per la representació dels Srs. Ciriaco i M<sup>a</sup> Azucena M. M. actuando “en su propio nombre y derecho y, a la vez, como gestores de la herencia yacente de Dña. María M. J.”.

La part dispositiva d'aquesta sentència, d'acord amb el que s'havia exposat en el seu vuitè fonament va condemnar els recurrents al pagament de les costes del recurs.

**Segon.** La sentència anterior es va notificar a les parts el dia 26 del mateix mes de novembre, i l'endemà, dia 27, la representació del Sr. Enrique S. Z., part recorreguda en tal recurs, va presentar un escrit en què es demana que s'aclareixi la resolució pel que fa a “si la condena en costas de casación, lo es con respecto a los referidos recurrentes Sres. Ciriaco y Azucena M. M. en su calidad de personas físicas individuales (dado que ellos fueron en definitiva quienes interpusieron el recurso de casación...), o en su caso, sea la herencia yacente de la Sra. María M. J. quien debe hacer frente al pago de las costas procesales del referido recurso de casación”.

Actua com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

### FONAMENTS DE DRET

**Únic.** Dels quatre motius que fonamentaren el recurs de cassació interposat pels germans recurrents Sr. Ciriaco i Azucena M. M. “en su propio nombre y derecho y, a la vez, como gestores de la herencia yacente de doña María M. J.”, la Interlocutòria d'aquesta Sala de 31 de juliol de 2003 únicament va admetre per al debat cassacional el motiu 4t, el qual discutia l'abast del llegat deferit per la testadora a favor del seu espòs Sr. S. La legitimitació per a plantejar tal debat, trobant-se l'herència jacent, únicament incumbia als recurrents com a gestors de l'herència i no a títol individual com a hereus cridats a una herència que no havien acceptat (art. 8 del Codi de successions de Catalunya) i, consegüentment, escau aclarir que la condemna en costes als recurrents que conté la Sentència d'aquesta Sala de 24 de novem-

bre, s'ha d'entendre referida als recurrents com a gestors o administradors de l'herència jacent de la Sra. M. J. i no pas com a persones físiques individuals, i en aquest sentit cal aclarir el nostre pronunciament sobre costes d'acord amb allò que demana el Sr. S. Z. i a l'empara dels art. 267.1 i 3 de la Llei orgànica del poder judicial i 214.1 i 2 de la d'enjudiciament civil.

Atès el que s'ha exposat, la Sala civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Aclarir que la condemna en costes dels recurrents que conté la Sentència d'aquesta Sala de 24 de novembre passat s'ha d'entendre referida als recurrents no com a persones físiques individuals, sinó com a gestors o administradors de l'herència jacent de la Sra. Maria M. J.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no tenir per preparat el recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer de la queixa**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal del Sr. José Antonio G. C. va interposar recurs de queixa contra la Interlocutòria de data 22 de juliol de 2003, dictada per la Secció 19a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació 91/2003, que va denegar la preparació de recurs extraordinari per infracció processal contra la Sentència de data 15 de maig de 2003. I recorreguda en reposició va ser desestimada per la Interlocutòria de 10 d'octubre de 2003.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Únic.** Segons la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil, apartat 1, regla 1a, la competència per a conèixer del recurs extraordinari per infracció processal s'atribueix a la Sala Civil del Tribunal Suprem, excepte en els casos en els quals la competència per a conèixer del recurs de cassació correspongui a les sales civils dels tribunals superiors de justícia.

En el cas que origina aquesta resolució, la part que recorre ha interposat únicament recurs extraordinari per infracció processal, i de les al·legacions que es fan en l'escrit d'interposició del recurs de queixa en resulta que el litigi no tractava de qüestions subjectes al dret civil de Catalunya, amb la conseqüència que aquesta Sala estaria en qualsevol cas mancada de competència per a conèixer d'un eventual recurs de cassació.

Per tant escau decretar la incompetència d'aquesta Sala per a resoldre el recurs de queixa.



## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit decretar la seva incompetència per a conèixer del recurs de queixa interposat per la procuradora dels tribunals senyora Teresa Buitrago i Hijano, que actua en nom i representació del senyor Josep Antoni G. i C., contra la Interlocutòria dictada per la Secció Dinovena de l'Audiència Provincial de Barcelona de data 22 de juliol de 2003.

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

**823**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Se n'ha donat compte.

Uniu els escrits anteriors dels procuradors Sr. Manjarin i Sra. Lleal; es tenen per efectuades les manifestacions que s'hi contenen; i,

**FETS**

**Primer.** En una diligència de constància de 18 de juliol passat es va fer constar la recepció en aquest Tribunal del rotlle d'apel·lació núm. 766/2002 de la Secció 4a de l'Audiència Provincial de Barcelona i les actuacions núm. 414/00 de judici de menor quantia del Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Manresa, per haver estat interposat per la representació processal d'Aigües de Manresa, SA, un recurs de cassació contra la Sentència dictada per aquella Sala el 28 d'abril de 2003 en el litigi esmentat instat pels germans Srs. José i Asunción A. F. contra la societat Aigües de Manresa, SA, i altres.

**Segon.** En una provisió de 6 d'octubre passat aquesta Sala va disposar la manifestació a les parts personades de la següent possible causa d'inadmissió del recurs de cassació: "Inexistència del supòsit de fet per a l'aplicabilitat de la norma de l'art. 2.4 de la Llei catalana 13/1990, de 9 de juliol", que és la que la part recurrent considera infringida per la sentència que impugna.

**Tercer.** Les parts personades han fet en els escrits anteriors les manifestacions que han estimat adients en relació amb la causa de la possible inadmissibilitat adduïda en la provisió d'aquesta Sala esmentada.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Aquesta Sala és competent per decidir sobre l'admissió d'aquest recurs de cassació per tal com s'al·lega vulnerat l'art. 2.4 de la Llei catalana 13/1990, de 9 de juliol, sobre les

immissions, servituds i relacions de veïnatge (art. 73.1.a LOPJ i Estatut d'autonomia de Catalunya).

**Segon.** La sentència de l'Audiència que es fa objecte d'aquest recurs de cassació declara en el seu fonament segon que “en la demanda se ejercita la acción derivada del art. 1 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, a tenor del cual el propietario de un inmueble tiene acción para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consisten en la privación o la retención indebida de la posesión”. Hi afegeix que “la parte actora pretende en la demanda que se declare libre la finca de su propiedad y se la libere de la carga o gravamen que sobre la misma constituye la construcción de un camino y la instalación de un colector”. Continua dient: “(...) los demandantes se limitan a solicitar que se declare que su finca está libre de la prestación de una servidumbre que se les quiere imponer contra su voluntad o sin haber cumplido los específicos requisitos que la Ley señala para estos casos, y, por tanto, el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, es medio legítimo de librarse de lo que, sin derecho alguno, pretende imponerse”. I conclou: “En consecuencia, la parte actora no ejercita en el presente procedimiento una acción reivindicatoria, sino una acción negatoria de servidumbre, acción ejercitada tendente a defender la propiedad contra quien sin título trata de ejercitar sobre ella un derecho real, especialmente una servidumbre, siendo su finalidad la de obtener una sentencia declarativa de la inexistencia de la servidumbre”.

**Tercer.** Assentades per l'Audiència aquestes premisses de fet, no impugnables en un recurs de cassació —que és l'únic que aquí ha estat interposat—, és palesa la seva inadmissibilitat per “inexistència del supòsit de fet per a l'aplicabilitat de la norma de l'art. 2.4 de la Llei catalana 13/1990, de 9 de juliol”, atès que aquest precepte declara la incompatibilitat de l'acció negatòria amb la reivindicatòria, cosa que l'Audiència no nega ja que només diu que l'acció aquí exercida és la negatòria i no pas la reivindicatòria. I com que no és revisable aquesta premissa per la via del recurs interposat i aquesta Sala no pot revisar la prova practicada ni les apreciacions fàctiques de l'Audiència, és clara la inexistència en el cas de tot interès cassacional per a poder declarar admissible el recurs de què es tracta, el qual, per tant, ha de ser rebutjat en aquesta fase procedimental amb imposició de costes a la recurrent.

Atès el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha resolt:

#### **PART DISPOSITIVA**

No admetre aquest recurs de cassació, declarar la fermesa de la sentència que n'era objecte i imposar les costes a la recurrent.

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

**824**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

Se n'ha donat compte.

Uniu els escrits anteriors dels procuradors Sr. Inguanzo y Sra. Barbany; es tenen per efectuades les manifestacions que s'hi contenen; i,

**FETS**

**Primer.** La Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona va trametre a aquesta Sala el seu rotlle número 17/01, que havia format per substanciar el recurs d'apel·lació contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Terrassa en el judici de menor quantia núm. 50/00, instat pel Sr. Bartomeu T. M. i un altre contra TECFIL, SCCL La trama va ser feta per raó d'un recurs de cassació preparat pels actors contra la sentència de l'Audiència.

**Segon.** En donar compliment a allò que disposa l'art. 483.3 de la Llei d'enjudiciament civil, una provisió d'aquesta Sala de 27 d'octubre de 2003 va acordar posar de manifest a les parts personades la possible existència de causa d'inadmissió del recurs de cassació que havia estat interposat, per la manca de l'interès cassacional requerit, ja que es plantejava en el recurs una qüestió de fet i de prova que no semblava necessitada d'un pronunciament jurídic clarificador d'aquest Tribunal Superior.

Dins del termini que els va ser atorgat, les parts han presentat els escrits anteriors, en els quals han efectuat les manifestacions que han estimat escaients en relació amb allò manifestat per l'esmentada provisió d'aquesta Sala.

És ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Aquesta Sala és competent per resoldre sobre l'admissió del recurs perquè versa sobre una norma pròpia d'aquesta Comunitat Autònoma.

**Segon.** L'art. 477 de la Llei d'enjudiciament civil disposa, en el seu paràgraf 1r, que el recurs de cassació ha de fonamentar-se "en la infracció de normes aplicables per resoldre les qüestions objecte del procés".

**Tercer.** El recurs de cassació que ha estat interposat en aquest cas no compleix el requisit essencial anterior ja que no denuncia que l'Audiència hagi crebantat alguna norma substantiva que pogués donar motiu per a l'admissió del recurs, sinó que el que pretén —tal com reconeix de manera palesa l'escrit de la representació recurrent de 10 del mes corrent— és que aquest Tribunal faci una interpretació dels articles 30.3 i 37.1 de la Llei catalana de cooperatives núm. 18/02, sol·licitud que oblida que no és funció del Tribunal Superior evacuar consultes ni interpretar preceptes quan no hi ha denúncia que hagin estat conculcats, ni tampoc revisar l'apreciació de la prova realitzada pel Tribunal d'instància, motius pels quals s'imposa la inadmissió del recurs interposat amb imposició de costes als recurrents.

Atès el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

No admetre aquest recurs de cassació, declarar ferma la sentència que n'era objecte i imposar les costes als recurrents.

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

**825**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003**

**Mesures cautelars en el tràmit del recurs de cassació: procedència. Mesures cautelars: finalitats**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** Amb data 3 de març de 2000 va ésser dictada sentència pel Jutjat de Primera Instància núm. 2 del Vendrell, que en la seva part dispositiva deia: “Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup> Maria Escude Pont, en nombre y representación de la entidad mercantil Residencias Costa Daurada, SA, declarando en primer lugar no haber lugar a la acción de nulidad por intereses usuarios entablada, pero decretando a continuación haber lugar a la acción de rescisión por lesión planteada, y condenando a los demandados D. Francisco C. M. y D<sup>a</sup>. Celia A. H., a estar y pasar por esta declaración, correspondiendo a estos últimos optar entre la rescisión del contrato celebrado ante fedatario público en fecha 15 de noviembre de 1995 entre las partes contratantes, y que tenía por objeto la finca registral inscrita en el Registro de la Propiedad de Calafell, tomo XXXX, libro XXX, folio XXX, finca número XXXX, consistente en un edificio destinado a hotel-residencia, y por el cual se pagó el precio de 32.138.723 ptas., por lo que cada una de las partes deberá devolver a la otra aquello que hubiera entregado en virtud del contrato celebrado, o bien completar el precio pagado con el importe de la lesión causada conforme el precio justo del inmueble, de acuerdo con la tasación efectuada por el perito judicial. En el supuesto de que los demandados opten por la rescisión del contrato, deberá acordarse la cancelación de la inscripción del contrato de compraventa con pacto de retro registrada en el Registro de la Propiedad, librándose el oportuno mandamiento con testimonio de la resolución. Finalmente debo condenar y condeno a los codemandados a pagar las costas causadas en la presente instancia”.

Contra l'esmentada sentència es va interposar un recurs d'apel·lació a conseqüència del qual l'Audiència Provincial de Tarragona va dictar una nova resolució, de data 9 de juliol de 2001, amb la següent part dispositiva: “Debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso deducido por la entidad Residencias Costa Daurada, SA, y haber lugar al recurso deducido por Don Francisco C. M. y Doña Celia A. H. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Vendrell en fecha tres de marzo de 2000, en autos de juicio de menor cuantía número 227/98, cuya resolución debemos revocar y revocamos, y desestimándose la demanda, debemos absolver y absolvemos a los demandados de los

pedimentos deducidos en su contra, con imposición a la demandante de las costas de instancia. Y sin imposición de costas del recurso deducido por los demandados, y con expresa imposición a la actora de las costas de su recurso”.

Interposat recurs de cassació contra la darrera resolució, la Sala Civil i Penal d'aquest Tribunal Superior de Justícia declarà en Sentència de data 11 de febrer de 2002: “Que hem de desestimar els cinc primers motius del recurs de cassació i el motiu primer del recurs extraordinari per infracció processal, i hem d'estimar el motiu segon del recurs extraordinari per infracció processal que ha interposat el procurador del tribunals senyor Lluís Colet i Panadès, que actua en nom i representació de Residència Costa Daurada, SA, i decretem que s'han de retornar les actuacions a la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona per tal que resolgui les qüestions que s'han de sotmetre a la seva decisió segons el fonament de dret vuitè d'aquesta resolució, sense fer una condemna expressa de costes del recurs de cassació ni en les instàncies inferiors”.

A conseqüència de l'anterior resolució l'Audiència de Tarragona va dictar, amb data 15 d'abril de 2003, una nova resolució del següent tenor: “Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad Residencias Costa Daurada, SA, y debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Francisco C. M. y la Sra. Celia A. H., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Vendrell en fecha 3 de marzo de 2000, y en consecuencia efectuamos los siguientes pronunciamientos:

“a) Que debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Vendrell en fecha 3 de marzo de 2000.

“b) Imponemos las costas de sus respectivos recursos a los recurrentes.”

Contra la darrera resolució la procuradora Sra. Carmen Fuentes Millan, en nom i representació del Sr. Francisco C. M. y de la Sra. Celia A. H. va interposar recurs de cassació que està pendent de resoldre en aquest Tribunal.

Amb data 5 de juliol de 2003 el Jutjat de Primera Instància núm. 2 del Vendrell va dictar interlocutòria amb la següent decisió: “Se despacha ejecución provisional, a instancia de la procuradora D<sup>a</sup>. Maria Escude Pont en nombre y representación de Residencias Costa Daurada, SA, como acreedor, frente a D. Francisco C. M. y D<sup>a</sup> Celia A. H., como ejecutados, y al efecto, requiéraseles, mediante el presente proveído y a través de su representación procesal en autos, a fin de que, en el plazo de diez días manifiesten si desean evitar la rescisión del contrato de compraventa concertado en 15 de noviembre de 1995 sobre la finca de autos, mediante el pago a la ejecutante del complemento de precio más sus intereses, que a fecha de hoy ascienden a un total de 131.145.800 pesetas (equivalentes a 788.202,13 euros), bajo apercibimiento de que de no efectuar dicha manifestación en el plazo concedido, quedará rescindido el citado contrato de compraventa, procediéndose a remitir mandamiento por duplicado al Sr. Registrador de la Propiedad de Calafell una vez la ejecutante consigne en la cuenta de consignaciones de este Juzgado el precio escriturado de 32.138.723 ptas. (equivalentes a 193.157,62 euros)”.

El procurador senyor José Román Gómez, en nom i representació del senyor Francisco C. M. i de la senyora Celia A. H., es va oposar a l'esmentada execució provisional.

La procuradora senyora Carmen Fuentes Millan, en nom i representació del senyor Francisco C. M. i de la senyora Celia A. H., va formular demanda de mesures cautelars davant d'aquesta Sala per tal que es suspengués la interlocutòria d'execució provisional de 5 de juliol de 2003.

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

## FONAMENTS DE DRET

**Únic.** Tal com s'infereix dels antecedents de naturalesa fàctica d'aquesta resolució la part recurrent pretén, amb la petició de mesures cautelars adreçada a aquesta Sala, suspendre l'execució provisional de la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 3 del Vendrell amb data 3 de març de 2000.

Com va posar de manifest la part que s'oposa a l'adopció de les mesures (que té la qualitat de part recorreguda en el recurs de cassació pendent de resolució en aquest Tribunal) no sembla gaire justificable pretendre la suspensió d'una execució provisional amb l'adopció d'una mesura cautelar.

Malgrat tot, una lectura dels articles 721 i següents de la Llei d'enjudiciament civil permet afirmar que les mesures cautelars estan regulades en aquesta llei processal d'una forma àmplia que permet als tribunals gaudir d'un marge important d'arbitri per tal d'assolir l'efectivitat de la tutela judicial que es pugui atorgar amb una eventual sentència estimatòria (art. 726 de la LEC).

Escau també invocar l'article 723.2 de la susdita LEC, que permet el dictat de mesures cautelars en tràmit de segona instància i en cas d'interposició d'un recurs d'infracció processal o de cassació.

És d'interès fer ressaltar que l'article 727 de la LEC fa expressa menció de "les altres mesures que, per a la pretensió de determinats drets, prevegin expressament les lleis o que es considerin necessàries per assegurar l'efectivitat de la tutela judicial que es pugui atorgar en la sentència estimatòria que es dicti en el litigi", cosa que novament posa en evidència un important grau d'arbitri que es dóna a l'òrgan judicial a l'hora de decidir l'adopció de mesures cautelars.

La interlocutòria en relació amb la qual es vol suspendre l'eficàcia obliga els recurrents, que varen perdre en primera i segona instància davant d'una demanda de rescissió per lesió *ultra dimidium*, a completar el preu de compravenda amb el pagament de 131.145.800 pessetes (788.202,13 euros); en cas contrari es declararà rescindit el contracte de compravenda.

Considera la Sala que, certament, l'exigència a l'executat esdevé improcedent pel fet que:

No consta en el testimoni aportat a aquest Tribunal, ni ho manifestà la part contra la qual es recorre, que s'hagin adoptat mesures encaminades a garantir que en cas de reeixir el recurs de cassació pendent, les coses es poguessin tornar a l'estat anterior.

Donat el temps que manca per tal d'ésser dictada resolució definitiva en el recurs de cassació, que, salvant imprevistos, hauria d'ésser d'un mes, sembla oportú suspendre l'execució pel fet que els perjudicis que es poden derivar d'aquesta curta espera, de ben segur que seran inferiors als que es podrien produir en cas d'ésser dictada sentència estimatòria del recurs.

Per les anteriors consideracions,

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix:



### **PART DISPOSITIVA**

Estimar la petició de mesures cautelars sol·licitades per la procuradora senyora Carmen Fuentes Millan, en nom i representació del Sr. Francisco C. M. i de la Sra. Celia A. H., i suspendre l'execució provisional de la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància número 2 del Vendrell ordenada per interlocutòria de 5 de juliol de 2003.

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

**826**  
**SENTÈNCIA D'1 DE DESEMBRE DE 2003**  
*M. del Carme T.A. / Josep V.V.*

**Pensió compensatòria: temporalitat. Pensió compensatòria: circumstàncies temporals que cal tenir en compte per a la seva fixació. Pensió compensatòria: la seva actualització exigeix instància de part. Congruència: requisits i modalitats. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació: no pot fonamentar-se en una pluralitat de preceptes heterogenis. Recurs extraordinari per infracció processal: no permet revisar la valoració de la prova. Recurs extraordinari per infracció processal: efectes de la seva estimació. Costes: criteris per a la seva imposició**

Presidente:  
Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu  
Magistrados/as:  
Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada  
Ilmo. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 104/2003 contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 1100/2002, como consecuencia de las actuaciones de juicio de separación núm. 240/02 seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Barcelona. El Sr. José Luis V. V. ha interpuesto este recurso representado por el procurador Sr. José Castro Carnero y defendido por el letrado Sr. Manuel Galera Vivancos. Es parte contra la cual se recurre la Sra. María Carmen T. A., representada por la procuradora Sra. Josefa Navarro Giménez y defendida por el letrado Sr. Anahí Zárate Arrondo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La Sra. María del Carmen T. A. formuló demanda de juicio de separación núm. 240/02 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó Sentencia con fecha 10 de octubre de 2002, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente: “FALLO: Que debiendo estimar como estimo parcialmente la demanda interpuesta por María del Carmen T. A., representada por la procuradora Sra. Navarro Jiménez, contra José V. V., representado por el procurador Sr. Castro Carnero, debo declarar y declaro la separación de dicho matrimonio, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración y acordando la adopción de las siguientes medidas:

- “1ª) La separación definitiva de los cónyuges litigantes.
- “2ª) La asignación del uso del domicilio conyugal a la esposa, por tiempo de seis años.

“3ª) Fijar como pensión compensatoria en favor de la esposa, a abonar por el marido, la suma mensual de 510,56 euros (85.000 ptas.), por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, siendo tal cifra susceptible de revisión anual conforme al IPC que anualmente publique el organismo estatal competente.

“Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación de la presente causa”.

**Segundo.** Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó Sentencia en fecha 17 de marzo de 2003 con la siguiente parte dispositiva: “FALLAMOS: Se desestima íntegramente el recurso de apelación formulado por D. José Luis V. V. contra la Sentencia de fecha 10 de octubre de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona en los autos de separación contenciosa nº 240/2002, resolución que se confirma en todos sus pronunciamientos. Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante”.

**Tercero.** Contra esta sentencia, el procurador Sr. José Castro Carnero, en nombre y representación del Sr. José Luis V. V., interpuso recurso de casación que por auto de esta Sala, de fecha 9 de octubre de 2003, se admitió a trámite, dándose traslado a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**Cuarto.** Por providencia de fecha 23 de octubre de 2003 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de enjuiciamiento civil se señaló para la celebración de vista, que ha tenido lugar, el día 13 de noviembre de 2003 a las 10 horas de su mañana.

Se ha designado ponente al Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Se presenta ante esta Sala recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 17 de marzo de 2003 por la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en rollo de apelación 1100/02, procedente de autos de juicio incidental de separación nº 240/02 tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona.

Los recursos fueron admitidos de acuerdo con lo prevenido en la disposición final decimosexta de la Ley de enjuiciamiento civil, punto 1, regla 1ª, habida cuenta de alegarse infracción de normas de derecho civil de Cataluña sobre las que esta Sala no ha formado doctrina jurisprudencial (art. 477.3, segundo párrafo, de la misma Ley ).

**Segundo.** El primer motivo de recurso —extraordinario por infracción procesal— se funda en el art. 469.1.2º de la ley de trámites invocando el quebrantamiento de normas procesales reguladoras de la sentencia y, en concreto, violación de los arts. 209, reglas 3ª y 4ª, 216, 218.1 y 2 y 752.1 y 4, por inaplicación.

En definitiva, el recurrente denuncia, mediante la supuesta infracción de los preceptos citados, que la sentencia de instancia incurre en el vicio de incongruencia al conceder algo

no pedido por la parte contraria, esto es, la actualización de la pensión compensatoria, fijada de conformidad con el art. 84 del Código de familia de Catalunya.

Tal petición había sido ya deducida por la parte ahora recurrente ante el Tribunal de apelación, el cual la había desestimado afirmando que, efectivamente, la pensión compensatoria mantiene una naturaleza *ius privatista*, sometida al principio de rogación, pero “si finalmente el juzgador se inclina por otorgar tal pensión (al haber sido peticionada) *ex officio* debe acordar las cláusulas de actualización con independencia de que se le hayan solicitado expresamente, pues de otra forma esta pensión compensatoria perdería su razón de ser por el transcurso del tiempo y lógica depreciación de la moneda. Por otra parte en el presente caso, es evidente que a lo largo del procedimiento de medidas anteriores a la demanda la Sra. T. A. solicitó en todo momento la actualización de aquellas sumas y lo propio realiza en los sucesivos escritos y comparecencia, por lo que debe desestimarse la denuncia de incongruencia de la sentencia por *extra petita*”.

No puede compartirse el razonamiento de la sentencia, aun con la conciencia de su buena finalidad.

El art. 84.4 del Código de familia de Catalunya establece de manera clara que: “A petició de part, la sentència pot establir les mesures pertinents per a garantir el pagament de la pensió i pot fixar els criteris objectius i automàtics d’actualització dinerària”.

Es evidente, en consecuencia, que el legislador catalán, a diferencia del común (*vid.* art. 97 del Código civil: “En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”), ha querido someter, *también*, al principio de rogación la adopción por el juez de las medidas tendentes a equilibrar y garantizar la pensión compensatoria.

En el caso presente, la parte actora ni en la demanda ni en el juicio (según se deduce de la audiovisión del mismo) ha solicitado la adopción de tales medidas y en absoluto puede decirse, como hace la sentencia combatida, que lo solicitó “a lo largo del procedimiento de medidas anteriores a la demanda” y “en los sucesivos escritos y comparecencia”.

Esta Sala tiene dicho y repetido, siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, que la incongruencia debe medirse en justa equidistancia entre las peticiones deducidas en la demanda y lo concedido en la sentencia, de modo que no puede concederse más de lo que en aquella se pidió (incongruencia por *ultra petita*) ni cosa diferente a la que se pidió (incongruencia por *extra petita*), ni omitirse cualquier pronunciamiento pedido (incongruencia por *citra petita*).

Siendo ello así, es consecuente la necesidad de estimar este primer motivo de recurso y anular la sentencia en el concreto aspecto a que se refiere.

**Tercero.** Sobre la base del mismo art. 469.2º de la ley, el recurrente alega ahora vulneración, por una parte, de los arts. 209, regla 3ª, 217.2 y 6 y 752.4 de la misma y, por otra, infracción de los arts. 209, regla 3ª, 216, 218.1 y 2.

Los preceptos citados no han sido conculcados por el Tribunal *a quo*.

Como es sabido, el primero de los artículos se refiere a la necesidad de exponer las razones y fundamentos jurídicos del fallo, lo que, sin duda, hace la sentencia recurrida.

Los 216 y 218.1 y 2 se refieren a la rogación de la justicia y a la incongruencia, que ya se han desarrollado en el anterior motivo.

El 217.2 y 6 conciernen a la carga de la prueba y a la dificultad probatoria, lo que ya tiene en cuenta la sentencia al afirmar que “no debe confundirse la carga del *onus probandi* (*sic*) con la dificultad probatoria, de suerte que los hechos negativos son de más difícil probanza que los positivos”.

Lo que pretende en este motivo el recurrente es revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, lo que le está vedado en este cauce revisional.

Ni la sentencia carece de motivación suficiente, ni llega a conclusiones absurdas, ilógicas o arbitrarias, ni las normas probatorias han sido conculcadas.

El motivo, por tanto, debe reconducirse a la alegación de fondo que después se analizará, mereciendo, en este cauce procesal, su total rechazo.

**Cuarto.** Se refiere el tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal a la materia de costas, estimando el recurrente incorrecta la condena en las costas de apelación y vulneradora de los arts. 209, regla 3ª, 218.2 y 394.1 de la LEC.

El recurso fija su atención en una frase contenida en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia —dedicado al capítulo de las costas procesales—, que, tras fijar la imposición de costas por el principio de vencimiento, dice: “(...) y dado que en el presente caso se discuten exclusivamente derechos privados y por tanto disponibles (...)”.

Lo cierto es que la frase, desafortunada e inane, podría haberse omitido, pues nada tiene que ver con la imposición de las costas procesales.

Pero tal imposición, independientemente de este argumento *ex abundantia* que, ya decimos, debería haberse ahorrado, es correcta.

El art. 397, en relación con el 394.1 de la LEC, obliga al Tribunal a imponer las costas al apelante que ha visto rechazadas sus pretensiones, como así ha acontecido con la parte ahora recurrente, a menos que “el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”.

Habiendo sido desestimado íntegramente el recurso de apelación y no habiendo apreciado —ni obviamente razonado— el Tribunal de instancias serias dudas, fácticas o jurídicas, en la cuestión planteada, la imposición de costas aparece como correcta y así debe ser mantenida.

El motivo, pues, se desestima.

**Quinto.** El primer motivo de recurso de casación tiene igual fundamento, ahora en lo sustantivo, que el primero del recurso extraordinario por infracción procesal. Se refiere, en efecto, a la infracción del art. 84.4 del Código de familia de Catalunya, en cuanto el mismo establece un requisito de rogación que ha sido incumplido por la sentencia de instancia.

La disposición final decimosexta de la LEC establece, en su apartado 2, que lo dispuesto en el art. 476 no será de aplicación en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2º del apartado 1º del art. 469.

Así pues, la Sala, al haber estimado el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, no ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiera producido la infracción procesal denunciada (art. 476.2, cuarto párrafo), sino que corregirá la vulneración legal anulando el pronunciamiento —no pedido— sobre la actualización de la pensión compensatoria.

Dicho efecto de la presente sentencia conduce a la inoperancia jurídica del actual motivo de casación, por lo cual se da por analizado y estimado.

**Sexto.** En el segundo motivo de recurso se denuncia infracción del art. 84.1 del Código de familia de Catalunya.

El recurrente alega que el Tribunal de apelación al decretar la pensión compensatoria sólo fijó su atención en la situación existente al tiempo de celebración de la vista principal,

desconociendo que el momento histórico a tener en cuenta es el de la ruptura convivencial, según doctrina jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Barcelona, que cita.

Ciertamente, la situación a que debe atenderse para determinar el derecho a una pensión compensatoria es el de la ruptura matrimonial. Así se deduce de la propia dicción legal (art. 84.1: “El cònjuge que, com a conseqüència del divorci o de la separació judicial (...)” y art. 84.2.a: “La situació econòmica resultant per als cònjuges com a conseqüència de la nul·litat, del divorci o de la separació (...). Los avatares posteriores que incidan en esa situación son indiferentes a los efectos de la pensión, a menos que, como establece el propio art. 84.3, puedan hacerse valer para reducirla si quien la recibe pasa a mejor fortuna o a peor quien la da.

Dicho esto, no resulta de recibo afirmar paladinamente que la sentencia combatida *sólo* se fijó en la situación existente a la hora de la vista oral del litigio (afirmación que únicamente se compagina con la pérdida por la actora de un empleo de hogar tenido hasta aquel momento). La sentencia, por el contrario, afirma que “es necesario comparar el nivel de vida anterior y el actual”, y cita a continuación tres sentencias de la propia Sección, y reafirma: “hay que tener en cuenta, en primer lugar, la situación económica resultante después de la separación judicial y perspectivas económicas de cada uno de los cónyuges”, para argumentar, más abajo: “Al tiempo de la ruptura matrimonial se ha calibrado por la sentencia combatida la situación patrimonial del Sr. V. frente a la de la Sra. T. y se llega a la conclusión de que ciertamente las perspectivas de gozar de un más alto nivel de vida se decantan claramente por el Sr. V., máxime si tenemos en cuenta que la Sra. T. debe soportar la ayuda a la hija común” y concluir: “Todos estos argumentos conllevan a entender que acertó la resolución recurrida al entender que se producía un evidente desequilibrio económico en perjuicio de la Sra. T. como consecuencia de la separación acordada”.

Es decir, la sentencia valora y tiene en cuenta para fijar el derecho al percibo de una pensión compensatoria la situación anterior (matrimonio) y la situación posterior (separación) para determinar que la actora, como dice el art. 84.1 del CF., verá más perjudicada su situación económica a partir de esta última, y hace una expresa remisión a la sentencia de instancia donde puede leerse: “(...) valorando las situaciones de los litigantes, ya descritas anteriormente y a las que se efectúa expresa referencia, resulta obvio que la separación matrimonial que se decreta ocasiona un desequilibrio económico en la esposa, atendiendo al montante de las respectivas percepciones”.

Claro resulta, en consecuencia, que la sentencia que se recurre no incurre en vicio alguno a la hora de valorar el momento a tener en cuenta para fijar el derecho a la pensión.

El motivo debe desestimarse.

**Séptimo.** En el tercer motivo del recurso de casación la parte recurrente invoca la infracción de los apartados 1, 2 y 3 del propio art. 84.1 CF, en una muy deficiente técnica casacional y en contra de la exigencia de concreción cuando de preceptos heterogéneos se trata.

El primer apartado se ha analizado, de modo que su cita y desarrollo resultan repetitivos y superfluos.

El tercero es intrascendente a los efectos que ahora se analizan, pues no se trata de aumentar o reducir la pensión compensatoria, sino de otorgarla.

En cuanto al segundo, ciertamente la sentencia de apelación hubiera podido ser más explícita a la hora de enunciar las circunstancias específicas que, citadas en el precepto que se estima infringido, han de tenerse en cuenta para fijar la pensión:

perspectivas económicas de uno y otro cónyuge,  
duración de la convivencia conyugal,  
edad y salud de ambos,  
compensación del art. 41, si la hay,  
cualquier otra circunstancia relevante.

Ahora bien, si consideramos que las perspectivas económicas se han tenido en cuenta — tal como más arriba se ha expuesto—, que no hay compensación económica por razón del trabajo (*ex* art. 41) y que no se cita otra circunstancia de interés, habrá de concluirse que la sentencia, en definitiva, sólo omite la duración de la convivencia y la edad y salud de los cónyuges, circunstancias que, en cualquier caso, no han sido objeto de discusión en las instancias.

Otra cosa es que, a lo largo del desarrollo del motivo, el recurrente intente desvirtuar los principios de prueba tenidos en cuenta y valorados en la sentencia, que en absoluto pueden ser revisados en casación, puesto que, como antes se decía, sobre los hechos que se admiten como probados, la conclusión no aparece como arbitraria, ilógica o irracional.

El motivo, consiguientemente, no puede ser estimado.

**Octavo.** El cuarto y último motivo de recurso de casación se refiere a la temporalidad de la pensión y estima infringido el art. 86.1 CF.

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y lo ha hecho en una sola línea: la fijación de un lapso temporal en la pensión compensatoria es una *facultad* y no una obligación del órgano decisor, el cual deberá atender en cada caso a las circunstancias concretas que inclinen a optar por una u otra solución (así sentencias de 4 de marzo y 21 de octubre de 2002 y 10 de febrero de 2003).

En el caso concreto es cierto que el Tribunal de apelación hubiera podido ser más cuidadoso a la hora de motivar la concesión de una pensión indefinida en el tiempo y no limitarse a decir que “en supuestos como el presente puede otorgarse la pensión compensatoria de una forma indefinida sin perjuicio de que si concurre causa de modificación o extinción se haga valer ante los tribunales”.

Pero es cierto también que en el evento enjuiciado se hacía difícil fijar *ex ante* un término durante el cual, hipotéticamente, cesaría el desequilibrio merced a la incorporación de la actora a un mercado laboral estable y a un salario suficiente. Su edad (superados los 50 años, su nula especialización profesional y su empleo actual como limpiadora del hogar) predicen más bien un futuro incierto, necesitado de una cobertura económica a cargo del marido, y ello, como dice la sentencia, sin perjuicio de la circunstancia prevista en el ordinal 3 del art. 84, si aquél pasa a peor fortuna o la esposa mejora de situación.

El motivo, entonces, ha de ser desestimado.

**Noveno.** La estimación parcial de los recursos determina la no imposición de costas, de conformidad con el art. 398.2 de la LEC.

En conclusión,

## PARTE DISPOSITIVA

Debemos estimar y estimamos parcialmente los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el procurador de los tribunales D. José Castro

Carnero, en nombre y representación de D. José Luis V. V., contra la Sentencia dictada en fecha 17 de marzo de 2003 por la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en rollo de apelación 1100/02, procedente de separación 240/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona; en consecuencia, anulamos la sentencia en cuanto desestima la excepción de incongruencia contenida en la sentencia de primera instancia respecto al extremo último de la medida 3ª acordada y, en concreto, el particular que se refiere a “siendo tal cifra susceptible de revisión anual conforme al IPC que anualmente publique el organismo estatal competente”, pronunciamiento que se deja sin efecto; se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida; todo ello sin hacer expresa condena en costas.

Notifíquese la presente a las partes y, con su testimonio, remítanse los autos originales y el rollo a la indicada Sección de la Audiencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



## INTERLOCUTORIA D'11 DE DISEMBRE DE 2003

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Ilmo. Sr. Lluís Puig i Ferriol

### HECHOS

**Único.** La representación procesal del Sr. José Luis V. V. interpuso el presente recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la Sentencia de fecha 17 de marzo de 2003 dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y, tras los trámites legales, se dictó Sentencia el pasado 1 de diciembre de 2003, solicitándose por dicha parte su aclaración.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Único.** La estimación parcial de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal determina, de conformidad con el art. 398.2 de la LEC, la no-imposición de costas, tanto del propio recurso, cuanto del de apelación, que hubiera debido ser resuelto en análogo sentido, de forma que así se aclarará la Sentencia de esta Sala dictada en fecha 1 del mes actual.

### PARTE DISPOSITIVA

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha decidido: Se aclara la Sentencia de esta Sala de fecha 1 de diciembre de 2003 dictada en el presente procedimiento en el sentido de que donde dice "(...) todo ello sin hacer expresa condena en costas", debe decir: "(...) todo ello sin hacer expresa condena en las costas de este recurso y en las de apelación".

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

**SENTÈNCIA D'1 DE DESEMBRE DE 2003***Josep B.C. i altres / Jordi G.G.*

**Emfiteusi: normativa vigent a Catalunya i les seves finalitats. Emfiteusi: qüestions de dret transitori. Prescripció del dret real de cens: interrupció de la prescripció per inscripcions registrals del dret de cens. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: es pot interposar amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. José Felipe B. de C., Sr. Joaquín B. de C., Sra. Carmen P. P., Sra. Maria Elisa B. P., Sra. Pilar P. B., Sr. Adolfo P. B., Sra. Maria Luisa P. P., Sra. Isabel P. P., Sr. Adolfo P. P., Sr. Juan Antonio B. de C., Sra. Isabel B. de C. i Sra. Soledad D. A., representats davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest i dirigits per l'advocat Sr. Alberto Guerra Soldevila, contra la Sentència dictada per la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 14 de novembre de 2002 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 24 de Barcelona el 17 de novembre de 2000 en el procediment de judici de menor quantia núm. 33/00. El Sr. Jordi G. G., aquí part recorreguda, ha estat representat en aquest Tribunal pel procurador Sr. José Puig Olivet-Serra i dirigit per l'advocat Sr. Ramón M<sup>a</sup> Rodón Guinjoan.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest, en nom i representació del Sr. José Felipe B. de C. i altres, va formular demanda de judici de menor quantia núm. 33/00 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 24 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 17 de novembre de 2000, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Desestimo íntegramente la demanda formulada por el procurador Sr. de Anzizu Furest en representación de interés de Don José Felipe, Don Joaquín, Don Juan Antonio y Doña Isabel B. de C., Doña Concepción Elisa B. P., Doña Pilar y Don Adolfo P. B., Doña Soledad D. A. y Doña Carmen, Doña Isabel, Doña María Luisa y Don Adolfo P. P. contra el

demandado Don Jordi G. G. y, consecuentemente declaro no haber lugar a ordenar la redención forzosa del indicado censo a voluntad de los censuistas con cancelación total de las garantías pactadas en su caso que grava la finca XXXX del Registro de la Propiedad nº 5 de los de esta ciudad por un precio de redención de 1.665.745 pesetas, debiendo condenarse al demandado a satisfacer a los censuistas ese precio de redención y otorgar la oportuna escritura de redención forzosa de dicho censo con advertencia de actuación sustitutiva judicial en su caso y, absuelvo de tales pretensiones al demandado Sr. G. G. No ha lugar a efectuar expresa imposición sobre las costas causadas”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part actora va interposar recurs d'apel·lació, el qual es va admetre i es va substanciar a la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 14 de novembre de 2003, amb la següent part dispositiva: “Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. José Felipe B. de C. y otros contra la Sentencia dictada el 17 de noviembre de 2000 por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Barcelona en las presentes actuaciones, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida; con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante”.

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, el Sr. José Felipe B. de C. i altres van interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 26 de juny de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 6 de novembre de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què es varen celebrar.

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

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Són antecedents d'índole fàctica que resulten d'indubtable interès per a la resolució del tema litigiós els següents:

a) La demanda que va originar aquest debat fou presentada pels senyors José Felipe, Joaquín, Juan Antonio, Isabel B. de C. i d'altres; en l'esmentada demanda es deia que el demandat senyor Jordi G. G. era propietari de la finca: “vivienda puerta única en la planta ático de la casa situada en esta ciudad, barriada de sant Martí de Provensals (...)”; i s'hi afegia “que la anteriormente descrita finca procede de la finca número XXX, por división de la misma en régimen de propiedad horizontal, mediante escritura autorizada por el notario de Barcelona Don Bartolomé Masoliver Ródenas el 11 de marzo de 1997, número 896 de protocolo, y se halla inscrita a favor de D. Jordi G. G., en virtud de donación otorgada a su favor por su padre, Don Diego G. V., en escritura autorizada ante el notario de esta ciudad Don José Félix Belloch Julbe el día 20 de octubre de 1996, en sustitución y para el protocolo de su compañero Don Josep Alfons López Tena (...)”, i a més es deia “que la descrita finca, registral número XXXX, se halla gravada, entre otras cargas, con un censo con dominio mediano, de pensión anual una peseta cincuenta céntimos”.

b) En la demanda es deixava expressa constància del fet que el cens que ara interessa es constituí el 19 d'agost de 1862 davant del notari senyor Fernando Moragas, i que havien

transcorregut més de vint anys des del seu establiment, cosa que comportava la possibilitat de la redempció del cens que exigia el pagament d'1.660.745,33 pessetes.

c) La sentència dictada en Primera Instància desestimà íntegrament la demanda i, consegüentment, va denegar la redempció forçosa dels cens, instada pels demandants, sense fer expressa imposició de les costes. Contra l'avant dita sentència els demandants varen interposar un recurs d'apel·lació que fou rebutjat per nova resolució de 14 de novembre de 2002, que és la que ara s'impugna en aquesta via cassacional.

**Segon.** Com a qüestió prioritària cal abordar, abans d'entrar en l'estudi del primer motiu de recurs, les al·legacions de la part impugnant del recurs de cassació, que fan referència a la seva admissibilitat.

Certament, la part contra la qual es recorre fa ressaltar que aquesta Sala, en resoldre el recurs de queixa que comportà l'admissió de la cassació, diu: "És doctrina reiterada d'aquesta Sala, segons resulta de les seves interlocutòries de 18 d'abril, 26 de setembre i 3 d'octubre de 2002, que tant si l'assumpte s'ha tramitat en les instàncies inferiors per raó de la quantia, com si ho ha estat per raó de la matèria o en un procediment especial, si la sentència recaiguda presenta interès cassacional per estar compresa en qualsevol dels supòsits a què fa referència l'article 477.3 de la Llei d'enjudiciament civil, és admissible el recurs de cassació basat en l'interès cassacional segons el precepte esmentat".

Posa en relleu la part impugnant del recurs de cassació que aquesta doctrina entra en directa contradicció amb la forjada pel Tribunal Suprem, la qual podríem resumir succintament dient que aquest alt tribunal considera que si el litigi s'ha tramitat per raó de la matèria, només serà recurrible en cassació per la via de l'interès cassacional, i si ho ha estat per raó de la quantia, només serà admissible el recurs de cassació si la quantia supera la quantitat exigida en l'article 477.2.2n.

Segons criteri del recurrent, atès que es tracta de normativa processal, el tractament hauria d'ésser igual a tot l'Estat i insinua el possible plantejament d'un recurs davant del Tribunal Constitucional, possibilitat gens rebutjable ja que suposaria que aquest Tribunal decidís un tema que a l'entendre d'aquesta Sala és molt transcendent.

Com a conclusió del que ara es tracta s'ha de dir que la doctrina d'aquesta Sala està ja plenament consolidada i és coneguda per la part contra la qual es recorre; en conseqüència, no escau sinó confirmar-ne la vigència en aquesta sentència.

**Tercer.** En el primer motiu de recurs la part recurrent addueix infracció per inaplicació de l'article 44 de la Llei de censos de 31 de desembre de 1945 i dels articles 1973 i 1935 del Codi civil sobre interrupció i renúncia de la prescripció, aplicables, segons els recurrents, en aquest cas als censos.

Després de l'anterior invocació es diu en el recurs: "En primer término es preciso establecer el régimen jurídico aplicable al censo en que esta parte basa su derecho, censo que fue establecido mediante escritura pública de 19 de agosto de 1862, tratándose por tanto de un censo constituido con anterioridad, no solo a la Ley 6/1990, sino incluso a la Ley de 31 de diciembre de 1945, que subsiste de acuerdo con la nueva ley, y que por lo tanto se regirá por la normativa anterior, tal y como se deduce de la disposición final primera de dicha Ley 6/1990, en relación con la anterior disposición transitoria séptima de la Compilación, que refiriéndose a las cuestiones de carácter intertemporal establecía que 'es resoldran aplicando el criteri que informava les disposicions transitòries del Codi civil'".

Davant de les anteriors consideracions, i per tal com hi ha doctrina d'aquesta Sala que tracta del tema que ara ens ocupa, escau fer al·lusió a aquesta doctrina, que es reflecteix en les sentències 48/2001 i 26/2003, a saber: “respecte d'això, és cert que el preàmbul de l'actual Llei de censos fixa com un dels seus objectius afavorir l'alliberament de càrregues de les finques i, subsegüentment, facilitar la cancel·lació d'inscripcions registrals, però tampoc ho és menys que el legislador, en la mateixa exposició de motius, proclama que amb aquesta finalitat s'estableix un sistema adequat de disposicions transitòries que persegueixen de fer compatible l'alliberament de càrregues de les finques amb el respecte envers els drets dels titulars, designi, el de màxim alliberament de càrregues que, en definitiva, no fa més que continuar una tendència ja iniciada el segle passat i de la qual fou destacada capdavantera la Llei de 31 de desembre de 1945, pel fet de ser, en l'àmbit del dret català, la primera de regular els principis de redimibilitat i de prescriptibilitat dels censos per mer transcurs del temps”.

Continua dient la doctrina d'aquesta Sala: “S'esdevé, doncs, fonamental per a la resolució de la controvèrsia, dilucidar, per una part, el règim legal aplicable al cas i, per l'altra, si s'arriba a la conclusió que tal règim era el previst en la normativa anterior a la vigent, examinar si els censalistes actuaren d'acord amb allò previst en tals lleis anteriors”.

Doncs bé; que en casos com el present, o sigui de censos constituïts amb anterioritat a la promulgació de l'actual Llei de censos, s'aplica en tal matèria prescriptiva l'esmentada legislació anterior és criteri sobre el qual, contràriament al que indica la part que recorre, pràcticament no existeix discordança entre les audiències provincials de Catalunya. Això resulta de total lògica perquè altrament no s'entendria l'existència d'un dret transitori en la Llei 6/1990, de 16 de març. Si hagués estat voluntat del legislador la retroactivitat general de la norma, així hauria hagut de significar-ho i eliminar, en conseqüència, qualsevol sistema transitori. Ni ho ha fet —des del moment que sí que crea tal règim transitori i, curiosament, dins el mateix articulat de la Llei, art. 34— ni possiblement ho hauria pogut fer constitucionalment (art. 9.3 de la CE), sota el perill, en cas contrari, de caure en situacions properes a l'espoliació en aquells supòsits en els quals els titulars de determinats drets haguessin complert escrupolosament tot allò que la legislació anterior els exigia per al manteniment i persistència de tals drets, i que veïessin esborrades fulminantment per una nova llei les seves legítimes seguretats de reconeixement de la seva anterior situació jurídica. En aquests supòsits, les disposicions transitòries han de tenir sempre una interpretació restrictiva, derivada, d'entrada, del principi general d'irretroactivitat de les lleis (disposició transitòria novena de la Compilació i primera del Codi civil). Com diu la millor doctrina, “el legislador actual ha abordat novament la qüestió tot adjuntant a la nova Llei un sistema transitori que no té altre objectiu que afavorir la purga d'aquest vast conjunt de càrregues registrals que coneixem amb el nom genèric de *censos* i ho ha fet respectant, en la mesura que ha estat possible, els drets dels seus titulars en el marc de les normes constitucionals i estatutàries. No hi ha cap disposició expressa (en les transitòries, és clar) respecte dels censos constituïts amb anterioritat a la seva entrada en vigor. Tots aquests censos constituïts amb anterioritat que quedin subsistents un cop transcorreguts els terminis assenyalats a les disposicions transitòries, es regiran per la legislació anterior i per les disposicions transitòries de la Llei de 16 de març de 1990, tal com es dedueix de la disposició transitòria 7a de la Compilació del dret civil de Catalunya i de la disposició transitòria 1a del Codi civil”.

En definitiva, el cens litigiós va ser constituït no solament amb anterioritat a l'actual Llei de censos, sinó també a la promulgació de la Compilació del dret civil de Catalunya i

també a la Llei de 31 de desembre de 1945, sobre inscripció, divisió i redempció de censos de Catalunya. Per tant, encara que la disposició final primera de la vigent Llei de censos disposa, amb caràcter general, que, entre altres normes, queda derogada la Llei de l'Estat de 31 de desembre de 1945, això s'ha d'entendre sens perjudici dels drets adquirits segons tal anterior legislació, que no poden ser negligits, i que mena al fet que tal anterior legalitat continuï essent d'aplicació en el repetit supòsit de censos constituïts abans de l'entrada en vigor de la Llei de censos de 1990, tesi que recolzaria també la disposició transitòria novena de la Compilació del dret civil de Catalunya, en la seva previsió general que "les altres qüestions de caràcter intertemporal que sorgeixin per raó de les variacions que l'entrada en vigor de la Llei estatal 40/1960, de 21 de juliol i la Llei catalana 13/1984, de 20 de març, puguin implicar per al règim jurídic civil vigent a Catalunya es resoldran aplicant els principis que informen l'ordenament jurídic de Catalunya". Per tant, sempre s'hauria de tenir també en compte la tradició jurídica catalana, i més i tot els principis anteriors a la vigència de la legislació derogada que poguessin esdevenir d'aplicació al cas en funció de la data de constitució del cens, que, en el cas, ja s'ha dit que té caràcter multiseccular".

L'aplicació de l'anterior doctrina al supòsit debatut evidència que la Llei aplicable és l'anterior a la Llei de censos 6/1990, de 16 de març, però amb exprés respecte a la normativa transitòria d'aquesta Llei que obeeix als motius suara expressats.

**Quart.** Fixat, doncs, el tema de la legislació aplicable en favor de la legislació anterior a la Llei de 16 de març de 1990, escau remarcar que aquesta darrera norma determina el respecte que mereixen els drets adquirits en favor dels titulars del dret real de què ara es tracta. És un requisit *sine qua non* que els censos en qüestió restin vigents per mor de l'aplicació de les disposicions transitòries de l'esmentada Llei, que intenten compaginar la purga del vast conjunt de càrregues registrals que coneixem amb el nom de *censos* (com ja s'ha dit més amunt) amb els avantdits drets adquirits. En tot cas també s'ha fet palès amb la cita jurisprudencial anterior que les disposicions transitòries de la Llei de 1990 hauran de ser interpretades de forma restrictiva.

És procedent ara abordar la segona al·legació del motiu de recurs esgrimida pels recurrents, que se centra en la infracció de l'article 44 de la Llei de 31 de desembre de 1945 d'inscripció, divisió i redempció de censos a Catalunya, que, pel que ara interessa diu: "Els censos emfitèutics inscrits al Registre de la propietat no prescriuran en perjudici del censalista si aquest, durant els últims trenta anys, hagués sol·licitat i obtingut alguna inscripció relativa al seu dret, encara que solament fos als efectes d'acreditar el desig d'int interrompre la seva prescripció".

A redós de l'anterior precepte legal afirma la part recurrent: "En el caso de autos, ha existido actividad registral suficiente y enervadora de la prescripción alegada por el demandado, pues como reiteradamente ha señalado la parte recurrente, obra documentalmente acreditada la utilización del Registro de la Propiedad para mantener la vigencia del censo. Así, en fecha 20 de enero de 1962, se efectuó la división del primitivo censo por sentencia firme dictada por el Tribunal Arbitral de Censos que provocó la inscripción 24 vigente de fecha 25 de marzo de 1964, obrante al folio XX del tomo y libro XXX del archivo, interrumpiéndose el plazo iniciado en 1945, y desde el año 1964 y hasta la actualidad ha existido actividad registral que ha interrumpido el expresado plazo conforme a lo dispuesto en el artículo 1973 del Código civil, pues se han producido distintas inscripciones sobre la titularidad de los censos en las fechas de 11 de diciembre de 1965 (inscripción 25), 2 de febre-

ro de 1966 (inscripció 26), 11 de febrer de 1966 (inscripció 27), 23 de febrer de 1966 (inscripció 30), 3 de agost de 1992 (inscripció 33), 10 de maig de 1993 (inscripció 34), 16 de setembre de 1993 (inscripció 35), 13 de febrer de 1996 (inscripció 38), segun resulta de la certificació registral acompanyada con la demanda y reproducida en la pieza de pruebas de esta parte, expresando también la misma que constan distintas notas, la primera de 28 de enero de 1993, acreditando la vigencia del censo conforme a la disposición transitoria tercera de la Ley de censos 6/1990, de 16 de mayo, por lo que se concluye que el último plazo prescriptivo iniciado con fecha 1964, resultó legalmente interrumpido con la inscripción registral de fecha 28 de enero de 1993 y desde esa fecha ninguna de las sucesivas inscripciones realizadas tienen un plazo superior intermedio, por lo cual procede estimar este motivo en cuanto a la interrupción de la prescripción”.

S’ha d’afegir encara que la part recurrent continua dient: “Pero aun en el negado supuesto de que no se hubiera producido la expresada interrupción de la prescripción, tratándose como se trata de un instituto jurídico renunciabile por la parte a quien beneficie, en el caso de autos hay un acto del padre del demandado, anterior censatario, que implica una renuncia clara de la prescripción, en su caso, ganada”.

“Nos referimos en concreto a la actividad de los anteriores censatarios Don Diego y Don Jaime G. V., padre y tío, respectivamente, del demandado Don Jordi G. G., y anteriores propietarios de la total finca de la calle XXX, XX, de la que procede la gravada por el censo de autos. Dichos censatarios, mediante escrituras públicas de 11 de marzo de 1997, dividieron la finca de la calle XXXX, número XX, en régimen de propiedad horizontal, adjudicándose entre ambos sus distintos apartamentos, procediendo de forma unilateral a dividir el censo que gravaba dicha finca matriz, distribuyendo entre los citados departamentos la pensión de dicho censo, asignándose el departamento de autos señalado con el número seis, la pensión anual de una peseta cincuenta y cuatro céntimos, su capital al tres por ciento, cincuenta y una pesetas treinta y tres céntimos, al censo de dominio mediano que gravaba dicha total finca matriz”.

**Cinquè.** Des de l’anterior perspectiva s’ha d’abordar el motiu del recurs tenint ben presents les anteriors al·legacions, i no és ocios remarcar que la sentència de primera instància centra el *quid* de la qüestió en la determinació de si els cens del qual els censualistes demanen la redempció ha prescrit. La susdita sentència diu que la prescripció dels cens es deriva de l’article 10 de la Llei del 90 i també, per raons òbvies, de l’article 344 de la Compilació. En relació amb aquestes consideracions conclou la sentència de primera instància amb l’afirmació que no hi ha hagut pagament de pensions durant més de trenta anys, i que en cap moment han exercit els censualistes el seu dret de capbrevació. Per altra banda diu la sentència de primera instància que els actes dels censataris, consistents en la donació del pare del senyor Jordi G. G. a favor seu de l’àtic en litigi, que comportà l’escriptura de divisió i corresponent constitució de la propietat horitzontal, no suposa un acte d’interrupció de la prescripció.

La sentència de l’Audiència confirma la de primera instància, de la qual dona per reproduïts els fets i els fonaments de dret. En la sentència de l’Audiència que ara es recorre es fa expressa al·lusió al fet que “incumbe al censatario probar la extinción del derecho por el transcurso de los treinta años sin el pago de la pensión, lo que consta, dada la fecha de su constitución, 19 de agosto de 1896, e incumbe al censalista probar la interrupción de la prescripción extintiva”.

Les anteriors afirmacions fan palès que tant la sentència dictada en primera instància com la de l'Audiència, que la confirmà íntegrament, per tal d'estimar la institució de la prescripció només analitzen la manca de pagaments de les pensions corresponents i els actes propis dels censataris que, a l'entendre dels recurrents, suposarien el reconeixement del dret de cens i, per tant, un acte que interrompria la prescripció guanyada.

En canvi, ambdues resolucions obliden l'estudi de les inscripcions a què s'ha fet al·lusió més amunt, amb la transcripció en part del recurs i que són acceptades per les dues parts litigants. Només cal una lectura de la contesta a la demanda i de l'escrit d'impugnació al recurs de cassació per comprovar que els censataris en cap moment fan qüestió del seguit d'inscripcions registrals descrites en la demanda i que suposaren l'evolució jurídica de la titularitat del cens en litigi des de la vessant dels censualistes.

Tal com posa en evidència la part recurrent i no nega la part contrària, des de l'any 1962 fins al 1996 hi ha hagut una intensa activitat registral (la descrita més amunt), sempre promoguda pels censualistes per mor d'adaptar el Registre a la realitat jurídica, a causa de disposicions hereditàries, contractes de compravenda, etc.

Per tenir en compte la intensa activitat registral descrita en la demanda i en el recurs de cassació i acceptada plenament tant en la contesta a la demanda com en la impugnació del recurs de cassació, es fa necessària la integració del *factum*, possibilitat admesa sense fissures en la jurisprudència del TS (sentències de 9 d'abril de 2003, 31 de març de 2003 i 13 de juny de 2002); es pot citar *ad exemplum* també la de 17 d'abril de 2002, que expressa la necessitat d'integració del *factum* "por permitirlo doctrina de esta Sala cuando se da insuficiente explicación o la respuesta no es la adecuada y se trata de hechos de notoria influencia en el fallo (sentències de 18 de març de 1987; 8 d'octubre de 1988; 8 de febrer, 3 d'octubre i 4 de novembre de 1991; 8 d'octubre i 21 de desembre de 1993; 25 de març de 1996, i 27 de febrer de 1998)".

En el cas que ara s'analitza, la possibilitat d'integrar els fets provats encara esdevé més palesa pel fet que es tracta de dades de caràcter fàctic incontrovertides.

Corol·lari de l'anterior és que resulta d'aplicació el que va resoldre aquesta mateixa Sala en la Sentència de 26 de juny de 2003: "és evident que tals inscripcions, sempre referides al cens en qüestió, conformen autèntics actes de domini, amb virtualitat interruptiva de qualsevol prescripció. Es més, i com molt bé s'indica en la impugnació del recurs, aquestes inscripcions són més demostratives de l'existència, subsistència i conservació del cens que una simple instància, ja que els negocis subjacents representen actes de disposició per part dels censalistes de més pes i transcendència que la simple instància a la qual l'article 44 de la Llei de 31 de desembre de 1945 també atorga força per interrompre una prescripció encara no guanyada. Efectivament, actes relatius a una divisió d'un cens o una acceptació d'una herència porten immanents la proclamació *erga omnes* del principi i mecanisme de publicitat registral, d'uns drets idonis, per descomptat, per interrompre qualsevol prescripció en tant que palesen un *animus conservandi* inequívoc".

També és d'interès recordar que la Sentència d'aquest Tribunal de 12 de juny de 2003 diu: "(...) els censalistes van tenir sempre cura d'obtenir inscripcions registrals amb uns intervals tots ells inferiors al 30 anys. En conseqüència, per aplicació d'aquell art. 44 (es refereix, és clar, a la Llei de 31 de desembre de 1945) i de la seva jurisprudència, aquest cens no va prescriure (...); i afegeix que "(...) quan es donen les condicions per a l'aplicació de l'art. 44 (haver sol·licitat i obtingut inscripcions registrals del dret de cens durant els últims trenta anys), aquest cens no prescriu, tant si les pensions han estat pagades com si no ho han



estat. Per aquest motiu la manca de prova del pagament no pot ser causa, en casos com el present, de la prescripció del cens, contràriament a allò que ha entès l'Audiència; a part que les vuit inscripcions esmentades en el Registre de la Propietat situaven els titulars dels cens (els censalistes) a redós de l'art. 38 de la Llei hipotecària, la qual cosa suposava que fins i tot si no hi hagués hagut aquell art. 44 per interrompre la prescripció, s'hauria hagut de presumir en mèrits de l'art. 38 esmentat que els censalistes tenen la propietat i la possessió del cens i haurien d'haver estat els censataris els que haurien d'haver provat el contrari, perquè els afavorits per una presumpció legal (aquí els censalistes per les inscripcions registrals i l'art. 83 de la Llei hipotecària) estaven dispensats de tota prova, segons l'art. 385.1 de l'actual Llei d'enjudiciament civil i de l'antic 1250 del Codi civil".

Les anteriors consideracions posen en evidència que la sentència de l'Audiència que confirmà la dictada en primera instància, obviant les inscripcions registrals al·ludides pel fet d'entendre que no tenien cap rellevància jurídica a l'hora d'interrompre la prescripció adduïda, ha vulnerat l'article 44 de la Llei de censos de 31 de desembre de 1945, segons la interpretació donada per aquest Tribunal, i consegüentment ha d'ésser revocada.

**Sisè.** Finalment, és procedent decidir la quantitat a percebre pels demandants en concepte de redempció forçosa, i el cert és que en la demanda es determina com a preu de redempció de la pensió la quantitat de 51,33 pessetes i la quantitat d'1.660.694 pessetes com a preu de redempció del laudemi, fatiga i altres drets inherents al domini. Aquesta quantitat no és impugnada ni tan sols qüestionada pel demandat ni en la contesta a la demanda ni en la impugnació del recurs de cassació, per la qual cosa esdevé intangible i provoca l'íntegra estimació de la demanda principal.

**Setè.** Pel que fa a les costes d'aquest litigi, atès que el cas presentava seriosos dubtes de dret, com s'evidencia en els raonaments d'aquesta sentència, no escau la condemna en costes, ni pel que fa a les de primera i segona instància, ni pel que afecta les causades en aquesta alçada.

Per raó del que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix:

## PART DISPOSITIVA

Estimar el recurs de cassació interposat per la representació processal del Sr. José Felipe B. de C. i altres, contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 11a) de 14 de novembre de 2002, en el rotlle d'apel·lació núm. 62/01, i declarar la redempció forçosa del cens descrit en els fonaments d'aquesta resolució, per voluntat dels censualistes, i declarar així mateix la cancel·lació total de les garanties pactades que graven la finca XXX del Registre de la Propietat núm. 5 de Barcelona, pel preu de redempció d'1.660.745,33 pessetes. Condemnar el demandat a satisfer als censualistes el preu de redempció esmentat i a atorgar l'oportuna escriptura de redempció forçosa, amb l'advertiment que l'atorgarà el jutge en cas contrari, amb l'obligació també de pagar les despeses que s'originin pel susdit atorgament, a excepció de la plusvàlua, que en el seu cas anirà a càrrec dels censualistes.

No escau fer expressa imposició de costes, ni en relació amb les causades en primera i segona instància, ni pel que fa a les d'aquest grau cassacional.

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

## INTERLOCUTÒRIA D'11 DE DESEMBRE DE 2003

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

### FETS

**Únic.** El procurador Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest va interposar recurs de cassació contra la Sentència de data 14 de novembre de 2002 dictada per la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona; previs els tràmits legals, es va dictar Sentència en data 1 de desembre passat. L'esmentat procurador, en representació del Sr. José Felipe B. de C. i altres, ha presentat un escrit mitjançant el qual sol·licita l'aclariment de la sentència dictada.

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

### RAONAMENTS JURÍDICS

**Únic.** D'acord amb el que s'ha sol·licitat a l'escrit presentat, i ja que la moneda de curs legal actualment és l'euro, és procedent, de conformitat amb el que disposa l'article 267 de la Llei orgànica del poder judicial, aclarir la sentència dictada en aquest procediment amb data 1 de desembre de 2003.

### PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix aclarir la Sentència dictada en aquest procediment en data 1 de desembre de 2003 en la seva part dispositiva, en el sentit que on diu: "(...) pel preu de redempció d'1.660.745,33 pessetes.", ha de dir: "(...) pel preu de redempció d'1.660.745,33 pessetes, equivalents a 9.981,28 euros."

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

**828**  
**SENTÈNCIA DE 4 DE DESEMBRE DE 2003**  
*Lico Leasing, SA / Francesc A.B. i altres*

**Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: exercici de l'acció rescissòria pels creditors del venedor per la via de l'acció subrogatòria. Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: n'escau l'exercici com a subsidiària de l'acció de simulació. Prova en la segona instància: improcedència segons la Llei d'enjudiciament civil de 1881**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació d'Inmobiliària Sertorius, SL, representada davant aquest Tribunal per la procuradora Sra. Ana M<sup>a</sup> Martín Aguilar i dirigida per l'advocat Sr. A. Prades Espot, contra la Sentència dictada per la Secció 4a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 10 de novembre de 1999 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 7 de Sabadell el 9 de gener de 1998 en el procediment de judici de menor quantia núm. 417/94. L'entitat Lico Leasing, SA, aquí part recorreguda, ha estat representada en aquest Tribunal pel procurador Sr. Àngel Montero Brusell i dirigida per l'advocat Sr. Pablo Pierre Prats.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Álvaro Cots Duran, en nom i representació de Lico Leasing, SA, va formular demanda de judici de menor quantia núm. 417/94 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 7 de Sabadell. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 9 de gener de 1998, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Lico Leasing, SA, contra D. Francisco A. B., D<sup>a</sup>. Elvira S. A., D<sup>a</sup> Ana A. S. e Inmobiliaria Sertorius, SL, debo declarar y declaro:

"a) La nulidad absoluta del contrato de compraventa otorgado en escritura pública de 13 de octubre de 1992 entre D. Francisco A. B. y D<sup>a</sup>. Ana A. B., relativo a la finca inscrita al tomo XXXX, libro XXX, folio XX, finca n<sup>o</sup> XXXXX del Registro de la Propiedad número dos de Sabadell.

"b) La rescisión del contrato de compraventa otorgado por D. Francisco A. B. y D<sup>a</sup>. Elvira S. A., como vendedoras, e Inmobiliaria Sertorius, SL, como comprador, en escritura

pública de 4 de noviembre de 1992, relativo a la finca inscrita al tomo XXXX, libro XXX de Palafrugell, folio XXX vto, finca nº XXXXX, inscripción X del Registro de la Propiedad de Palafrugell.

“c) La rescisión del contrato de compraventa otorgado en escritura pública de 4 de noviembre de 1992 entre D. Francisco A. B. e Inmobiliaria Sertorius, SL, relativo a la finca inscrita al tomo XXXX, libro XXX, folio XX, finca número XXXXX del Registro de la Propiedad Número Dos de Sabadell.

“d) Se condena al comprador a restituir a los vendedores el pleno dominio de las anteriores fincas, con abono de los frutos y rentas que haya producido desde la fecha de la reclamación judicial.

“No se hace especial pronunciamiento en costas”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la Sra. Ana A. S. i Inmobiliaria Sertorius, SL, van interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 4a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 10 de novembre de 1999, amb la següent part dispositiva: “Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Ana A. S. e Inmobiliaria Sartorius, SL, frente a la Sentencia dictada en el juicio de menor cuantía nº 417/94 seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Sabadell, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con imposición a los apelantes de las costas de estos recursos”.

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, Inmobiliaria Sertorius, SL, i la Sra. Ana A. S. van un formular recurs de cassació que es va remetre al Tribunal Suprem, el qual va dictar una interlocutòria en data 8 de juliol de 2003 declarant la competència d'aquest Tribunal per a conèixer del recurs interposat. Rebudes les actuacions per una provisió de 2 d'octubre de 2003 es van passar les actuacions al Ministeri Fiscal, que va emetre el seu informe en el sentit que “considera procedent l'admissió a tràmit del recurs de cassació interposat”. Per una provisió de 20 d'octubre de 2003 es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'impugnació. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 27 de novembre de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què es varen celebrar.

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

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Són antecedents de referència obligada per tal d'assolir un correcte enjudiciament del litigi els que, de manera succinta, s'exposen a continuació:

a) La demanda que donà lloc a aquest litigi va ésser presentada per l'entitat Lico Leasing, SA, contra els senyors Francisco Javier A. B., Elvira S. A., Ana A. S., Antonio B. I., Antonia M. M., Maria A. B., Dolores C. G. i contra la societat Inmobiliaria Sertorius, SL.

b) En la susdita demanda es deixava expressa constància del fet que el 18 de desembre de 1991 la demandant va subscriure una pòlissa d'arrendament financer-líasing amb la companyia Construcciones Especiales Mecánicas, SA, la qual va ésser garantida de forma solidària pels demandats senyor Francisco A. B. i Elvira S. A.

També relatava la demanda que la deutora Construcciones Especiales Mecánicas, SA, va pagar diverses quotes de l'arrendament financer, per la qual cosa la creditora va decla-

rar el venciment anticipat de la pòlissa i va presentar judici executiu en reclamació d'un principal de 34.161.072 pessetes i 10.000.000 estimats per interessos i costes.

La demanda explicava, així mateix, que els senyor Francisco Javier A. i la senyora Elvira S. havien venut diverses finques: la número XXXXX del Registre de la Propietat de Palafrugell a Inmobiliaria Sertorius, SL, el dia 4 de novembre de 1992; la número XXXXX del Registre de la Propietat número 2 de Sabadell, amb data 2 de novembre de 1992, a les senyores Maria A. B. i Dolors C. G., i la número XXXXX també del Registre de la Propietat número 2 de Sabadell, el 9 de novembre de 1992, al senyor Antonio B. I. i a la senyora Antonia M. M.

També es ressenyava en la demanda que el senyor Francisco Javier A. s'havia després del seu patrimoni en dates properes a les esmentades; així, amb data 4 de novembre de 1992 es remarcava que havia venut la finca registral número XXXX del Registre de la Propietat número 2 de Sabadell a Inmobiliaria Sertorius, SL, i en la mateixa data i a la mateixa compradora la finca XXXX del mateix Registre de la Propietat número 2 de Sabadell. Finalment es feia palès que el 13 d'octubre de 1992 el senyor A. havia venut a la seva filla Ana A. S. la finca número XXXXX del Registre de la Propietat número 2 de Sabadell.

c) Amb els anteriors antecedents en la demanda s'exercia una acció de nul·litat per simulació absoluta, per tal com s'adduïa que en les compravendes esmentades no hi concorria causa, ja que no hi havia voluntat dels venedors de transmetre el seu patrimoni amb finalitats lucratives, sinó únicament un interès d'ocultar el patrimoni als creditors amb un ànim fraudulent d'impagar el deute més amunt descrit. La demandant emparava l'avantddita acció en els articles 1300 i següents del Codi civil.

d) Amb caràcter subsidiari s'exercia en la demanda una acció pauliana o revocatòria dels articles 1111 i 1291 del Codi civil, al·legant que en tot cas tots els actes transmissors descrits cercaven, com s'ha dit, una finalitat fraudulenta: defraudar els creditors, i en concret la companyia financera demandant.

e) I, finalment, en tercer lloc i també amb caràcter subsidiari, i per al cas de no reeixir les dues accions suara descrites, la demandant exercia en la demanda una acció de rescissió *ultra dimidium* dels articles 321 i següents de la Compilació de dret civil de Catalunya, per tal com afirmava que les finques descrites s'havien venut per menys de la meitat del seu preu just.

f) La sentència dictada en primera instància estimà en part la demanda principal i va declarar la nul·litat absoluta del contracte de compravenda per manca de causa en relació amb la finca número XXXXX del Registre de la Propietat número 2 de Sabadell que el demandat senyor Francisco A. havia venut a la seva filla Ana.

També declarà la sentència de primera instància la rescissió per lesió en més de la meitat del preu just en relació amb les finques número XXXXX del Registre de la Propietat de Palafrugell, i número XXXXX del Registre de la Propietat número 2 de Sabadell.

g) Contra l'avantddita resolució interposaren recurs d'apel·lació la senyora Ana A. S. i també Inmobiliaria Sertorius, SL, a conseqüència del qual va recaure nova resolució de l'Audiència Provincial de 10 de novembre de 1999, que confirmà íntegrament la sentència dictada per l'Audiència.

**Segon.** Contra la sentència dictada per l'Audiència Provincial anunciaren recurs de cassació tant la senyora Ana A. S. com Inmobiliaria Sertorius, SL, però l'única que va formalitzar el recurs fou la darrera.

El recurs de cassació avandit, l'estudi del qual ha d'abordar aquesta Sala, s'empara per raons de dret intertemporal en l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881, i en concret en el primer motiu de recurs s'addueix infracció dels actes i garanties processals, i més específicament l'article 862. 4 de la Llei processal vigent abans de l'entrada en vigor de la LEC de 2000.

En el desenvolupament del motiu del recurs la part recurrent explica que, per tal de fixar el preu just a què fa referència l'article 321 de la Compilació de dret civil de Catalunya, la sentència dictada en primera instància, que fou íntegrament confirmada per l'Audiència, es basà en la pericial practicada i emesa per l'expert senyor Xavier Ferran Sampere, segons criteri del qual la finca número XXXXX del Registre de la Propietat número 2 de Sabadell té una superfície construïda de 731 metres quadrats i s'havia de valorar en la data de l'alienació en 38.608.900 pessetes. Pel fet que l'esmentada finca fou venuda per un preu de 15.000.000, s'estimà l'acció rescissòria per *ultra dimidium*.

Segons afirma la recurrent, la finca en qüestió té una cabuda molt inferior a la que determinà l'expert esmentat, que incidí en un error induït per les dades equivocades contingudes en el registre i en el cadastre.

Explica la part recurrent que en segona instància i a l'empara de l'article 862.4, que denuncia com a infringit, va intentar que s'admetés com a mitjà de prova la pericial practicada per l'expert senyor Josep Lluís Gorina de Travy, i que la seva pretensió fou rebutjada amb la fonamentació de "ser hechos todos ellos de los que se pudo tener conocimiento razonablemente en la fase de alegaciones del proceso en la primera instancia".

És escaient recordar el contingut del derogat article 862.4 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881, a saber: "(...) cuando, después de dicho término [del concedido para proponer la prueba en primera instancia], hubiere llegado a conocimiento de la parte algún hecho de influencia notoria en el pleito ignorado por la misma, si jura que no tuvo antes conocimiento de tal hecho".

Com és sabut, la possibilitat de practicar una prova en segona instància, tant amb la vigència de la Llei d'enjudiciament civil de 1881 com amb la vigència de la nova LEC, és una possibilitat de caràcter extraordinari, que per tant s'ha d'interpretar de forma restrictiva per mor del respecte a la seguretat jurídica i a la proscripció d'indefensió a causa que el període de prova "natural" previst pel legislador, on es regula la participació de totes les parts litigants, és la primera instància. Només en els supòsits de l'article 862 de la derogada llei processal s'ha de concedir la possibilitat de pràctica probatòria en un moment especial: la segona instància.

I el cert és que ni dels raonaments consignats en la sentència de l'Audiència que s'impugna ni dels esgrimits per la recurrent, no se'n deriva la concurrència de les exigències reflectides en l'article 862.4 de la Llei processal de 1881.

La recurrent no justifica en cap moment com explica que després de conclòs el període probatori en primera instància descobrís que la finca més amunt descrita tenia aproximadament la meitat de la superfície estimada per l'expert que la valorà. I escau posar en relleu que tots els indicis van encaminats a considerar que Inmobiliaria Sertorius, SL, hauria d'haver conegut la superfície real de la finca. A propòsit d'això és procedent recordar que de la sentència de primera instància confirmada per l'Audiència se'n deriva que la Societat Limitada Sertorius està dintre del cercle patrimonial del senyor A. i, a més, es qüestió incontrovertida que la finca XXXXX del Registre de la Propietat número 2 de Sabadell fou adquirida el 4 de novembre de 1992, cosa que permetia a la compradora, per raons òbvies, conèixer la vertadera superfície de la finca molt abans del moment en què diu que la conegué.

L'article 626 de la LEC de 1881 permetia a les parts litigants concórrer a l'acte de reconeixement judicial i fer als experts les observacions que consideressin oportunes. Per altra banda, en l'article 628 de la mateixa Llei es regulava la possibilitat que les parts i els seus defensors demanessin al jutge en l'acte de declaració o ratificació, que exigís als experts les explicacions oportunes per tal d'esclarir els fets.

Com a corol·lari de les anteriors consideracions ha de decaure el primer motiu de recurs, ja que la recurrent no va aconseguir en segona instància ni ha aconseguit en aquest grau cassacional demostrar al Tribunal que era procedent la pràctica de prova en segona instància i que aquesta possibilitat fou rebutjada erròniament per l'Audiència.

**Tercer.** El segon motiu de recurs l'encarrila la part recurrent per la via de l'apartat quart de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881, i a redós d'aquest precepte processal denuncia infracció per interpretació errònia dels articles 321, paràgraf primer, i 322 de la Compilació del dret civil de Catalunya, i també hi afegeix, a la lletra: "en relación con la aplicación indebida del artículo 1111 del Código civil".

Com a qüestió prioritària en aquest segon motiu de recurs s'invoca una suposada contradicció que és qualificada d'"interna" pel fet d'exercir-se en la demanda, amb caràcter preferent, una acció de nul·litat per simulació absoluta i, amb caràcter subsidiari, una acció de rescissió per *ultra dimidium*.

Respecte d'això és procedent dir que no s'endevina ni es perfila cap mena de contradicció pel fet d'exercir les dues accions esmentades, ja que resulta evident que, per tal com són invocades l'una amb caràcter subsidiari de l'altra, en cap moment es pot exigir una compatibilitat entre ambdues.

En segon lloc la recurrent posa en relleu la impossibilitat d'exercir l'acció regulada en els articles 321 i 322 de la Compilació de dret civil de Catalunya per via de subrogació, és a dir basant-se en allò que preveu l'article 1111 del Codi civil.

Certament, encara que en la demanda no quedi suficientment clar, el que ha de permetre l'exercici de l'acció de rescissió per *ultra dimidium* a la demandant és l'acció subrogatòria regulada en l'esmentat article 1111 del Codi civil, atès que si no és així no s'explica la pretensió de la creditora, que no ha pogut satisfer el seu crèdit per cap altra via, d'intentar rescindir una venda realitzada pels deutors per un preu inferior a la meitat del preu just (art. 321 de la Compilació).

L'interès de la demandant va directament encaminat a reintegrar en el patrimoni dels deutors les finques alienades, amb la finalitat de recuperar la solvència dels avaladors que li ha de permetre satisfer de forma total o parcial el seu crèdit.

L'acció revocatòria de l'article 1111 del Codi civil és un remei de caràcter extraordinari o subsidiari, ja que només escau acudir-hi "después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe".

En el cas en estudi resulta intangible que la demandant, creditora de dos dels demandats, no tenia cap més manera de satisfer el seu crèdit que a través de l'exercici en forma subrogada de l'acció prevista en l'article 321 de la Compilació, atès que així ho estimà la sentència de primera instància i ho confirmà la dictada per l'Audiència, i no ho qüestiona el recurs de cassació.

Quant a l'al·legació de la recurrent en el sentit que "la naturaleza personal de la nombrada acción rescisoria, de tal modo que su ejercicio halla su límite, en cuanto a la legitimación activa se refiere, en la persona del vendedor y, en su caso, a sus herederos, pero no

a los acreedores de la parte actora, máximo cuando ésta no tuvo ni arte ni parte en el contrato de compraventa cuya rescisión se pretende”, tampoc mereix ésser acollida pel que tot seguit s’exposarà.

Com ja va dir una Sentència del Tribunal Suprem de 12 de març de 1984, el fet que l’article 322 de la Compilació de dret civil de Catalunya qualifiqui l’acció de rescissió per lesió com de “mena personal”, no vol dir que sigui inherent a la persona del deutor, venedor de la finca venuda en menys de la meitat del seu “preu just”, sinó que significa que la susdita acció està mancada de caràcter i transcendència real.

Ha dit autoritzada doctrina que no té el mateix sentit la qualificació que fa l’article 322 de la Compilació de l’acció de rescissió per lesió com a acció de caràcter personal, i l’exigència de l’article 1111 del Codi civil, que exclou de la possibilitat d’exercici de l’acció subrogatòria en relació amb “derechos y acciones inherentes a la persona del deutor”.

En tot cas, el que sembla irrefutable és que els creditors defraudats per les actuacions il·legítimes dels seus deutors no poden pretendre l’exercici d’accions personalíssimes d’aquests que s’extingirien per la seva mort, ni tampoc aquelles mancades de contingut patrimonial; però, contràriament a aquesta circumstància, en el supòsit debatut no hi ha cap trava que impedeixi l’exercici de l’acció prevista en l’article 321 de la Compilació, màxim quan davant d’una actitud fraudulenta d’un deutor que intenta fer desaparèixer els seus béns en perjudici dels seus creditors, l’exclusió prevista en l’article 1111 del Codi civil ha d’ésser interpretada de forma restrictiva.

Per consegüent ha de decaure el darrer motiu de recurs i s’ha de confirmar la sentència impugnada.

**Quart.** En virtut del que disposa l’article 1715 de la Llei d’enjudiciament civil, les costes d’aquest recurs s’han d’imposar a la part recurrent.

Vistos els preceptes legal esmentats i altres de legal i escaient aplicació:

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de cassació interposat per la procuradora Sra. Ana M<sup>a</sup> Martín Aguilar en nom i representació d’Inmobiliaria Sertorius, SL, contra la Sentència de 10 de novembre de 1999 dictada per la Secció 4a de l’Audiència Provincial de Barcelona, en el rotlle d’apel·lació 729/98, amb imposició de les costes a la part recurrent.

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



**829**  
**SENTÈNCIA DE 4 DE DESEMBRE DE 2003**  
*Francesc G.G. / Iris XXI, SL*

**Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: no escau l'acció rescissòria en els contractes en els quals el preu s'ha fixat en relació amb el caràcter aleatori de la cosa objecte del contracte. Actes propis. Fraus de llei. Recurs de cassació: diferències entre els motius del recurs i els requisits a l'accés cassacional**

Presidente:

Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 99/2003 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 703/02, como consecuencia de las actuaciones de juicio de menor cuantía núm. 47/01 seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Barcelona. La entidad Iris XXI, SL, ha interpuesto este recurso representada por la procuradora Sra. Mª Teresa Vidal Farré y defendida por la letrada Sra. Montserrat Rodríguez Sánchez. Es parte contra la cual se recurre el Sr. Francisco G. G., representado por el procurador Sr. David Elies Vivancos y defendido por el letrado Sr. Francesc Torres Vallespi.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El procurador de los tribunales Sr. David Elies Vivancos actuó en nombre y representación del Sr. Francisco G. G. formulando demanda de juicio de menor cuantía núm. 47/01 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó Sentencia con fecha 6 de abril de 2002, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente: "FALLO: Que desestimo en su integridad la reconvención formulada por Iris XXI, SL, contra Don Francisco G. G., y en consecuencia, absuelvo al demandado de las pretensiones de rescisión negocial frente a él dirigidas en forma principal y subsidiaria.

"Que estimando en su totalidad la demanda interpuesta por D. Francisco G. G. contra IRIS XXI, SL, es procedente verificar los siguientes pronunciamientos:

"A) Condono a IRIS XXI, SL, a estar y pasar por los acuerdos convenidos con el actor en fecha 15 de diciembre de 1998 y ratificados mediante escritura pública de 15 de junio de 2000 autorizada por el notario de Barcelona don Ignacio Permanyer.

“B) Condeno a IRIS XXI, SL, a que en veinte días a contar desde la notificación de la presente, otorgue escritura pública de compraventa a favor de D. Francisco G. G. por la que se le reconozca y le transmita la octava parte indivisa de la finca XXXX del Registro de la Propiedad número 2 de Terrassa que IRIS XXI, SL, se adjudicó en la subasta celebrada en fecha 15 de diciembre de 1998 por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Barcelona, en cuyo acto abonará la suma de 787.500.- pesetas como reintegro de la parte pagada en la adjudicación, más 55.125.- pesetas en concepto de cuota del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, todo ello bajo apercibimiento de ser realizado de oficio y a su costa en caso de inejecución voluntaria dentro del plazo señalado.

“Las costas causadas por el seguimiento del proceso en primera instancia se imponen a IRIS XXI, SL.”

**Segundo.** Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó Sentencia en fecha 5 de febrero de 2003, con la siguiente parte dispositiva: “FALLAMOS: Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de IRIS XXI, SL, contra la Sentencia dictada el 6 de abril de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario de menor cuantía 47/2001, del que dimana este rollo, debemos ratificar y ratificamos dicha resolución, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la recurrente”.

**Tercero.** Contra esta Sentencia, la procuradora Sra. Mª Teresa Vidal Farré, en nombre y representación de la entidad IRIS XXI, SL, interpuso recurso de casación que por auto de esta Sala de fecha 29 de septiembre de 2003 se admitió a trámite, dándose traslado a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**Cuarto.** Por providencia de fecha 27 de octubre de 2003 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación, y de conformidad con el art. 485 de la Ley de enjuiciamiento civil se señaló para su votación y fallo, que ha tenido lugar, el día 24 de noviembre de 2003, a las 10.30 horas de la mañana.

Se ha designado ponente al Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Se interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 5 de febrero de 2003 por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en rollo de apelación 703/02 procedente de juicio de menor cuantía nº 47/01 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Barcelona.

La sentencia ahora recurrida desestimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el magistrado titular de aquel Juzgado en fecha 6 de abril de 2002, que condenaba a la entidad demandada IRIS XXI, SL, a estar y pasar por lo convenido con el actor, D. Francisco G. G., en documento de 15 de diciembre de 2000 y, en consecuencia, a otorgar escritura pública de compraventa a favor del mismo respecto a la octava parte indivisa de la finca nº XXXX inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Terrassa que IRIS XXI, SL, se adjudicó en pública subasta celebrada el 15 de diciembre de

1998 por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Barcelona; desestimando, al tiempo, la reconvención formulada por la parte demandada que alegaba lesión en más de la mitad del justo precio respecto a la octava parte ya transmitida de la finca y la octava parte que faltaba por transmitir, ambas adquiridas por el precio total de 1.575.000 pesetas.

La controversia giraba en torno a un pacto convenido entre las partes, previo a la subasta y declarado no perseguible penalmente por el Ministerio Fiscal, mediante el cual el actor accedía a no tomar parte en la subasta mientras que IRIS XXI, SL, se comprometía a transmitir inmediatamente a D. Francisco G. la mitad de la porción adquirida (1/8 de la finca) por la mitad del precio fijado en la subasta, y a la posterior transmisión de la otra mitad (la otra octava parte) en las mismas condiciones económicas si en el plazo de dos años no hubiera devenido propietaria de toda la finca, como así ocurrió. La primera parte del convenio fue cumplida por IRIS XXI, SL, mediante escritura pública de 15 de junio de 2000, abonando el demandante 787.500 pesetas más la mitad de la cuota satisfecha del impuesto de transmisiones patrimoniales.

En el presente recurso, la representación procesal de IRIS XXI, SL, reproduce su petición de rescisión por lesión, articulando el recurso en dos motivos al amparo del “núm. 3º, párrafo segundo, del art. 477 de la Ley de enjuiciamiento civil” (*sic*), con invocación en el primero de la vulneración del art. 321 de la Compilación del derecho civil de Catalunya y con invocación en el segundo de la Sentencia de fecha 7 de junio de 1990 dictada por esta Sala (e incluyendo en el desarrollo del motivo la sentencia 31/1995 ).

**Segundo.** En el primer motivo de recurso denuncia el demandado un supuesto error de la sentencia recurrida en cuanto que, con infracción del citado art. 321 de la Compilación, no tiene en cuenta que la nota de aleatoriedad a que el precepto se refiere ha de recaer sobre el bien (y no sobre el precio), siendo así que en el caso de autos el bien era cierto y determinado y sólo el precio se fijaba en función del precio de adquisición.

El motivo no puede prosperar.

El art. 321, segundo párrafo, de la Compilación estatuye que no procederá la acción rescisoria en “les compravendes o alienacions fetes mitjançant subhasta pública, ni en aquells contractes en els quals el preu o contraprestació hagi estat decisivament determinat pel caràcter aleatori o litigiós del que s’adquireix o pel desig de liberalitat de l’alienant”.

Es decir, en Cataluña, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, la ley, con enunciación abierta, no excluye de la rescisión los contratos aleatorios, sino aquellos contratos —aleatorios o conmutativos— en los que el precio se haya fijado en relación con el carácter aleatorio del bien que se transmite; aleatoriedad del bien que no se centra exclusivamente en su existencia física o jurídica, sino también en la existencia de determinadas condiciones, fundamentalmente jurídicas, que influyen en su determinación y respecto de las cuales descansa la especificación del precio (vid., en este sentido, nuestra Sentencia de 17 de diciembre de 1998).

En el caso presente es palmario, y así se hace ver en las dos sentencias de instancia, que el precio de la transmisión no era un precio cierto sino que venía determinado por un *aleas* del bien finalmente adquirido, esto es, su adquisición y su mismo precio, habida cuenta de que una y otra circunstancias dependían del resultado de la subasta pública.

Pero hay más: la acción rescisoria ejercitada por la parte demandada en el presente procedimiento en ningún caso puede ser amparada por encerrar un claro y flagrante fraude de ley, y el art. 11.2 de la Ley orgánica del poder judicial establece que “los juzgados y tribu-

nales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

En efecto, como han indicado las dos sentencias de instancia, el acuerdo entre las partes perseguía —con la abstención de algunos licitadores— la adquisición del bien inmueble, a través de la subasta, en las condiciones económicas más favorables, de forma que ampararse ahora en esta circunstancia para impugnar el precio es utilizar la norma para un fin desviado. Como bien dice la sentencia recurrida “no era la equivalencia de prestaciones o la paridad de sacrificios lo perseguido por las partes en aquel instante, sino la obtención de un precio conveniente que delimitaría las consecuencias futuras y derivadas sobre un inmueble que aun determinado era de atribución discutible y sometida al curso de la subasta”.

Si sobre lo anterior se añade —*ex abundantia*— que el recurrente va contra sus propios actos al haber cumplido parte del pacto mediante la transmisión de la primera octava parte de la finca, habrá de convenirse en que el motivo debe ser rechazado, como ya se adelantaba.

**Tercero.** El segundo motivo de recurso deja en la más absoluta indeterminación la norma que se estima infringida de las aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, con olvido de lo que ordena el art. 477.1 de la LEC.

El recurrente se limita a afirmar que la sentencia está en contradicción con la posición de la Sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1990. De esta forma el recurrente confunde los motivos de recurso con los requisitos de su acceso casacional, uno de los cuales, efectivamente, es que el recurso tenga interés casacional (art. 477.3 LEC) por oponerse a la doctrina jurisprudencial de esta Sala (art. 477.3, segundo párrafo), que, por cierto, no es formada por una sino por dos o más sentencias concordantes.

El recurrente, a mayor abundamiento, se limita a transcribir un párrafo de la misma, sin advertir que los supuestos fácticos y jurídicos contemplados en dicha sentencia (como así los de la citada en el desarrollo del motivo, nº 31/95, de 7 de noviembre) son distintos a los enjuiciados en el evento que nos ocupa.

Por lo demás, en el contenido del motivo la parte recurrente reincide en la cuestión de que el precio de la compraventa no fue determinado en función del carácter aleatorio o litigioso del bien adquirido, tema que ya ha sido abordado en el fundamento precedente.

De esta forma el motivo también ha de ser desestimado, y con él todo el recurso.

**Cuarto.** De conformidad con el art. 397.1 en relación con el 394, ambos de la ley procesal, se impondrán al recurrente las costas causadas.

Así pues,

## PARTE DISPOSITIVA

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup>. María Teresa Vidal Farré, en nombre y representación procesal de IRIS XXI, SL, contra la Sentencia dictada en fecha 5 de febrero de 2003 por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en rollo de apelación 703/02 procedente de juicio de menor cuantía nº 47/01, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Barcelona; en consecuencia, confirmamos la misma íntegramente, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas.

Notifíquese la presente a las partes y, con su testimonio, remítanse los autos originales y el rollo a la indicada Sección de la Audiencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**830**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 4 DE DESEMBRE DE 2003**

**Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits de l'escrit de preparació del recurs**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** La representació processal de la Sra. M. Dolors B. M. va interposar recurs de cassació contra la Sentència de 10 de març de 2003 dictada per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Girona, rotlle 545/02. Per provisió de data 27 de novembre passat es va traslladar a la part compareguda, d'acord amb el que disposa l'art. 483.3 de la LEC, per termini de deu dies. La part ha efectuat les al·legacions que ha considerat escaients.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**RAONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** El present recurs, promogut per la representació de la Sra. Maria Dolors B. M., basa el seu interès cassacional en els dos motius de cassació a què es contrau la preparació de l'esmentat recurs —únic escrit a què és possible atènyer-se per a dirimir la controvèrsia, atès que no poden introduir-se en el d'interposició motius nous, com s'ha esdevingut en el cas amb el d'inexistència de doctrina cassacional—. En relació amb el primer motiu es diu que falten pronunciaments jurisprudencials d'aquesta Sala sobre, literalment, “la constitució de servituds d'aigua o al fet d'agreujar els curs natural de les aigües, en els supòsits d'existir un mur mitger entre dues finques colindants”.

Tal primer motiu no pot reeixir perquè:

a) Com molt bé sintetitza la sentència combatuda, “Impugna el apelante la sentencia de instancia por entender que el muro litigioso cuyo derribo se insta se construyó ilegalmente, al no haberse respetado la normativa urbanística (...). De igual forma entiende acreditado que la elevación del terreno colindante a causa de la construcción de una piscina (...) supuesto la constitución de una servidumbre de aguas, al tener que recibir (...) las aguas procedentes de la finca vecina, como consecuencia del desnivel así creado”. Aquesta sentència declara també provat que la situació litigiosa “no ha supuesto modificación alguna en relación a la que se daba con anterioridad, partiendo de la existencia del muro medianero tam-

bién allí situado. En definitiva, si hubiera existido esa elevación del terreno las aguas seguirían impedidas de pasar al terreno de los recurrentes, con lo que mal puede sustentarse que, tras las obras efectuadas, vengan obligados a recibir las aguas del fundo vecino”.

b) Diu el recurrent que l'interès cassacional de la present sentència radica en el fet que “no existeix doctrina del TSJC que es pronunciï sobre la inaplicació dels art. 6 i 37 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de relacions de veïnatge al supòsit d'autos per la mera existència d'un o més murs entre els dos predis colindants”.

c) La falta d'interès cassacional no pot ser més palesa perquè:

1r) És la mateixa part recurrent la que assenjala el caràcter marcadament casuístic del plet, reconeixent, per tant, que s'està davant una singular i concreta situació de fet, difícilment extrapolable a altres supòsits i que, per descomptat, està mancada del menor interès doctrinal. En aquest ordre d'idees, no solament es fa referència al “supòsit d'autos” —no, per tant, a una problemàtica general regulada per una norma necessitada d'interpretació unificadora—, sinó que la mateixa part recurrent admet “la base essencialment fàctica de l'objecte del litigi”.

2n) Per tant, la invocació de la part recurrent als art. 6 y 37 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de relacions de veïnatge és purament enunciativa, general i inespecífica; el primer d'aquests ordinals prescriu que “les servituds es constitueixen per títol, per usucapió i per disposició de la Llei” i l'art. 37 disposa que “l'amo del predi inferior és obligat a rebre les aigües pluvials que arriben naturalment del predi superior, però el propietari d'aquest no pot posar obstacles al curs de l'aigua ni alterar-ne el règim i fer-lo més carregós”.

Doncs bé; en el present plet no s'ha generat cap concreta *qüestió* jurídica sobre interpretació, significat o abast d'aquest articles, per tal com s'ha circumscrit la controvèrsia a aspectes merament fàctics —pertorbació o no per a la finca de la recurrent de la construcció d'una piscina en la finca superior, que, es diu, incrementaria les aigües a rebre per la inferior, actuació prohibida pel fet que la finca superior no gaudeix d'una servitud d'aigua. Perquè aquesta crítica jurídica hagués gaudit d'una mínima possibilitat d'acolliment, s'haurien d'haver declarat provats prèviament uns elements fàctics —la realitat de la pertorbació que hagués possibilitat la incardinació dels fets en la regulació legal que es diu infringida—, cosa que no ha ocorregut. El recurrent, doncs, fa supòsit de la qüestió, vici processal que sempre inhabilita l'accés cassacional.

3r) Respecte d'això, aquest Tribunal, amb referència a la nova regulació de la cassació ha dit, literalment, que “no fou disseny del legislador que els tribunals haguessin de pronunciar-se, al redós d'un suposat interès cassacional, sobre obvietats”, i que “no es funció pròpia ni d'aquest Tribunal ni de cap altre procedir al que, en expressió jurisprudencial, s'ha anomenat *evacuar consultes*, que és el mateix que demanar pronunciaments sobre temes aliens a l'objecte del litigi, ja que la funció nomofilàctica d'aquesta Sala no es pot fer interpretant preceptes en abstracte, sinó mitjançant una hermenèutica de concretes normes útils per a resoldre un també concret litigi.”

És evident, doncs, la inadmissibilitat del primer motiu de cassació.

**Segon.** El mateix resulta predicable del segon, respecte al qual diu el recurrent que no existeix doctrina ni del Tribunal Suprem ni d'aquesta Sala “que es pronunciï sobre si la referència que conté l'art. 305 de la Llei del sòl a ‘construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos’, malgrat la seva dicció literal exclou (...) la seva aplicació quan es tracti de la construcció de dos murs i la d'una piscina prefabricada”.

La pretensió de la recurrent està abocada al fracàs amb no menys obvietat per les raons que s'acaben d'exposar (caràcter eminentment fàctic de la controvèrsia i defecte processal consistent a fer supòsit de la qüestió), pel que assenyala la sentència combatuda en el sentit que aquesta problemàtica “tiene su normal sede de conocimiento en la vía administrativa (y, en su caso, en la posterior de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues a ella compete conocer cuestiones como la apuntada —incumplimiento de normas urbanísticas y del contenido de licencia de obras—”.

**Tercer.** La total inadmissió del recurs comporta la condemna en costes del recurrent (art. 398 i 394 LEC).

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix inadmetre el recurs de cassació promogut per la representació de la senyora Maria Dolors B. M. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Girona (Secció Segona) de data 10 de març del 2003, dictada en el rotlló d'apel·lació nº 545/2002, derivat del judici ordinari 65/2002 del Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Sant Feliu de Guíxols, amb imposició de costes a la part recurrent.

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



**831**  
**SENTÈNCIA D'11 DE DESEMBRE DE 2003**  
*Josep B.V. / M. del Carme G.C.*

**Pensió compensatòria en cas de divorci: incrementació de l'import de la pensió.  
Diferències entre la pensió compensatòria i el dret d'aliments**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat pel Sr. José B. V., no personat davant aquest Tribunal, contra la Sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida el 20 de maig de 2003, en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Lleida el 7 d'octubre de 2002 en el procediment de judici de divorci núm. 287/02. La Sra. M<sup>a</sup> del Carmen G. C., aquí part recorreguda, no s'ha personat davant aquest Tribunal. Amb la deguda intervenció del Ministeri Fiscal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Jordi Daura Ramon, en nom i representació del Sr. José B. V., va formular demanda de judici de divorci núm. 287/02 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Lleida. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 7 d'octubre de 2002, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que debo declarar y declaro haber lugar a la demanda presentada por el procurador Sr. Daura, en nombre y representación de José B. V. contra María del Carmen G. C., representada por la procuradora Sra. Roure; y en consecuencia, decreto la disolución por divorcio del matrimonio de ambos litigantes, con todos los efectos legales, y en especial los siguientes:

"1. La separación de los litigantes, pudiendo señalar libremente su domicilio, debiendo comunicarse mutuamente los cambios de éste que en el futuro pudieran realizar los cónyuges, a los efectos del cumplimiento de esta Sentencia.

"2. El hijo menor de edad Raúl quedará en compañía y bajo la custodia de María del Carmen G. C., si bien la patria potestad continuará ejercitándose de modo conjunto por ambos cónyuges.

"3. Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con los hijos menores, José B. V., el derecho a visitarlos, comunicar con ellos, y tenerlos en su compañía, en los térmi-

nos y en la forma que acuerden, procurando el mayor beneficio de los hijos y atendiendo especialmente a la edad de Raúl; y en caso de desacuerdo, y como mínimo, este derecho comprenderá los fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo; la mitad de las vacaciones de Semana Santa y Navidad, así como las vacaciones de verano, desde el inicio de las mismas hasta el día 31 de julio, o desde el 1 de agosto hasta el final de las mismas, eligiendo en los tres casos estos períodos, los años pares el padre y los impares la madre. Así mismo tendrá el derecho de visita en términos razonables en caso de enfermedad de los hijos, en el domicilio de éstos.

“Este derecho en ningún caso podrá ser suspendido o limitado por el otro cónyuge, aun cuando se incumplan las otras obligaciones impuestas en esta resolución, en especial, la del pago de pensión o contribución alimenticia.

“4. En concepto contribución en los alimentos a favor de los hijos comunes, José B. V. abonará a María del Carmen G. C. la cantidad de 450,76 ? mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año, y dentro de los cinco primeros días de cada mes, a partir de la fecha de esta resolución. El ingreso deberá hacerse en la cuenta corriente o libreta de ahorro que la parte acreedora abrirá oportunamente en un establecimiento bancario o caja de su localidad de residencia, y cuyo número notificará a la parte deudora en el más breve plazo posible.

“Dicha cantidad será actualizada con efectos de 1 de enero de cada año, con arreglo al porcentaje de variación de las retribuciones fijas de la parte obligada al pago, o en su defecto, de acuerdo con la variación experimentada por el índice general de precios al consumo, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

“Igualmente José B. V. sufragará la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de los hijos menores, tales como operaciones quirúrgicas, largas enfermedades y análogos, previa notificación del hecho que motiva el gasto y el importe del mismo, para su aprobación, y en caso de no ser aceptado, resolverá el juzgado.

“Esta obligación en ningún caso podrá ser suspendida o limitada por el cónyuge deudor, aun cuando se incumplan las otras obligaciones impuestas por esta Resolución, especialmente el derecho de visitas.

“5. La vivienda familiar quedará en uso y disfrute del hijo menor de edad, en compañía de María del Carmen G. C., pudiendo el otro progenitor, si no lo ha hecho ya, retirar sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario de lo que se extraiga por el que la abandona.

“6. En concepto de pensión compensatoria, José B. V. abonará a Carmen G. C., la cantidad de 300,51 ? mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año, y dentro de los cinco primeros días de cada mes, a partir de la fecha de esta resolución. El ingreso deberá hacerse en la cuenta corriente o libreta de ahorro que la parte acreedora abrirá oportunamente en un establecimiento bancario o caja de su localidad de residencia, y cuyo número notificará a la parte deudora en el más breve plazo posible.

“Dicha cantidad será actualizada con efectos de 1 de enero de cada año, con arreglo al porcentaje de variación de las retribuciones fijas de la parte obligada al pago, o en su defecto, de acuerdo con la variación experimentada por el índice general de precios al consumo, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

“Esta obligación en ningún caso podrá ser suspendida o limitada por el cónyuge deudor, uún cuando se incumplan las otras obligaciones impuestas por esta Resolución, especialmente el derecho de visitas.

“7. No ha lugar a hacer expresa condena en costas.”

**Segon.** Contra aquesta sentència, la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida, la qual va dictar Sentència amb data 20 de maig de 2003, amb la següent part dispositiva: "Estimem en part el recurs d'apel·lació interposat per la Sra. Maria del Carmen G. C. contra la Sentència de 7 d'octubre de 2002 del Jutjat de Primera Instància i Instrucció número 3 de Lleida que revoquem en l'únic extrem de fixar en 450 euros mensuals l'import de la pensió compensatòria per desequilibri a favor de la demandada, amb confirmació de la resta de pronunciaments de la dita sentència i sense que s'escaigui imposar específicament les costes d'aquesta segona instància".

**Tercer.** Contra la sentència anterior, el Sr. José B. V. va interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 9 d'octubre de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Transcorregut el termini, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 1 de desembre de 2003, a les 11 hores del matí, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS JURÍDICS

**Primer.** L'únic motiu de recurs es contrau també a una única qüestió, eminentment jurídica: dirimir la possibilitat o no d'incrementar en un judici de divorci la pensió compensatòria fixada en un anterior procés matrimonial de separació, en el qual es concedí tal pensió més una altra de caràcter alimentari que, per mor del divorci, s'ha d'extingir, atès que l'art. 84. 3 del Codi de Família prescriu que "la pensió compensatòria ha de ser disminuïda si qui la percep passa a millor fortuna o qui la paga passa a pitjor fortuna".

Es formula aquesta controvèrsia en l'esmentat marc d'un judici de divorci formulat pel marit. En la primera sentència d'instància, després de raonar-se que s'havia d'extingir la pensió per aliments que s'atorgà a l'esposa en l'anterior procés de separació, per no ser reconvertible en una pensió compensatòria atesos els efectes de dissolució del vincle parental inherent al divorci, es fixà en favor d'aquella tan sols una pensió compensatòria de 300,51 euros mensuals.

Apel·lada la sentència per l'esposa, l'Audiència Provincial la revocà en "l'únic extrem de fixar en 450 euros mensuals l'import de la pensió compensatòria per desequilibri en favor de la demandada".

Cal destacar del no combatut *factum* de la dita sentència que "la Sala no pot acollir les pretensions de l'apel·lant respecte que la situació econòmica del seu marit hagi millorat d'ençà de la separació", encara que "en el cas present, l'extinció de la relació conjugal ha suposat una pèrdua per part de l'esposa del dret d'aliments que li va ser atorgat en la sentència de separació, i amb tota correcció així ho ha decidit el Jutjat, però no es pot considerar que la pèrdua d'aquesta important quantitat de diners i font d'ingressos sigui intranscendent a efectes de la futura pensió compensatòria (...), de manera que en perdre [l'esposa] la pensió fins ara percebuda, persistint les mateixes circumstàncies i nivell de vida i de despeses, hi ha un evident empitjorament econòmic". El marit, en canvi, "és persona que es troba 'en bona situació econòmica'(...). Tenint en compte totes aquestes circumstàncies, la

Sala considera insuficient mantenir la pensió compensatòria fixada en la seva quantia inicial de 300,51 euros mensuals, jutjant més adient per a compensar el perjudici econòmic causat pel divorci la de 450 euros mensuals”.

**Segon.** Aquest pronunciament d'instància, sense cap més matís ni integració normativa, semblaria infringir l'art. 84.3 del Codi de família, en la seva previsió de modificació de la pensió compensatòria només a la baixa i mai a l'alça. Per l'apoteigma *inclusio unius, exclusio alteris*, és evident que el legislador català, en referir-se a una possible modificació de la pensió compensatòria, ha volgut limitar-se a regular el supòsit de rebaixa o supressió de tal mesura, però no la d'un possible increment, que ni tan sols ha estat previst.

Pel que fa a la resta, és també obvi que quan el mateix ordinal ressenya, en el seu apartat tercer, els factors que s'han de ponderar per a l'atorgament de la pensió compensatòria, ho fa per una sola i única vegada en funció d'un també únic element: el de la “nul·litat, divorci o separació”, que és tant com dir que si ja s'ha fet l'oportú còmput en un d'aquests moments de la cessació convivencial —com s'esdevingué en el cas amb l'anterior procés de separació— no pot procedir-se a una altra i nova ponderació per un factor temporal, transcendental jurídicament, però irrellevant als efectes de convivència, com ho és el del procés de divorci. I és irrellevant perquè l'autèntic trencament matrimonial, a efectes patrimonials, s'ha d'ubicar en el moment de la cessació de la vida en comú; de tal manera que el que després s'esdevingui serà fruit, no de la vocació pròpia del projecte vital comú inherent a qualsevol parella, sinó de les particulars i separades iniciatives dels dos components de l'anterior unitat familiar.

Com assenyala la millor doctrina “l'art. 84.3 del Codi de família millora tècnicament l'art. 100 del Codi civil. Mentre el darrer parla de modificació, el primer només esmenta la disminució, perquè sols aquesta és possible (...) l'anàlisi de la pensió compensatòria del Codi civil ja portava a aquesta conclusió, però el Codi català ho deixa palesament clar. La modificació feta per referència al moment del trencament de la convivència esdevé definitiva, cosa jutjada, quant a l'anivellament d'ambdós cònjuges o excònjuges. La pensió compensatòria és un perllongament de la solidaritat matrimonial amb vocació de caducitat. Aquesta idea ha d'impregnar tota interpretació. En la mesura en què el beneficiari aconsegueix per si el que rep de l'altre, millora de fortuna i en la mesura que aquell empitjora de fortuna, i, per tant, s'acosta al beneficiari, la pensió ha de ser disminuïda, com expressa l'art. 84.3 CF, idea que repeteix per al cas extrem de l'art. 86.1 del Codi de família”.

En aquest mateix sentit ha dit aquesta Sala (Sentència de 28 d'octubre de 2003) que la situació econòmica a valorar per a la fixació de la pensió és la “del moment de la ruptura, sense que puguin ser ateses circumstàncies ulteriors o sobrevingudes que suposarien l'alteració de la naturalesa de la pensió i col·locarien el deutor en una posició permanent d'inseguretat jurídica”, de tal manera que “sense acceptar en cap cas l'alteració a l'alça de la pensió compensatòria, per virtut de circumstàncies sobrevingudes, el que sí que ha d'abordar la Sala és la graduació de la pensió compensatòria tenint en compte els paràmetres vigents al moment de la fractura matrimonial, pel fet d'haver-se detectat la manca de previsió”.

**Tercer.** No és menys cert, però, que tant doctrina com jurisprudència, si bé reconeixen, en un pla purament conceptual, les substancials diferències existents entre pensió compensatòria i pensió alimentària, han fet també paleses les seves profundes connexions i concomitàncies; i així s'ha dit, per exemple, que “Nos hallamos ante dos instituciones diferentes que

se aplican a un mismo supuesto: la separación conyugal. Ambas pensiones vinculan, o pueden vincular, a los cónyuges tras la sentencia judicial, lo que hace inevitable su confusión. En efecto, la relación que vincula ambas instituciones no es precisamente sencilla, lo que justifica la reflexión y el intento de esclarecer algunos aspectos aún hoy oscuros”.

És cert que, produït el conflicte convivencial, el cònjuge que per la raó que sigui gaudixi d'una posició, béns o ingressos que esdevinguin suficients per al seu digne manteniment no tindrà dret a obtenir de l'altre cap ajuda alimentària, com també ho és que tal situació de benestar en absolut impedeix reclamar la pensió compensatòria si el trencament de la parella ha generat diferències d'estatus respecte al que es tenia constant matrimoni, perquè la pensió compensatòria obeeix a un disseny reequilibrador de la situació alterada per la ruptura. Heus aquí, doncs, una primera distinció entre ambdues prestacions, que indica ja la seva distinta naturalesa jurídica. Ara bé, encara que referida al dret comú, resulta traslladable al present cas, sobretot ateses les profundes analogies entre l'art 97 del Codi civil i l'art. 84 del Codi de família, la constatació doctrinal sobre que “si bien inicialmente la jurisprudencia atendió, sobre todo, a criterios objetivos en la valoración del desequilibrio, quedando las circunstancias del art. 97 como parámetros para cuantificar la pensión, en los últimos años nuestros tribunales se inclinan por hacer una valoración más subjetiva, vinculando el desequilibrio con las mencionadas circunstancias del art. 97”, donant especial importància “a aquellas de mayor contenido asistencial: la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso al empleo y el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge”, cosa que ha portat la doctrina a afirmar que “en este sentido, la pensión compensatoria toma claros tintes alimenticios que la aproximan a la genuinamente alimenticia”. En aquest mateix ordre d'idees, tampoc falten els autors per als quals tota pensió compensatòria té també un component d'alimentària, per més que assenyalin, és clar, el diferent caràcter i finalitat d'ambdues prestacions; s'ha dit, en concret que “puede alegarse en favor de un carácter alimenticio de la pensión la norma del art. 97.1.8.º del Código civil, que establece como uno de los módulos para fijar la cuantía ‘las necesidades de uno y otro cónyuge’”, de tal manera que “no deja de ser significativo que, al menos a este nivel, haya que tener en cuenta las necesidades de quien ya ha acreditado este derecho”.

Per tant, si s'esdevé inqüestionable, per tot allò suara exposat, que de cap manera pot modificar-se a l'alça una pensió estrictament compensatòria atorgada sense cap connexió amb una altra de caràcter alimentari (bé perquè en el judici de separació no es demanés o no es concedís aquesta darrera, bé perquè en l'anterior procés ja es preveié el caràcter contingent de l'ajuda alimentària —necessàriament lligada al manteniment del vincle conjugal— i, per tant, ja s'atorgués una pensió compensatòria ampla i suficient en atenció a la provisionalitat dels aliments), no s'ha de predicar el mateix respecte a casos en els quals, com ocorre en el present, i en expressió de la sentència combatuda, “l'extinció de la relació conjugal ha suposat la pèrdua per part de l'esposa del dret a aliments”, i “no es por considerar que la pèrdua d'aquesta important quantitat de diners i font d'ingressos sigui intranscendent”, sobretot en un supòsit en el qual es declara, amb valor de fet provat i no combatut, que l'exmarit és “persona de bona situació econòmica, de manera que, en perdre la pensió fins ara percebuda, persistint les mateixes circumstàncies i nivell de vida i de despeses, hi ha (per a l'exesposa, és clar) un evident empitjorament econòmic...”.

Aquesta degradació de la capacitat adquisitiva no deriva de cap fet posterior i aliè a la ruptura conjugal, sinó que és immanent a la dinàmica de tot el procés matrimonial i recolza en una idèntica realitat econòmica primigènia, que ha romàs invariable quant al conjunt cir-

cumstancial valorat en el seu inici i que conduí, en l'anterior judici de separació, a un desdoblament de prestacions (alimentària i compensatòria) que, de fet, abastava en una part molt significativa el mateix fenomen assistencial, segons un conjunt de circumstàncies — com a tal irrepetible — que, en aquest cas concret, demostra l'encert de la sentència combatuda en transformar una part de l'antiga pensió alimentària en compensatòria: operació jurídica que, lògicament, sempre serà legítima o no en funció d'una determinada i concreta casuística.

Aquesta Sala ha tingut ocasió de dirimir, encara que tangencialment, controvèrsies afavoridores de la interpretació esmentada. Així, la Sentència de 4 de juliol de 2002 fa referència a un cas en el qual es discutia l'obligació del marit de pagar una pensió compensatòria malgrat que en el conveni regulador de la separació els cònjuges pactaren que no es reclamaria res més entre ells. Tal com ocorre en el present cas, fins que el marit no interposà demanda de divorci, l'esposa fruï d'una pensió alimentària respecte de la qual, quan va quedar suprimida com a efecte inherent al divorci, demanà la reconversió en pensió compensatòria. Aquest Tribunal declarà que “hem d'afirmar que en la fase de separació judicial dels cònjuges es constata que la crisi matrimonial origina uns perjudicis econòmics a favor de l'esposa i per això es pacta una pensió alimentària a favor seu per un import de 65.000 pessetes mensuals. Arribat el moment del divorci, aquest fet determina l'extinció de la pensió alimentària per trencament del vincle matrimonial, extinció que deixa sense fonamentació escaient la renúncia a la pensió compensatòria, que es va renunciar perquè les necessitats de l'esposa ja eren cobertes per la pensió d'aliments, i si com a conseqüència de la demanda de divorci interposada precisament pel marit s'havia d'extingir la pensió d'aliments, i no havent-se acreditat que s'hagin modificat les circumstàncies que van determinar la seva procedència per voluntat expressa dels cònjuges, hem d'entendre ajustada a dret la tesi de la sentència d'apel·lació favorable a interpretar el conveni regulador en el sentit de mantenir la pensió alimentària en un ajut equivalent a favor de l'esposa, mentre subsistissin les circumstàncies que van determinar la seva constitució en el conveni regulador. Tesi que hem d'entendre ajustada a la lletra i a l'esperit dels articles 76.3.b i 84 del Codi de família, ja que mentre el marit pagava la pensió per aliments, es pot afirmar que la pensió compensatòria es trobava latent, i si després de la sentència de divorci els excònjuges no estableixen cap altre conveni per tal de suplir la mancança de la pensió alimentària, el perjudici econòmic que havia de pal·liar la pensió alimentària pot esmenar-lo la resolució judicial per la via d'establir una pensió compensatòria del mateix import”.

També la Sentència de 2 de juny de 2003 —referida al tema de la renunciabilitat de la pensió compensatòria— abunda en el mateix quan afirma (després de recordar que el TS, en la Sentència de 2 de desembre de 1987, havia ensenyat que “aunque resulta válida y eficaz la renuncia efectuada de manera clara y terminante, no resulta diáfano en especial en situaciones de desequilibrio con dificultades para lograr un mínimo digno de subsistencia”) que haurà d'examinar-se cas per cas si “renunciada una pensión compensatoria, el Tribunal ha de subvenir al cónyuge necesitado cuando el mismo no tenga otro remedio de subsistencia, considerando que aquella renuncia se hizo (*rebus sic stantibus*) por percibir al momento una pensión alimenticia que luego el divorcio extingue”. Finalment, en la ja esmentada Sentència d'aquesta Sala de 28 d'octubre de 2003, també es diu —després d'assenyalar com a *desideratum* que “el més convenient seria determinar ja en la sentència que fixi la pensió compensatòria l'increment d'aquesta en el moment en què es produís” (determinada previ-sió anterior no adoptada en la sentència)— que “s'ha de recalcar que les pretensions de la

recurrent no van encaminades a alterar la naturalesa de la prestació ni suposen cap mena d'inseguretat per al deutor, sinó que només cerquen la fixació de la pensió compensatòria en el seu just import, ja que, per les circumstàncies que s'han reflectit més amunt es van obviar, quan resultava evident que les necessitats de l'esposa no quedarien cobertes amb una pensió que s'havia de pagar de forma reduïda per mor d'unes circumstàncies transitòries”.

**Quart.** Això considerat, i atès que la sentència combatuda no qüestiona el *factum* declarat provat per la de primera instància, d'aquesta darrera resolució en resulta que “en este caso es difícil aceptar que las posibilidades de trabajo de la Sra. G. sean fáciles, ya que tiene 57 años, nula experiencia profesional y ninguna formación específica, habiendo dedicado 26 años al matrimonio con dos hijos”, el que mena, per tot el que s'ha raonat, a desestimar el present recurs, amb l'íntegra confirmació de la sentència combatuda.

**Cinquè.** De conformitat amb els art. 394 i 398 LEC i atesos el seriosos dubtes de dret que presentava la qüestió resolta, escau no fer cap pronunciament sobre imposició de costes.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Josep B. V. contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida (Secció Primera) de vint de maig de 2003, dictada en el rotlle núm. 1/2003, derivat del judici de divorci nº 287/2002 del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 3 de Lleida, sense imposició de costes a cap litigant.

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

## VOT PARTICULAR

Que formula el magistrat senyor Lluís Puig i Ferriol a la Sentència dictada per aquesta Sala el dia 11 de desembre de 2003 en el recurs de cassació 88/2003, en compliment d'allò que disposa l'article 206.1 de la Llei orgànica del poder judicial.

## FONAMENTS DE DRET

**Únic.** Aquest vot particular no és altra cosa que el mateix vot particular que el magistrat que subscriu ja va formular a la Sentència de la Sala de 28 d'octubre de 2003, circumstància que permet donar per reproduïts els raonaments que es van desenvolupar en el vot particular anterior esmentat.

Com és prou evident, el vot particular es fonamenta en la interpretació que s'ha de donar a l'article 84.3 del Codi de família, que de forma prou clara a criteri del magistrat que subscriu estableix que “la pensió compensatòria ha d'ésser disminuïda si qui la percep passa a millor fortuna o qui la paga passa a pitjor fortuna”. La Sentència anterior d'aquesta Sala de 28 d'octubre de 2003 s'enfronta directament amb el problema de si quan el precepte diu que

la pensió compensatòria ha d'ésser disminuïda en els supòsits que esmenta el precepte, estableix sols la possibilitat de disminució de la pensió compensatòria o si permet també augmentar-la. Com no podia ésser d'altra manera, la Sentència anterior de la Sala de 28 d'octubre de 2003 fa referència a pronunciaments seus anteriors sobre la naturalesa reequilibradora de la pensió compensatòria, i per això precisa que “se n'infereix sense dubtes que la situació econòmica, d'un i altre cònjuge, que cal tenir en compte per tal de fixar el seu import és la del moment de la ruptura, sense que puguin ésser ateses circumstàncies ulteriors o sobrevingudes que suposarien l'alteració de la naturalesa de la pensió i col·locarien el deutor en un posició permanent d'inseguretat jurídica”. Aquests raonaments sembla que haurien de portar a una interpretació de l'article 84.3 del Codi de família d'acord amb la seva lletra i també d'acord amb el seu esperit, que reflecteix de forma clara la part que s'ha transcrit del fonament de dret esmentat; però després oblida el seu plantejament i estima el recurs, i el que fa en definitiva és augmentar la quantia de la pensió compensatòria, en contra d'allò que prescriu el precepte esmentat, per la via de la seva adequació per tal d'evitar posar en relleu que no fa altra cosa que augmentar la quantia de la pensió compensatòria.

Remarca la Sala en la Sentència de 28 d'octubre de 2003 que l'adequació de la pensió compensatòria, que no és altra cosa que un augment de la seva quantia, s'admet en atenció a les circumstàncies especials o extraordinàries que concorrien en el cas objecte del recurs, afirmació que fa pensar que en els altres casos el criteri de la Sala seria el d'atenir-se a les prescripcions de l'article 84.3 del Codi de família, que no admet l'augment de la pensió compensatòria. Però la Sala oblida ara el seu plantejament anterior i torna a una interpretació de l'article 84.3 del Codi de família contrària a la seva lletra i a les seves finalitats, a criteri del magistrat que subscriu, per la via de crear en cada cas excepcions imaginables al criteri prou clar que va explicitar el legislador català, amb el subsegüent risc de convertir en lletra morta el sentit del precepte o, el que pot ésser el mateix, de convertir el criteri contrari a la possibilitat d'augmentar l'import de la pensió compensatòria en una excepció que sols s'aplicarà en els casos marginals.

Des d'aquesta perspectiva, el magistrat que subscriu creu que ha de manifestar la seva opinió contrària a la de la Sala, que evidentment té el seu origen en les sentències esmentades, però que té igualment un abast més general que és oportú fer ressaltar. No deixa d'ésser significatiu que la Sentència de la Sala de 28 d'octubre de 2003 faci una referència expressa a l'article 84 del Codi de família, que sols permet disminuir l'import de la pensió compensatòria, i a l'article 100 del Codi civil, que permet modificar-la —es pot entendre— en ambdós sentits; i com que després es decideix pel criteri d'augmentar l'import de la pensió per la via d'anomenar-la *adequació*, es pot entendre que es fa l'adequació per creure's que la interpretació que proposa de l'article 84.3 del Codi de família, semblant a la que proposa l'article 100 del Codi civil, és la més ajustada a la contraposició d'interessos que es dona en aquests casos.

En qualsevol cas, i sigui quina sigui la interpretació que es considera més correcta de l'article 100 del Codi civil, el que resulta clar a criteri del magistrat que subscriu és que les normes del dret civil català s'han d'interpretar i s'han d'integrar d'acord amb els principis que informen el seu ordenament jurídic segons estableix l'article 1.II de la Compilació del dret civil de Catalunya i la seva disposició final quarta, i els principis que informen la pensió compensatòria segons el Codi de família de Catalunya i el règim econòmic de separació de béns que té darrera seu no són altres que els de no permetre l'augment de la pensió compensatòria inicialment fixada, com va reconèixer la Sala en la seva Sentència esmentada de



28 d'octubre de 2003. I si es vol argumentar que una solució semblant a la de l'article 100 del Codi pot aparèixer més justa o més equitativa, qüestió que restarà totalment al marge d'aquest vot particular per la seva inoportunitat manifesta, sols cal dir que és una qüestió que ha de resoldre el legislador català; però no mentre es mantingui la solució actual, sense que escaigui introduir arguments favorables a augmentar la quantia de la pensió compensatòria per la via indirecta de no anomenar *augment* al fet de fixar unes quantitats superiors a les establertes inicialment.

Les mateixes consideracions s'han de fer extensives a la sentència que origina aquest vot particular. Ara sols cal afegir que la tesi contrària que apareix a la sentència que origina aquest vot particular, es fonamenta en una suposició que no té cap fonamentació seriosa, com és que es va fixar l'import de la pensió compensatòria perquè l'esposa ja gaudia d'un dret d'aliments, que va perdre després de la sentència de divorci. Aquesta interrelació que estableix la sentència no té cap fonamentació seriosa i, des d'aquesta perspectiva, no sembla oportú fonamentar-se en una suposició per tal d'arribar a una tesi contrària als interessos d'una de les parts involucrades en la controvèrsia, com és la part deutora, si això a més a més comporta trencar un principi general que informa tot el dret d'obligacions, com és el principi del *favor debitoris*. I amb la precisió, encara, que després de molts anys de vigència de la normativa espanyola sobre efectes de les crisis matrimonials, hem de pensar que tots els operadors jurídics que intervenen en els litigis sobre crisi matrimonials tenen clares les diferències que indubtadament existeixen entre la pensió compensatòria i els aliments; amb la conseqüència que si en un cas determinat s'obliden o es negligeixen aquestes diferències, l'omissió no ha de repercutir sobre la part deutora. Sense que tinguin cap incidència sobre el cas que origina el vot particular les sentències anteriors de la Sala de 2 de juny i 4 de juliol de 2002, ja que consideren una problemàtica que es va plantejar de forma molt diferent.

Basant-se en les argumentacions anteriors, el magistrat que subscriu considera que esqueia estimar el recurs de cassació.

Barcelona, 15 de desembre de 2003.

**832**  
**SENTÈNCIA D'11 DE DESEMBRE DE 2003**  
*Carles A.M. / Carme M.Q.*

**Usucapió: necessitat de provar la possessió en concepte d'amo. Dret de propietat: no és suficient la constància cadastral per acreditar el dret de propietat. Diferències entre l'acció reivindicatòria i l'acció declarativa del domini. Actes propis. Mala fe processal: inexistència. Fraude de llei: requisits. Cosa jutjada: requisits**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Carlos A. M., representat davant aquest Tribunal per la procuradora Sra. Susana Pérez de Olaguer Sala i dirigit per l'advocat Sr. Julio Prat Gubau, contra la Sentència dictada per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Girona el 3 de setembre de 1999 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Figueres el 25 de març de 1998, en el procediment de judici de menor quantia núm. 363/93. La Sra. Carmen M. Q., aquí part recorreguda, ha estat representada en aquest Tribunal per la procuradora Sra. Beatriz Aizpún Sardá i dirigida per advocat.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. Ana M. Bordas Poch, en nom i representació del Sr. Carlos A. M., va formular demanda de judici de menor quantia núm. 363/93 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Figueres. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 25 de març de 1998, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Estimando la demanda interpuesta por la representación de D. Carlos A. M. debo declarar que:

"- D. Carlos A. M. es dueño, en virtud de prescripción, de la parcela IPG N° XX de la Urbanización Santa Margarita de Roses y de la vivienda existente sobre ella. En consecuencia dispongo la inscripción de dicho dominio en los libros del Registro de la Propiedad, previa cancelación, en su caso, de la inscripción registral correspondiente a dicha parcela, ya totalmente si se trata de una inscripción individual, ya parcialmente si forma parte de otra de mayor extensión.

"Condenando a la demandada, Dª. Carmen M. Q., al pago de las costas procesales causadas en la tramitación tanto de la demanda, como de la demanda reconvenzional".

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Girona, la qual va dictar Sentència amb data 3 de setembre de 1999, amb la següent part dispositiva: "Que estimando el recurso de apelación formulado por la procuradora D<sup>a</sup> Gregoria Tuébols Martínez en nombre y representación de D<sup>a</sup>. María del Carmen M. Q., contra la Sentencia de fecha 25 de marzo de 1998, dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 5 de Figueres, en los autos de menor cuantía n<sup>o</sup> 0363/93, de los que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución.

"Y desestimamos la demanda interpuesta por la representación de Don Carlos A. M. contra Dña. María del Carmen M. Q. e 'ignoradas personas que puedan ostentar cualquier derecho real o personal sobre la parcela n<sup>o</sup> XX de la Urbanización de Santa Margarita de Roses o sobre la edificación sobre ella existente', con imposición a la parte demandante de las costas generadas.

"Asimismo, estimamos la demanda reconvenicional formulada por la representación de Dña. María del Carmen M. Q. contra Don. Carlos A. M., y condenamos a este a restituir a la citada demandante en reconvenición la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Roses al tomo XXXX, libro XXX de Roses, folio XX, finca n<sup>o</sup> XXXXX, inscripción 1<sup>a</sup>, que se describe en el hecho primero de la demanda reconvenicional, con el apercibimiento de que si no lo hiciere voluntariamente, será lanzado judicialmente. Todo ello con imposición a la parte demandada en reconvenición de las costas de la misma".

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, el Sr. Carlos A. M. va interposar recurs de cassació núm. 2/2000 davant aquest Tribunal, que per interlocutòria de 28 de febrer de 2000 es va declarar incompetent a favor del Tribunal Suprem. Per interlocutòria de 10 de juny de 2003 la Sala Civil del Tribunal Suprem va declarar la competència d'aquesta Sala per a conèixer de la resta dels motius del recurs de cassació que no varen ser admesos a la interlocutòria de 4 de març de 2003. Passades les actuacions al Ministeri Fiscal, d'acord amb l'art. 1709 de la LEC de 1881, va efectuar el corresponent informe en el sentit de considerar procedent l'admissió, parcial, a tràmit del recurs interposat. Per provisió de 18 de setembre de 2003 es va traslladar a la part recorreguda per formalitzar la seva impugnació. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la celebració de vista el dia 24 de novembre de 2003, a les 11 hores del matí, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

## FONAMENTS JURÍDICS

**Primer.** Contra la Sentència de l'Audiència Provincial de Girona (Secció Segona) de 3 de setembre de 1999, la part demandant interposà el present recurs de cassació amb un abast inicial de deu motius, dels quals haurà d'examinar la Sala tan sols el primer, cinquè, sisè, setè, vuitè, novè i desè, per tal com el Tribunal Suprem ja ha inadmes, per interlocutòria ferma de 10 de juny de 2003, els motius segon, tercer i quart, en els quals es denunciaren com a infringits preceptes constitucionals.

Entrant, doncs, en el motiu correlatiu, s'observa que la crítica jurídica es focalitza en la denúncia per la infracció de l'art. 1692.3 de la LEC de 1881 per trencament de les formes essencials del judici, amb la consegüent infracció de les normes reguladores dels actes i

garanties processals, concretament en la formulació de reconvençió, per tal com qui recorre entén que la part demandada, en interposar-la, no planteja cap qüestió nova i distinta de la pretensió principal, que és la delimitadora del procés. S'invoquen per això dues sentències antigues (les de 30 d'abril de 1934 i 23 de desembre de 1935), que expressaven que “no puede existir verdadera reconvencción, aunque así la titule el demandado, si, en contraposición al problema propuesto en la demanda inicial del pleito no se plantea por el demandado una cuestión nueva al reconvenir contestando al actor”; qüestió nova que es diu inexistent perquè, en exercitar-se en la demanda una acció declarativa de domini i en la reconvençió una acció reivindicatòria, considera la recurrent que no es compleix tal requisit de diferenciació o aportació d'un element de controvèrsia nou perquè ambdues accions tenen la mateixa finalitat, a saber, el reconeixement de la titularitat d'una determinada finca.

Per a la claudicació d'aquest primer motiu de recurs basta recordar una cosa tan elemental com és la diferent naturalesa jurídica de l'acció declarativa de domini i de l'acció reivindicatòria. No pot ser ni més nombrosa ni més unívoca la jurisprudència del TS que diferencia ambdues accions ensenyant que, així com l'acció declarativa de domini (que podria també anomenar-se de *constatació de la propietat* i que no requereix que el demandat posseeixi la cosa) busca obtenir una simple declaració que l'agent és el propietari, amb el disseny de silenciar la part contrària, que, per la raó que sigui, qüestiona tal propietat o se l'arroga, l'acció reivindicatòria persegueix la recuperació de l'efectiva possessió de la cosa.

És cert que una i altra acció tenen en comú el reconeixement del dret de propietat d'un litigant, però la reivindicatòria va molt més enllà que la merament declarativa, ja que no s'atura en l'obtenció del reconeixement dominical sinó que, a més a més, pretén la recuperació de la finca.

La identitat d'accions que predica la part recurrent com a fonament del que considera una infracció essencial de les normes que regulen l'exercici de la reconvençió, és, doncs, inexistent, raó per la qual el motiu ha de decaure sense necessitat de més explicacions.

**Segon.** El motiu cinquè del recurs denuncia la infracció dels art. 7 del Codi civil i 11.1 i 2 de la Llei orgànica del poder judicial, per tal com entén el recurrent que la part contrària ha “preparat” el seu títol dominical “de manera fraudulenta i *ad hoc*”.

Respecte d'això, es raona que, havent interposat anteriorment la part demandada un judici de desnonament contra la part ara recurrent i havent-se desestimat la seva pretensió, no podia l'ara demandada procedir a atorgar, després de tal sentència, una escriptura pública de segregació i obra nova sense intervenció ni coneixement de la part recurrent.

La Sala participa enterament del que afirma la part impugnant del recurs en el sentit que “el recurrente pretende —sin que todavía hayamos salido de nuestro asombro y estupor— que una declaración de obra nueva realizada en fecha 13 de enero de 1992 respecto de una finca de la que —no podemos olvidarlo— era titular registral mi principal, no puede ser utilizada para el ejercicio de una acción reivindicatoria”.

El primer que hauria d'haver fet la part recurrent si volia continuar pel camí d'invocar un frau de llei era, almenys, esmentar quin precepte de la Llei hipotecària o de qualsevol altra norma impedeix a un titular registral la realització d'una declaració d'obra nova, o quin altre precepte obligava a fer tal declaració d'obra nova prèvia informació o vènia d'un posseïdor sense títol.

El recurrent oblida, a més, que “la buena fe, como tal valoración de conductas que en cuanto al ejercicio de los derechos establece el art. 7 del Código civil, es cuestión de hecho de la libre apreciación del juzgador de instancia en cuanto a la existencia del sustrato fáctico, aunque, como tal máxima de experiencia, permite al Tribunal de casación su revisión si el concepto jurídico deducido resulta erróneo” (S. del TS de 6 de juliol de 1993, per totes). El fet que tal error no s’hagi apreciat en el cas, porta a la claudicació del motiu.

**Tercer.** No ofereix tampoc millor alternativa el motiu sisè, en el qual s’invoca la infracció de l’art. 1252 del Codi civil i es raona que la sentència combatuda està en contradicció amb la dictada en l’anterior judici per desnonament, en el qual foren parts processals els mateixos litigants. Per a la recurrent, doncs, l’anterior resolució vinculava qualsevol tribunal posterior, de tal manera que com que la darrera resolució conté declaracions antagòniques, es vulnera el principi de *cosa jutjada*.

El motiu ha de decaure pel següent:

a) D’entrada, s’observa que aquella primera sentència dictada en l’esmentat judici sumari està lluny de pronunciar-se en els categòrics termes que apunta la recurrent, ja que utilitza expressions de caràcter dubitatiu i de simple possibilitat, i no de caràcter assertiu.

b) Tampoc es dóna la triple identitat de subjecte, objecte i causa de demanar, necessàries per apreciar la cosa jutjada, ja que la *causa petendi* del present judici –declaració i reivindicació de la propietat— és distinta de la d’un judici de desnonament, el qual té per objecte la possessió, no la titularitat dominical.

c) Els pronunciaments de la referida sentència de desnonament s’acosten més als típics *obiter dicta* que als propis d’una autèntica *ratio decidendi*, i els primers mai no constitueixen pronunciaments traslladables a un altre procés posterior amb força de cosa jutjada.

d) En definitiva cal dir que, si bé és cert que la jurisprudència més recent admet, amb les degudes cauteles, l’anomenat *efecte positiu de la cosa jutjada*, en el sentit que no es pot resoldre en un procés posterior un tema concret ja dirimit, en sentit contrari, en un plet precedent, tampoc ho és menys que l’essència de l’excepció rau en evitar preventivament decisions contradictòries; fenomen el darrer que, com s’ha assenyalat, es fonamenta en el supòsit de perfecta identitat objectiva, subjectiva i causal, que és precisament el que no concorre en el cas i el que impossibilita el resultat de sentències incompatibles entre si.

**Quart.** El setè motiu de recurs denuncia la infracció de la doctrina dels actes propis, infracció que el recurrent entén que s’ha produït perquè “la demandada no hizo constar en la aceptación de la herencia relicta por su padre (...) la obra nueva que junto con la parcela en que está construida, es objeto del presente procedimiento”, cosa que li permet afirmar que “ello implica que la demandada no ha considerado suya en momento alguno dicha vivienda (únicamente lo hace a partir del otorgamiento de la escritura del año 1992)”.

Basta per a la claudicació d’aquest motiu la consideració que, en ocasió de l’escriptura d’acceptació de l’herència del pare per part de la demandada “en ningún momento se declaran unos hechos que puedan dar lugar a la aplicación de la doctrina de los actos propios, tal como ha sido entendida por reiterada jurisprudencia. Así, la Sentencia de 28 de enero de 2000, reiterada por la de 9 de mayo de 2000, resume tal doctrina en los siguientes términos: ‘el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (*nemo potest contra proprium actum venire*), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o

de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundamentalmente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo (S. del TS de 13 de març de 2003 ).

**Cinquè.** La crítica jurídica del vuitè motiu de cassació es centra en l'art. 342 de la CDC, respecte a la qual cal significar que:

a) Malgrat que s'assenyala aquest precepte —referit a la usucapió— com a vulnerat, allò que realment sembla perseguir el recurrent amb tal censura jurídica és el reconeixement de l'existència d'una donació remuneratòria de l'immoble qüestionat en favor seu, aspecte que no té res a veure amb una norma que, com la que es diu infringida, regula un dret real.

b) En realitat, però, el que fa el recurrent en el desenvolupament d'aquest motiu és formular una sèrie de consideracions que entén que evidencien la seva condició dominical respecte a la finca litigiosa, i per això:

- Reexamina determinada documentació i extrau conclusions de la conducta processal de la demandada reconvinent, oblidant que, en el marc d'un recurs extraordinari com el present, la part no pot fonamentar la seva crítica jurídica en els mateixos documents ja valorats pel tribunal d'instància, per a substituir així amb el seu criteri, sempre més parcial, el més objectiu del jutjador.

- Fa el mateix respecte a la prova testifical, oblidant que aquesta no resulta apta a efectes revisoris en el marc cassacional, tant perquè en aquest darrer no opera el principi d'immediació com perquè aquest recurs no constitueix una tercera instància en la qual pugui el tribunal, *ex novo* i *ex totum*, procedir a una distinta valoració del material probatori.

- Insisteix en l'existència d'actes propis de la demandada reconvençional en un sentit favorable als seus interessos, sobre la qual cosa, a més de reproduir la Sala tot el ja manifestat respecte a l'apoteigma *adversus factum qui venire non potest*, ha de recordar que la sentència combatuda ressenya que “no existe la más mínima prueba documental acreditativa de la condición de dueño del empleado ocupante de la finca, obrando, sin embargo, prueba documental acreditativa de la posesión en concepto distinto del de dueño (contrato de 1960), que el demandante Sr. A. ha tratado de desvirtuar, primero, negando su firma en el contrato y después generando confusión con otras supuestas fincas a las que el contrato se referiría, sin que exista evidencia alguna de lo que dice, en contradicción de lo que se desprende meridianamente del propio contrato” i que tampoc hi ha constància sobre que “se produjese una mutación unilateral del *animus possidendi* y, por aplicación del art. 436 del CC ha de presumirse que la posesión del actor la ha seguido disfrutando en el mismo concepto en el que la adquirió, al no existir prueba de lo contrario, por lo que ha de concluirse negando la concurrencia de los requisitos exigidos por la legislación calatana para la prescripción adquisitiva” (fonament jurídic cinquè); realitat probatòria, la de la sentència combatuda, que continua incòlume, per tal com el recurrent ni tan sols no ha denunciat la infracció de precepte valoratiu de la prova.

El motiu, doncs, ha de decaure.

**Sisè.** No espera pas una altra alternativa al novè, en el qual es tornen a citar com a infringits l'art. 7 del Codi civil i l'11.1 i 2 de la LOPJ i s'adueix de bell nou l'existència de mala fe en la demandada.

Més en concret, es diu que ha existit:

a) Una “refinada mala fe processal” per:

1r) Haver ocultat la part contrària l'existència de l'anterior procés de desnonament, cosa del tot incerta, ja que basta la lectura de l'escrit de contestació a la demanda (fet primer) per adonar-se que es reconeix explícitament aquest particular quan s'afirma literalment que “a efectos de prueba se admite la autenticidad de las copias de las sentencias recaídas en las dos instancias del juicio de desahucio, que la contraria aportó a los autos”.

2n) No haver atorgat l'escriptura d'obra nova al mateix temps que les escriptures de manifestació d'herència i per haver-ho fet després del judici de desnonament, aspecte ja tractat suara i sobre el qual no ha de reiterar-se aquest Tribunal.

b) Continua la recurrent analitzant en aquest motiu determinada documentació per a concloure'n no només l'error en la valoració probatòria per part del Tribunal *a quo*, sinó la inducció a tal error, producte de la mala fe de la demandada i actora reconvençional, sobre la qual cosa basta significar que:

1r) Com abans s'ha dit, la part recurrent no ha esmentat com a infringit cap precepte valoratiu de la prova, per la qual cosa difícilment por referir-se ara a una errònia valoració d'aquesta pel Tribunal *a quo*.

2n) No es pot invocar l'existència de mala fe (art. 7 del Codi civil) o frau de llei (art. 6 del mateix codi —per cert, no citat com a infringit) sense especificar o raonar convincentment quines regles de la bona fe s'han vulnerat, quines proves s'han obtingut violentant drets fonamentals o, en fi, quin acte s'ha efectuat a l'empara d'una norma (llei de cobertura) per vulnerar-ne una altra de caràcter imperatiu o prohibitiu (norma defraudada); sobretot atès que no es poden presumir ni el frau de llei ni la mala fe .

3r) Ja s'ha dit més amunt que, almenys en l'aspecte purament fàctic, la bona fe, com a valoració de conductes en l'exercici dels drets, és qüestió de fet de la lliure apreciació del tribunal d'instància, raó per la qual només pot tenir seu cassacional en supòsits excepcionals, que, per descomptat, no es donen en el cas.

El motiu s'ha de desestimar.

**Setè.** El mateix caldrà dir del desè i darrer, en el qual es denuncia la infracció de l'art. 348 del Codi civil.

Es diu, en síntesi, que la constància d'una condició dominical en el cadastre no és suficient per acreditar la propietat d'un bé immoble i que la sentència combatuda ha acollit la demanda reconvençional només sobre la base de l'escriptura de 1992.

Basta, per al refús del motiu, recordar els termes de la sentència de l'AP, que per a la seva declaració de procedència de l'acció reivindicatòria exercitada en reconvençió per la demandada no es fonamenta en l'únic pilar representat per l'esmentada escriptura, sinó en tot el conjunt probatori, efectuant una detallada descripció i valoració concernents als tres elements sempre necessaris per a l'èxit de l'acció reivindicatòria, a saber, títol, identificació de la finca i possessió d'ella pel demandat.

I respecte al títol, no es contrau l'AP a esmentar l'escriptura d'obra nova de 1992, sinó que també fa referència “al instrumento público de segregación de una finca de superior cabida que le pertenece por herencia de su padre. Además se aporta certificación registral

donde se indica la inscripción a nombre de Dña. María del Carmen M. Q. por el título de herencia, de la finca XXXX, al folio XXX, del libro XX de Roses, del tomo XXXX al margen de cuya inscripción tercera aparecen cuatrocientas setenta y nueve notas de segregación y, entre ellas, se encuentra la referente a la finca litigiosa, lo que concede a la actora la presunción de legitimación del art. 38 de la Ley hipotecaria”. I continua dient que “en cuanto a la posesión o tenencia de la cosa por el demandado en reconvencción es clara, lo mismo que lo es la carencia de título que ampare dicha detentación, pues el Sr. A. M. accedió a la finca y a las viviendas que ocupa en su condición de guarda jurado del titular, D. Miguel M., y como consecuencia de la relación laboral en su día existente”.

A això només cal afegir-hi que “conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, corresponde al tribunal de instancia apreciar como cuestión de hecho el título legítimo de dominio y la identificación de la finca reivindicada, así como la detentación de las cosas que son objeto de la acción” (per totes, Sentència de 10 d’octubre de 1991), aspectes complets a bastament per la sentència combatuda, que, per tant, ha de ser confirmada, amb desestimació també d’aquest darrer motiu i, amb ell, de tot el recurs.

**Vuitè.** La desestimació del recurs comporta la imposició de les costes a la part recurrent, d’acord amb l'article 1715 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix que desestima el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Carlos A. M. contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Girona (Secció Segona) de 3 de setembre de 1999, en el rotlle d'apel·lació núm. 0504/1998, derivat del procediment núm. 0363/03 del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 5 de Figueres, amb imposició de les costes d'aquesta alçada a la part recurrent.

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



**833**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 15 DE DESEMBRE DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials i per tractar-se de normes de vigència inferior a cinc anys: improcedència**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Primer.** La representació processal de la Sra. Josefina O. D. va interposar recurs de cassació contra la Sentència de data 12 de juny de 2003 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona en el rotlle d'apel·lació núm. 182/03.

**Segon.** Per provisió de data 17 de novembre passat i d'acord amb el que disposa l'article 483.2 de la LEC, es va traslladar a les parts per un termini comú de deu dies per tal d'efectuar les alegacions escaients davant la possibilitat de concórrer causa d'inadmissió en el recurs interposat. Les parts han presentat els seus corresponents escrits.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** S'ha d'establir en primer lloc la competència d'aquesta Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs de cassació interposat per la representació processal de la senyora Josepa O. i D., contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona el dia 12 de juny de 2003, d'acord amb allò que preveu l'article 484 de la Llei d'enjudiciament civil, ja que en els motius de cassació s'al·lega infracció de preceptes del dret civil de Catalunya (article 478.II de la Llei processal civil esmentada).

**Segon.** Sobre la base de l'escrit d'interposició del recurs de cassació i de les alegacions fetes per les parts recurrents, i recorreguda en el tràmit de l'article 483.3 de la Llei d'enjudiciament civil, considera la Sala que escau inadmetre el recurs de cassació en virtut de les argumentacions següents:

A) En primer lloc, i pel que fa referència a la temporalitat de l'atribució de l'ús del gaudiment de l'habitatge familiar, la seva manca d'interès cassacional es deriva del fet que, segons l'article 483.2.3r de la Llei d'enjudiciament civil, manca l'interès cassacional si la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Autònoma ha establert jurisprudència sobre la matèria, i la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ja s'ha pronunciat sobre la temporalitat de l'atribució de l'ús del gaudiment de l'habitatge familiar en les seves sentències de 22 de setembre i 6 de novembre d'aquest any 2003, amb la conseqüència, doncs, que no es pot apreciar l'existència d'interès cassacional per manca de jurisprudència d'aquesta Sala.

B) Al·lega també, la part que recorre en cassació, que el recurs presenta interès cassacional pel fet d'existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials de Catalunya quant al criteri que s'ha d'emprar per a decidir l'atribució de l'ús del que fou domicili familiar a un o altre cònjuge i quant a la limitació de l'ús temporal. Respecte a aquesta darrera qüestió, ja s'ha posat en relleu fa uns moments que la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ja s'ha pronunciat sobre la matèria en les sentències esmentades, amb la conseqüència que no es pot fonamentar l'interès cassacional en l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials si manca l'interès jurisprudencial perquè existeix jurisprudència d'aquesta Sala. I pel que fa a l'aspecte del recurs sobre criteris a emprar per a determinar l'atribució de l'ús del que fou el domicili familiar a un o altre cònjuge per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials de Catalunya, s'observa que la part que recorre fonamenta l'interès cassacional en una real o suposada contradicció de la sentència contra la qual interposa recurs de cassació amb les sentències que esmenta de la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona; però aquesta via no es pot considerar escaient per a fonamentar el recurs basat en l'interès cassacional, ja que aquest no s'ha de fonamentar en una real o suposada contradicció de la sentència recorreguda amb sentències d'una altra audiència provincial, sinó — com ha precisat de forma reiterada aquesta Sala — en l'existència de contradicció entre dues o més sentències d'una audiència provincial i dues o més sentències d'una altra audiència provincial (en aquest mateix sentit es pronuncia la Interlocutòria del Tribunal Suprem de 9 d'abril de 2002), requisit que no es compleix en el cas que ara s'ha de resoldre.

C) La part que recorre al·lega, així mateix, que fonamenta el seu recurs de cassació basat en l'interès cassacional en el fet que el basteix sobre preceptes del dret civil de Catalunya que tenen menys de cinc anys de vigència. Fins i tot si s'admet que aquest aspecte de l'interès cassacional és aplicable també al recurs de cassació que s'interposa davant les sales civils dels tribunals superiors de justícia de les comunitats autònomes, ens trobem que en aquest punt la part que recorre vol fonamentar l'interès cassacional en una nova valoració dels fets i de les proves practicades en les quals l'Audiència Provincial de Girona fonamenta la seva decisió contrària a les pretensions del recurrent. Aquest concepte és molt diferent de l'interès cassacional i, per tant, no s'ha de confondre amb la possibilitat de recórrer en cassació una resolució determinada, ja que això suposaria desnaturalitzar el recurs de cassació basat en l'interès cassacional, que exigeix sempre la concurrència de circumstàncies que transcendeixin l'interès de les parts.

**Tercer.** L'escrit de la part que recorre no ofereix cap argument estimable per a modificar el criteri de la Sala favorable a la inadmissibilitat del recurs de cassació per les raons esmentades, circumstància que determina la imposició de les costes a la part recurrent (articles 398 i 394 de la Llei d'enjudiciament civil).

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit que ha d'inadmetre el recurs de cassació que ha interposat el procurador dels tribunals senyor Lluís Martínez i Ferrer, que actua en nom i representació de la senyora Josepa O. i D., contra la Sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Girona el dia 12 de juny de 2003 en el rotlle 182/2003, amb imposició de costes a la part recurrent.

Contra aquesta interlocutòria no escau recurs de cap mena.

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

**834**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 15 DE DESEMBRE DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats/ades:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Se n'ha donat compte. Uniu els escrits anteriors de les procuradores Sra. Lleal i Sra. Tor; es tenen per efectuades les manifestacions que s'hi contenen; i

**FETS**

**Primer.** En una diligència de data 10 d'octubre passat, es va fer constar que s'havien rebut en aquesta Sala les actuacions del rotlle d'apel·lació núm. 1118/02 de la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona i les actuacions núm. 591/01 del judici verbal del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Sabadell, per tramitar el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. José S. G. i de la Sra. Maria G. P. contra la Sentència de 5 de maig de 2003 dictada per la Secció esmentada.

**Segon.** En una provisió de 3 de novembre darrer es va posar de manifest a les parts personades la possible causa d'inadmissió del recurs de cassació per interès cassacional ja que "no en pot ser objecte la revisió de la valoració de la prova realitzada per la Sala d'instància"; i dins del termini que se'ls va concedir van presentar ambdues parts sengles escrits en què han fet les al·legacions que han estimat escaients.

Actua com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Aquest Tribunal és competent per pronunciar-se sobre l'admissió del recurs de cassació d'acord amb allò que assenyalen l'art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial i l'Estatut d'autonomia de Catalunya, per tal com versa sobre la Llei catalana 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions i les relacions de veïnatge.

**Segon.** La part recurrent fonamenta el recurs de cassació en la seva consideració "que la valoració de la prueba realizada por la Sala de Instancia, debe ser revisada en casación en

cuanto que la misma resulta ilógica, absurda y contraria a la ley”, ja que, al seu entendre, “la sentencia recurrida llega a conclusiones totalmente al margen de las valoraciones emitidas por los testigos, así como de las pruebas documentales adjuntas a los autos (las fotografías por las que se identifican las fincas de los litigantes” (els subratllats són del recurs).

I que “en el presente caso la valoración efectuada por la Sala de instancia resulta contraria a lo realmente expuesto por los testigos” (*sic*).

I, seguidament, desenvolupa allò que, a parer seu, “ha quedado acreditado por haberlo así reconocido ambas partes”; exposa el que “el Sr. Miguel Lara Iglesias, electricista que se encargó de instalar el poste eléctrico, manifestó en reiteradas ocasiones”; assenyala el que “el promotor de las fincas, Francisco N. D., manifestó”, etc., i pretén que aquest Tribunal faci una nova valoració d’aquestes proves testificals i documental (de les fotografies esmentades), oblidant que no correspon a aquesta Sala en el recurs de cassació fer una nova valoració de les proves ni efectuar-ne la revisió. I com que la vulneració de l’art. 22 de la Llei catalana núm. 13/1990, que s’invoca com a base del recurs, té com a premissa prèvia una nova apreciació de les proves practicades diferent de la realitzada per la Sala *a quo*, cosa que no pot fer el Tribunal de cassació, escau decretar la inadmissió del que aquí s’ha formulat, amb imposició de costes als recurrents.

Atès el que s’ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

No admetre aquest recurs de cassació, declarar ferma la sentència que n’era objecte i imposar les costes als recurrents.

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

**SENTÈNCIA DE 15 DE DESEMBRE DE 2003***Residencias Costa Daurada, SA / Francesc C.M. i una altra*

**Rescissió per lesió en més de la meitat del preu just: ineficàcia de la renúncia a l'exercici de l'acció rescissòria. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació: no escau quan s'invoca infracció de preceptes sobre valoració de la prova**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Francisco C. M. i de la Sra. Celia A. H., representats davant aquest Tribunal per la procuradora Sra. Carmen Fuentes Millan i dirigits per l'advocat Sr. Ignacio Esquirol Zuloaga, contra la Sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona el 15 d'abril de 2003 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 2 del Vendrell el 3 de març de 2002, en el procediment de judici de menor quantia núm. 227/98. L'entitat Residencias Costa Daurada, SA, aquí part recorreguda, ha estat representada en aquest Tribunal pel procurador Sr. Alfonso Lorente Pares i dirigida per l'advocat Sr. Manuel Serra Domínguez.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** La procuradora Sra. Maria Escude Pont, en nom i representació de l'entitat Residencias Costa Daurada, SA, va formular demanda de judici de menor quantia núm. 227/98 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 2 del Vendrell. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 3 de març de 2003, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Escude Pont, en nombre y representación de la entidad mercantil Residencias Costa Daurada, SA, declarando en primer lugar no haber lugar a la acción de nulidad por intereses usuarios entablada, pero decretando a continuación haber lugar a la acción de rescisión por lesión planteada, y condenando a los demandados D<sup>o</sup>. Francisco C. M. y D<sup>a</sup>. Celia A. H., a estar y pasar por esta declaración, correspondiendo a estos últimos optar entre la rescisión del contrato celebrado ante fedatario público en fecha 15 de noviembre de 1995 entre las partes contratantes y que tenía por objeto la finca registral inscrita en el Registro de la Propiedad de Calafell, tomo XXXX, libro XXX, folio

XXX, finca número XXXX, consistente en un edificio destinado a hotel-residencia, y por el cual se pagó el precio de 32.138.723 ptas., por lo que cada una de las partes deberá devolver a la otra aquello que hubiera entregado en virtud del contrato celebrado, o bien completar el precio pagado con el importe de la lesión causada conforme el precio justo del inmueble, de acuerdo con la tasación efectuada por el perito judicial. En el supuesto de que los demandados opten por la rescisión del contrato, deberá acordarse la cancelación de la inscripción del contrato de compraventa con pacto de retro registrada en el Registro de la Propiedad, librándose el oportuno mandamiento con testimonio de la resolución. Finalmente debo condenar y condeno a los codemandados a pagar las costas causadas en la presente instancia”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, ambdues parts van interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona, la qual va dictar Sentència amb data 9 de juliol de 2001, amb la següent part dispositiva: “Debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso deducido por la entidad Residencias Costa Daurada, SA, y haber lugar al recurso deducido por Don Francisco C. M. y Doña Celia A. H. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de El Vendrell en fecha tres de marzo de 2000, en autos de juicio de menor cuantía número 227/98, cuya resolución debemos revocar y revocamos, y desestimándose la demanda, debemos absolver y absolvemos a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra, con imposición a la demandante de las costas de instancia. Y, sin imposición de costas del recurso deducido por los demandados, y con expresa imposición a la actora de las costas de su recurso”.

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, l'entitat Residencias Costa Daurada, SA, va interposar recurs de cassació i extraordinari per infracció processal que es va tramitar davant aquest Tribunal amb el número 55/2001, en el qual va recaure Sentència en data 11 de febrer de 2002, amb la següent part dispositiva: “Que hem de desestimar els cinc primers motius del recurs de cassació i el motiu primer del recurs extraordinari per infracció processal i hem d'estimar el motiu segon del recurs extraordinari per infracció processal que ha interposat el procurador del tribunals senyor Lluís Colet i Panadés, que actua en nom i representació de Residència Costa Daurada, SA, i decretem que s'han de retornar les actuacions a la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona per tal que resolgui les qüestions que s'han de sotmetre a la seva decisió segons el fonament de dret vuitè d'aquesta resolució, sense fer una condemna expressa de costes del recurs de cassació ni en les instàncies inferiors”.

A conseqüència de l'anterior resolució l'Audiència de Tarragona amb data 15 d'abril de 2003 va dictar nova resolució del següent tenor: “Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad Residencias Costa Daurada, SA, y debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Francisco C. M. y la Sra. Celia A. H., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Vendrell en fecha 3 de marzo de 2000, y en consecuencia efectuamos los siguientes pronunciamientos:

“a) Que debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Vendrell en fecha 3 de marzo de 2000.

“b) Imponemos las costas de sus respectivos recursos a los recurrentes.”

**Quart.** Contra aquesta sentència el Sr. Francisco C. M. i la Sra. Celia A. H. han interposat aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 13 de novembre de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 4 de desembre de 2003, en què es varen celebrar.

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

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Són antecedents de referència obligada per tal d'assolir un correcte enjudiciament del tema debatut, els següents:

A) La demanda que originà el present litigi va ésser presentada per l'entitat Residencias Costa Daurada, SA, i es va dirigir contra els senyors Francisco C. M. i Celia A. H., i en l'esmentada demanda hom exercia dues accions esgrimides de forma subsidiària. La principal era una acció de nul·litat de la compravenda amb pacte de recuperar, atorgada el dia 15 de novembre de 1995 davant la notària de Barcelona senyora Catalina Nadal Reus, en la qual ostentà el caràcter de venedora l'entitat Residencias Costa Daurada, SA, i com a compradors figuraren els demandats senyors Francisco C. i la seva esposa senyora Celia A. H. La finca objecte del contracte de compravenda era una finca urbana: "edifici hotel", situada a la urbanització de Segur de Calafell.

En la demanda s'afirmava que el contracte de compravenda era un contracte simulat que encobria un préstec dissimulat, i que aquest préstec havia de ser titllat d'usurari, per mor que del preu de la compravenda, a saber, 29.700.000 pessetes, en realitat 15.000.000 de pessetes eren la quantitat vertaderament prestada, i els interessos pujaven fins a la elevada suma de 14.700.000 pessetes.

De forma subsidiària, com s'ha avançat, s'exercia en la demanda una acció de rescissió per lesió *ultra dimidium*, regulada en l'article 321 de la Compilació catalana, ja que s'entenia que la venedora havia sofert lesió en més de la meitat del preu just, i a efectes probatoris s'aportava en la demanda el dictamen d'un expert del qual es desprenia que la finca valia, en el temps de ser transmesa, molt més del que en varen pagar els compradors.

B) La sentència dictada en primera instància rebutjà l'acció de nul·litat per ostentar el préstec a què s'ha fet al·lusió el caràcter d'usurari, després de declarar, a la lletra: "la parte actora considera que estamos ante un negocio fiduciario en el que el fiduciante, o sea Residencias Costa Daurada, SA, efectuó como atribución patrimonial la venta del hotel, en cuantía de un préstamo concedido por el fiduciario, o sea los Sres. C. y A. Sin embargo no presenta ningún tipo de prueba que acredite la realidad del mismo".

Tot seguit, la sentència de primera instància considerà, en canvi, provat que el preu pel qual va ésser venut l'immoble litigiós era molt inferior a la meitat del seu preu just i, consegüentment, va estimar l'acció rescissòria per lesió exercida, condemnant els compradors a la rescissió del contracte, amb la possibilitat prevista per la Llei de completar el preu.

C) Contra la sentència dictada en primera instància varen recórrer en apel·lació ambdues parts litigants. Residencias Costa Daurada, SA, demanava que s'estimés la demanda principal i que, en cas contrari, es mantingués la rescissió per lesió, però amb expressa declaració que encara que la venedora recuperés la finca, no havia de tornar el preu perce-



but, atès que, segons deia , ja l'havia tornat. Per la seva banda, el senyor Francisco C. M. i la senyora Celia A. H. pretenien en el recurs d'apel·lació el rebuig íntegre de la demanda, i ressaltaven que per part de l'administrador de la companyia actora s'havia renunciat a l'acció de rescissió per lesió en moment oportú.

La sentència de l'Audiència, després de declarar que “efectivamente consta documento de 17 de junio de 1997 por el que el administrador Don Carlos H. R. en el que se dice que renuncio en mi calidad de administrador a la acción rescisoria *ultra dimidium*”, va rebutjar el recurs d'apel·lació plantejat pels demandants i, en canvi, acollí l'esgrimit pels demandats, per la qual cosa els va absoldre de la demanda principal.

D) Presentat recurs de cassació i per infracció processal contra l'avantditada resolució, va ser dictada Sentència per aquest Tribunal Superior de Justícia, amb data 11 de febrer de 2002, en la qual es deixava palesa la càrrega processal de les parts litigants d'aportar amb els escrits de demanda o contesta els documents en què fonamentessin el seu dret. En relació amb això, en la sentència es posava en relleu que en primera instància el senyor Carlos H. R. havia aportat una acta notarial després de la demanda, i en el recurs d'apel·lació s'havien admès també noves proves documentals; per tant, aquest Tribunal declararà que es tractava de proves aportades i admeses irregularment i ordenà a l'Audiència dictar nova sentència sense tenir en compte els documents aportats de forma contrària a dret.

E) Davant del que va decidir aquest Tribunal Superior de Justícia, l'Audiència dictà nova resolució en la qual desestimà tant el recurs d'apel·lació interposat per la demandant com el sostingut pels demandats, cosa que suposà la confirmació de la sentència dictada en primera instància, que, com es sabut, declararà la rescissió per lesió *ultra dimidium*.

**Segon.** Contra la nova resolució dictada per l'Audiència hi interposen recurs de cassació els demandats senyor Francisco C. M. i senyora Celia A. H., i en el primer motiu de recurs denuncien com a infringit l'article 322 de la Compilació del dret civil de Catalunya, que regula l'acció de rescissió per lesió que ara es tracta i diu, en l'aspecte que interessa: “Solament serà renunciable després de celebrat el contracte lesiu, llevat a Tortosa i al seu antic territori, on la renúncia es podrà fer en el mateix contracte”.

Tot seguit la part recurrent aprofita per afirmar que consta en les actuacions una acta notarial de 10 de març de 1999, en la qual el que havia estat administrador de Residencias Costa Daurada, SA, fins al 8 de febrer de 1999, afirma que el 15 de novembre de 1995 va atorgar un contracte de compravenda amb pacte de retro, en el qual es va fixar com a termini màxim per exercir el susdit pacte el 15 de març de 1997; que arribats a aquesta data els compradors no havien retornat cap quantitat, i que ratifica la renúncia a la rescissió.

Els recurrents també esmenten que al seu entendre és irrellevant que les manifestacions les hagués fet el senyor H. quan ja no ostentava la qualitat d'administrador de la demandant.

Per altra banda, en el motiu de recurs també es fa expressa al·lusió al fet que en una acta de 22 de febrer de 2000 el senyor H. insistís novament en la renúncia qüestionada. Igualment el motiu de recurs considera que cap transcendència tenen les manifestacions fetes pel senyor H. en una acta notarial d'onze de maig de 2000, en la qual es diu que l'afirmació d'haver renunciat a l'acció rescissòria a què s'al·ludia en les actes descrites es feu sota pressions i amenaces agreujades per mor del seu precari estat de salut.

Com es desprèn de les consideracions anteriors, el recurs de cassació està mancat d'una mínima tècnica cassacional, ja que la part recurrent parteix d'uns fets provats derivats d'una apreciació parcial i interessada de l'activitat probatòria practicada en el curs de les actua-

cions, mentre que és sabut que en el recurs de cassació, del que es tracta és d'acomplir una funció nomofilàctica d'interpretació i aplicació amb correcció de les normes jurídiques, i que la valoració probatòria queda ben allunyada de la funció cassacional.

Aquesta Sala ha dit en reiterades sentències que en el recurs de cassació hom ha de partir de la intangibilitat dels fets declarats provats per les audiències i que l'intent d'acollir uns fets provats distints és una actuació vedada en el grau cassacional, coneguda com *fer supòsit de la qüestió*.

Des de l'anterior perspectiva, resulta d'interès ara fer ressaltar que l'Audiència declarà com a provat el següent: "De toda la prueba practicada y respecto a la posible renuncia, no puede desprenderse, tal y como sostienen los recurrentes, que por la mercantil actora se renunciara al ejercicio de la acción rescisoria, puesto que de todas las manifestaciones realizadas por el señor H. lo único que puede concluirse es que no puede otorgárseles validez alguna ya que se contradice continuamente, sin que ninguna de ellas merezca mayor credibilidad que otras, ya que no puede otorgarse mayor veracidad a una parte de sus declaraciones y descartar las otras por contener falsedades, según se alegó en el acta de la vista, máxime cuando las efectúa una persona que comparece ostentando cargos que no ostenta y manifestando coacciones y amenazas que no constan denunciadas, sorprendiendo como, si efectivamente existió renuncia a la acción rescisoria y ésta se efectuó en el año 1997 ya que además, según exponen los demandados en sus escritos, estaba debidamente documentada, esta no se acompañó ni en la contestación a la demanda, ni en debida forma en esta segunda instancia, y por todo ello solo cabe concluir que no consta acreditada la renuncia a la acción por rescisión y que por tanto la apelación en dicho extremo debe ser desestimada, debiendo confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia".

D'acord amb les precisions remarcades més amunt, les afirmacions de l'Audiència han de vincular aquest Tribunal de cassació, i és escaient fer expressa referència a dos factors que ara resulten rellevants: *a)* que les consideracions transcrites de l'Audiència es deriven de les exigències forjades per aquesta mateixa Sala en la Sentència d'11 de febrer de 2002 a què s'ha fet al·lusió en els antecedents històrics d'aquesta resolució, i *b)* que les conclusions de l'Audiència s'han de catalogar com a lògiques i encertades i, per tant, exclouen qualsevol intent d'ésser titllades d'arbitràries o errònies.

Corol·lari de les fonamentacions exposades és el rebuig del motiu del recurs i la confirmació en aquest punt de la sentència combatuda.

**Tercer.** Els motius segon, tercer i quart del recurs de cassació s'han de tractar conjuntament pel fet que tots tres tenen un vici de caràcter no esmenable que ha de conduir al seu rebuig.

En el segon motiu de recurs els recurrents denuncien com a infringit l'article 217 de la Llei d'enjudiciament civil, que tracta de la càrrega de la prova; en el tercer motiu de recurs els recurrents denuncien com a infringit l'article 376 de la mateixa llei processal, que s'ocupa de la "valoració de les declaracions de testimonis"; finalment, en el quart i darrer motiu de recurs els recurrents denuncien com a infringit l'article 319 de la Llei d'enjudiciament civil, que fa referència a la "força probatòria dels documents públics".

Els motius de recurs no poden reeixir perquè, com ha dit ja de forma reiterada aquesta Sala, les infraccions de preceptes processals queden al marge del recurs de cassació i han de ser tractades en seu del recurs extraordinari per infracció processal, ja que el recurs de cassació se centra en la funció nomofilàctica en relació amb els preceptes de dret substantiu.

Però el que és més greu i escau posar de manifest és que els recurrents, sota la capa de denunciar els preceptes processals més amunt esmentats, el que realment pretenen és una nova valoració de la prova, possibilitat que, com s'ha dit, queda fora del grau cassacional.

Els anteriors raonaments comporten que aquesta Sala hagi d'acudir a les afirmacions contingudes en la sentència de primera instància que són ratificades en aquest punt per l'Audiència: "Con respecto a la valoración del precio del inmueble objeto de la compra-venta, destacar que el informe aportado con la demanda cifró dicho precio en 136.518.686 ptas., según valoración efectuada por el arquitecto, agente de la propiedad inmobiliaria Pere González Nebreda; por otra parte en el dictamen pericial de la prueba de tasación instada por la actora, se estableció un valor de 121.734.279 ptas., según el arquitecto técnico Antoni Cardo Guinaldo. En cualquier caso, y según ambas tasaciones, es notorio que el precio por el que se vendió el inmueble fue inferior a la mitad de su valor real o valor de mercado, por lo que procede estimar la lesión en más de la mitad del precio justo".

Aquestes darreres afirmacions condueixen a la conclusió irrefutable que l'article 321 de la Compilació catalana esdevé aplicable al supòsit debatut sense cap gènere de dubtes ni cap possibilitat de fer-hi objeccions, ja que la diferència entre el preu just i el preu satisfet és notòria, per la qual cosa s'imposa el rebuig del recurs de cassació i la confirmació de la sentència recorreguda.

**Quart.** D'acord amb el que preveu l'article 398 de la Llei d'enjudiciament civil, les costes d'aquest procediment s'han d'imposar a la part recurrent.

Vistos els preceptes esmentats i altres de general i pertinent aplicació,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de cassació interposat per la procuradora Sra. Carmen Fuentes Millán en representació del Sr. Francisco C. M. i de la Sra. Celia A. H. contra la Sentència de data 15 d'abril de 2003 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Tarragona, rotlle d'apel·lació 375/00, la qual confirma íntegrament, amb imposició de les costes causades a la part recurrent.

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

**836**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 18 DE DESEMBRE DE 2003**

**Recurs de cassació: desistiment**

President:  
Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu  
Magistrats/ades:  
Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté  
Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

**FETS**

**Primer.** La representació processal de la Sra. Rosa M. C. va interposar recurs de cassació contra la Sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 1232/97.

**Segon.** Mitjançant un escrit presentat en data 7 de novembre de 2002, ambdues parts van sol·licitar l'arxivament del procediment per haver arribat a un acord extrajudicial. Les parts s'han ratificat en l'escrit esmentat.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**RAONAMENTS JURÍDICS**

**Únic.** Vist el que es manifesta a l'escrit presentat en data 7 de novembre de 2002 i atesa la ratificació de les parts, d'acord amb el que disposa l'art. 22 de la Llei d'enjudiciament civil, escau l'arxivament de les actuacions sense fer imposició de les costes causades.

**PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit arxivar el present recurs de cassació interposat per la representació de la Sra. Rosa M. C. contra la Sentència de data 17 de maig de 1999 dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 1232/97, sense fer imposició de les costes causades.

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

837  
**INTERLOCUTÒRIA DE 18 DE DESEMBRE DE 2003**

**Qüestió de competència territorial derivada d'una demanda d'elevació a escriptura pública d'un document privat: competència de l'organisme jurisdiccional del domicili del demandat**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**ANTECEDENTS DE FET**

**Únic.** El Jutjat de Primera Instància número 5 d'Arenys de Mar ha tramès a aquesta Sala tots els antecedents referents al conflicte negatiu de competència territorial suscitat entre aquell jutjat i el d'igual classe núm. 1 de Sant Feliu de Guíxols, per a conèixer del judici ordinari núm. 47/2003 d'aquest darrer jutjat.

Actua com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté.

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** Aquesta interlocutòria s'haurà de limitar únicament i exclusiva, d'acord amb allò que disposa l'art. 60.3 de la LEC, a resoldre el conflicte negatiu de competència territorial plantejat entre el Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Sant Feliu de Guíxols en el procediment ordinari núm. 47/2003, i el d'igual classe núm. 5 d'Arenys de Mar (núm. de registre 514/2003), per tal com el primer s'ha declarat territorialment incompetent per a conèixer de l'esmentat procediment núm. 47/2003 a favor del darrer jutjat perquè, segons criteri d'aquell, la demanda del litigi “versa sobre el derecho de propiedad de un inmueble situado en Pineda de Mar”. Entén que “el derecho de propiedad es el derecho real por excelencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que —diu— las cuestiones sobre el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles deberán dilucidarse dentro del partido judicial donde se encuentre el referido inmueble, siendo que en el caso concreto, el bien se encuentra fuera del partido judicial”; afegeix que “el único vínculo supuestamente existente con este partido judicial, es el domicilio de uno de los demandados, (...) siendo que la sociedad codemandada tiene su domicilio social en la ciudad de Barcelona, y siendo además que el bien inmueble sobre el que versa el litigio **de la propiedad, se encuentra en Pineda de Mar, este Juzgado, apreciando de oficio la falta de competencia territorial, se declara incompetente para conocer del presente procedimiento,**

**remitiendo los autos al Juzgado Decano de Arenys de Mar, para su reparto correspondiente**” (la negreta és de la Sala).

I fet el repartiment al Jutjat núm. 5 d’Arenys de Mar, aquest va rebutjar la competència i no va acceptar la inhibició del Jutjat de Sant Feliu. Això ha donat lloc que aquesta Sala ara hagi de resoldre aquest conflicte segons el que disposa l’art. 60.3, ja esmentat, de la LEC; sense que la nostra resolució pugui fer al·lusió ni referència a l’altra qüestió relativa a l’acumulació del procediment ordinari esmentat (núm. 47/2003 de Sant Feliu) al procediment també ordinari núm. 205/2003 del Jutjat núm. 2 d’Arenys de Mar, ja que aquest darrer no és part de l’actual conflicte territorial ni la qüestió de l’acumulació pot ser objecte d’aquesta resolució.

**Segon.** La demanda que ha donat lloc al procediment núm. 47/2003 del Jutjat núm. 1 de Sant Feliu (motiu de l’actual conflicte negatiu de competència territorial entre aquell jutjat i el núm. 5 d’Arenys de Mar) sol·licita en el seu *demano* que el jutjat esmentat de Sant Feliu “sirva dictar sentencia por la que:

“1º) Se declare la obligación de la mercantil RUVEA, SA, a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa de la plaza de parking nº XX de la finca sita en la planta sótano del edificio de Pineda de Mar, c/ XXXX, nº XX, esquina a avda. XXXX, directamente a favor de mi representada la Sra. A., otorgándose dicha escritura de oficio por el Juzgado si fuera necesario.

“2º) Se condene al Sr. Carlos José P. S. a estar y pasar por la anterior declaración.

“3º) Se impongan las costas a los demandados en caso de oponerse a la presente demanda.

“Subsidiariamente, y en caso de que el juzgador considerara que no procede otorgar la escritura de compraventa directamente a favor de mi representada, se solicita se dicte sentencia por la que:

“1º) Se declare la obligación de la mercantil RUVEA, SA, a otorgar la escritura de compraventa de la citada plaza de parking nº 13 a favor del Sr. Carlos José P. S., otorgándose la escritura de oficio por el Juzgado si fuera necesario.

“2º) Se declare la obligación del Sr. Carlos José P. S. a otorgar la correspondiente escritura de compraventa de la plaza de parking a favor de mi representada Sra. A., otorgándose de oficio por el Juzgado si fuera necesario.

“3º) Se acuerde que ambas escrituras se otorgarán en unidad de acto.

“4º) Se impongan las costas a los demandados en caso de oponerse a la presente demanda”.

I els fonaments de dret substantius que addueix aquella demanda per fer les peticions anteriors són els “artículos 1254, 1256, 1258 y concordantes del Código civil, **en cuanto al cumplimiento de las obligaciones**” i els “artículos 1278, 1279, 1280 y concordantes del mismo cuerpo legal **en cuanto a la elevación de escritura pública de los contrados de compraventa de bienes inmuebles**” (les negretes són també d’aquest Tribunal).

I pel que fa a la competència territorial invoca el “art. 53 de la LEC en cuanto a la competencia en caso de que hubiere varios demandados: “(...) **la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante**” en relación con el art. 50 del mismo cuerpo legal”.

**Tercer.** Contràriament al que sosté el Jutjat de Sant Feliu en la interlocutòria de 22 d’octubre passat, les peticions esmentades de la demanda de la Sra. A. formulades davant d’ell

(que declari l'obligació dels demandats d'atorgar escriptura pública de la plaça d'aparcament i que condemni els demandats a atorgar-la) no és una acció real sobre béns immobles (la Sra. A. no reivindica la plaça d'aparcament de la qual diu tenir la possessió des de l'any 1993), sinó que és amb tota evidència una acció personal per aconseguir que els demandats compleixin la seva pretesa obligació d'atorgar-li l'escriptura pública que demanda. No és, per tant, aplicable la regla imperativa de competència del núm. 1r de l'art. 52.1 de la LEC per atribuir-la al lloc on hi ha la plaça d'aparcament (Pineda de Mar, del partit judicial d'Arenys de Mar); i com que consta a les actuacions que un dels demandats en l'acció personal que és objecte de la demanda de què es tracta té el seu domicili a Calonge, del partit judicial de Sant Feliu de Guíxols, serà el Jutjat núm. 1 de Sant Feliu (escollit per la demandant en ús de la facultat que li atorgava l'art. 53.2 en relació amb el 50.1 de la LEC) el competent per a substanciar el litigi esmentat, i escaurà per tant decidir-ho així i resoldre aquest conflicte negatiu de competència a favor del dit jutjat; sense perjudici que actuacions posteriors poguessin determinar una decisió diferent de la que ara imposa l'actual estat de tramitació.

Per tot el que s'ha exposat, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit:

#### **PART DISPOSITIVA**

Resoldre aquest conflicte negatiu de competència territorial a favor del Jutjat núm. 1 de Sant Feliu de Guíxols a fi que continuï la tramitació del procediment núm. 47/2003. Se li remetran totes les actuacions que el Jutjat núm. 5 d'Arenys de Mar va enviar a aquest Tribunal, amb testimoni d'aquesta resolució, de la qual s'enviarà també un testimoni al Jutjat núm. 5 d'Arenys de Mar per al seu coneixement.

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

**838**  
**SENTÈNCIA DE 18 DE DESEMBRE DE 2003**  
*Adolf F.F. / Carme L.V.*

**Article 49 de la Compilació del dret civil de Catalunya: no és aplicable a la societat de guany del Codi civil. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Prescripció extintiva: imprescriptibilitat de l'acció de divisió de cosa comuna. Recurs de cassació: no es pot fonamentar en una pluralitat de preceptes heterogenis. Recurs de cassació: no es pot fonamentar en preceptes generals sobre càrrega de la prova**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació de la Sra. Carmen L. Villacampa, representada davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Carlos Badia Martínez i dirigida per l'advocat Sr. Enrique Rubio Navarro, contra la Sentència dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 26 d'octubre de 1999 en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 47 de Barcelona el 25 de febrer de 1998 en el procediment de judici de menor quantia núm. 174/97. El Sr. Adolfo F. F., aquí part recorreguda, ha estat representat en aquest Tribunal pel procurador Sr. Àngel Joaniquet Ibarz i dirigit per l'advocat Sr. Rafael Harillo Gómez-Pastrana.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Àngel Joaniquet Ibarz, en nom i representació del Sr. Adolfo F. F., va formular demanda de judici de menor quantia núm. 174/97 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 47 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 25 de febrer de 1998, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando en parte, como estimo sólo en parte, la demanda interpuesta por D. Adolfo F. F., representado en autos por el procurador de los tribunales Don Àngel Joaniquet Ibarz, contra D<sup>a</sup>. Carmen L. V., representada en autos por el procurador de los tribunales Don Carlos Badia Martínez, sobre determinación del régimen económico matrimonial de los litigantes vigente el matrimonio era el de sociedad de gananciales, y habiendo concluido dicha sociedad, procede su liquidación atribuyendo a cada uno de los litigantes la mitad del haber de la sociedad de gananciales, previo nombramiento de contador partidario, si no se pusieren de acuerdo los cónyuges, y tenien-



do en cuenta para la formación del inventario lo que queda dicho en el fundamento de derecho sexto, desestimando la demanda en lo demás. Y sin hacer especial condena en costas.”

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part actora va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 26 d'octubre de 1999, amb la següent part dispositiva: “Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Adolfo F. F., parte actora, contra la Sentencia de fecha 25 de febrero de 1998, del Juzgado de Primera Instancia nº cuarenta y siete de Barcelona, sobre liquidación del patrimonio de la sociedad de gananciales conformada por los litigants, en el que ha sido parte apelada, y demandada en el litigio D<sup>a</sup>. Carmen L. V., y en consecuencia debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución impugnada en lo necesario para declarar que el inventario de bienes del activo de la sociedad ganancial que se liquida, quedará integrado por el valor actual de la construcción realizada sobre la parcela XX de la manzana X de la urbanización sita en la antigua finca Heredad Casa Aragall de Corbena, más la totalidad de los bienes muebles, ajuar y demás enseres que se encuentran en la expresada finca, propiedad privativa de la esposa, por lo que la misma deberá indemnizar al actor en la mitad de su valor de peritación, que se fijará, en caso de que no exista acuerdo por las partes, en la fase de ejecución de la sentencia; y debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución en todos sus demás extremos. No se imponen las costas a ninguna de las partes.”

**Tercer.** Contra la Sentència anterior, la Sa. Carmen L. V. va interposar recurs de cassació davant la Sala Civil del Tribunal Suprem, la qual per interlocutòria de data 1 d'abril de 2003 va declarar la competència d'aquest Tribunal. Rebudes les actuacions, es van passar al Ministeri Fiscal, que va emetre el seu corresponent informe. Per provisió de 16 d'octubre de 2003, aquest Tribunal el va admetre a tràmit, i es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'impugnació. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 1 de desembre de 2003, a les 10.30 hores del matí, en què es varen celebrar.

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

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Són antecedents d'indubtable transcendència fàctica per a un correcte enjudiciament del tema debatut, els següents:

a) La demanda que originà aquest debat va ésser presentada pel senyor Adolfo F. F. contra la senyora Carmen L. V., i en l'esmentada demanda es deixava expressa constància del següent:

1. Que el senyor Adolfo F. F. y la senyora Carmen L. V. varen contraure matrimoni a Barcelona el dia 4 d'agost de 1968.

2. Que el règim econòmic matrimonial a què es subjectà el matrimoni fou la societat de guanys regulada en el Codi civil, pel fet que el senyor Adolfo F. F. nasqué a Huelva el dia 26 de novembre de 1941, on va viure fins a l'any 1958, en què es va apuntar com a voluntari a la prestació del servei militar, amb la finalitat d'assolir una formació que d'altra forma li era vedada, i que no va ser fins a l'any 1962 que es va traslladar a Barcelona.

3. Que pel fet d'haver presentat l'esposa demanda de separació esqueia la dissolució de la societat de guanys. I que dintre de l'actiu d'aquesta societat s'hi havia d'incloure el següent : A) un habitatge unifamiliar situat al terme municipal de Corbera de Llobregat, inscrit en el Registre de la Propietat de Sant Vicenç dels Horts amb el número de finca XXXX; el demandant explicava en la demanda que la parcel·la on fou edificat l'habitatge havia estat adquirida per ell mateix i pel pare de la seva esposa, però que es va posar únicament a nom d'aquesta darrera; també explicava que la major part de les despeses de construcció de l'habitatge les havia sufragades ell, qui, segons deia, havia contribuït personalment a la construcció de la casa; B) els mobles i parament de l'habitatge anterior; C) un vehicle marca Opel, model Kadett, els mobles d'un habitatge de Barcelona que era el domicili conjugal (propietat dels pares de l'esposa), i D) les quantitats que hi ha als comptes comuns del matrimoni.

b) En el petitum de la demanda es pretenia que es declarés que el règim econòmic del matrimoni era el de societat de guanys, i que es procedís a la seva liquidació, en fase d'execució de sentència, i també que es declarés la nul·litat de la darrera inscripció en el Registre de la Propietat de Sant Vicenç dels Horts de la finca registral número XXXX.

c) La part demandada, senyora Carmen L. V., es va oposar a la demanda esgrimida de contrari al·legant que el règim econòmic del matrimoni era el de separació de béns i que l'habitatge situat al terme municipal de Corbera de Llobregat constituïa un bé privatiu, per la qual cosa no podia ésser objecte de repartiment entre els cònjuges.

d) La sentència dictada en primera instància va estimar només en part la demanda principal i va declarar que el règim econòmic matrimonial era el de societat de guanys del Codi civil, però només va incloure dintre el cabal comú els béns mobles i el parament de la casa de Corbera de Llobregat.

e) Contra la susdita resolució hi va interposar recurs de cassació el demandant, senyor Adolfo F. F. Com a conseqüència, va ser dictada nova sentència per l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va estimar en part el recurs d'apel·lació i declarà que el règim econòmic familiar era el de societat de guanys, però que en l'inventari de béns s'hi havia d'incloure el valor actual de la construcció realitzada sobre la parcel·la de Corbera de Llobregat (el terreny es considerarà propietat privativa de l'esposa), i també els béns mobles i resta de parament de l'esmentada construcció.

**Segon.** Contra la sentència dictada per l'Audiència la senyora Carmen L. V. hi interposa recurs de cassació, l'estudi del qual ha d'abordar aquesta Sala, i des d'aquesta perspectiva escau deixar constància que el primer motiu del recurs s'encarrila pel número 3 de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, ara derogada però vigent en el moment en què es presentà el recurs de cassació.

Amb la citada empara processal denuncia la recurrent la infracció de l'article 1359 del Codi civil, també de l'article 1214 del mateix cos legal, tots dos en relació amb l'article 49 de la Compilació de dret civil de Catalunya.

En relació amb això és procedent recordar que l'article 1359 del Codi civil forma part dels que regulen el règim de societat de guanys dins d'aquest cos legal, i des d'aquesta vessant determina el règim jurídic de "las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos".

També interessa remarcar que el derogat article 1214 del Codi civil feia referència a la càrrega de la prova, i finalment l'article 49 de la Compilació catalana, en la seva primigè-

nia redacció —que sembla que és la que invoca la recurrent—, determinava quins eren els béns parafernals, és a dir, els que pertanyien de forma exclusiva a la dona casada.

Amb aquests antecedents ja es fa palès que el recurs està mancat d'una mínima tècnica cassacional, tal com posa en relleu l'escrit d'impugnació de la part contrària, ja que la recurrent incideix en greus defectes:

a) Empara el motiu de recurs en l'apartat tercer del derogat article 1692 de la LEC, quan com és sabut aquest article quedava reservat per als supòsits de vicis de la sentència, incongruència de la seva part dispositiva o vicis procedimentals, però no era la via processal correcta en cas d'infraccions de caràcter substantiu, o quan es denunciava infracció de les normes sobre càrrega probatòria.

b) S'al·leguen preceptes de caràcter absolutament heterogeni, ja que no guarden cap relació l'article 1359 del Codi civil amb l'article 49 de la Compilació catalana, ni cap dels dos té cap lligam amb les normes reguladores de la càrrega de la prova.

c) En el cos del motiu del recurs, la recurrent es dedica de forma persistent a fer supòsit de la qüestió, és a dir la recurrent obvia totalment el fet, que no hauria d'ignorar, que el grau cassacional té vedat el control de la qüestió fàctica, al qual només es podria accedir en cas de valoració totalment arbitrària o errònia d'una prova, que s'hauria d'encarrilar amb la cita del precepte vulnerat. Contràriament a aquesta exigència, la recurrent fa una mescla heterogènia de qüestions fàctiques que només es deriven de la seva visió parcial i interessada, amb qüestions jurídiques analitzades des d'una perspectiva errònia ja que es basen en un *factum* no acceptat per l'Audiència.

Les anteriors circumstàncies justificarien sobradament la inadmissió del motiu de recurs, però aquesta Sala en farà una anàlisi, per bé que breu, atès que no s'observa que aquesta actitud provoqui indefensió a la part contrària.

En primer lloc ha de quedar clar que aquesta Sala no ha d'entrar a valorar el suposat caràcter parafernals o privatiu d'un determinat habitatge quan de la sentència de l'Audiència se'n desprèn sense dubtes que el règim econòmic del matrimoni és el de societat de guanys del Codi civil i també que l'habitatge de Corbera pertany a la susdita societat, i en el recurs no s'addueix res que faci ni tan sols endevinar que aquesta premissa pugui ésser errònia.

Convé ara transcriure un raonament emprat pel Jutjat de Primera Instància, ratificat per l'Audiència: “Y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 15 del Código civil vigente al contraer matrimonio, como pone de manifiesto el demandante, como el actual artículo 14.5, atribuye la vecindad civil por residencia, bien continuada durante diez años, sin declaración en contrario durante este plazo, debiendo constar ambas en el Registro Civil, no constando ninguna declaración del actor, cuya vecindad al contraer matrimonio era la sujeta al derecho civil común, según se deriva de la prueba documental y testifical practicada, dicha vecindad común es la que, conforme a lo dispuesto en dicho momento de contraer matrimonio es la que comunicó a la ahora demandada, y, pudiendo las partes haber estipulado capitulaciones matrimoniales, sin embargo, no lo hicieron, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1316 del código Civil a falta de capitulaciones (...), el régimen será el de la sociedad de ganaciales”.

Davant de la claredat de les argumentacions contingudes en la sentència de primera instància, que foren confirmades en aquest aspecte per l'Audiència, ha de decaure el motiu del recurs que invoca preceptes de la Compilació catalana i de doctrina forjada al voltant d'aquesta normativa, que per raons òbvies no és aplicable al supòsit debatut, que s'ha de regir, d'acord amb l'exposat, per les normes del Codi civil.

**Tercer.** En el cos del motiu del recurs denuncia també el recurrent l'aplicació indeguda de l'article 1319 del Codi civil. Com ja es habitual, es fa novament supòsit de la qüestió ja que es diu novament que l'habitatge de Corbera de Llobregat té el caràcter de bé privatiu de l'esposa.

Forma part del *factum* de l'Audiència, que és intangible en aquesta via cassacional per tal com no s'ha adduït valoració arbitrària de la prova per la via processal oportuna: "Sobre la parcela en cuestión fue construida por ambos cónyuges la edificación hoy existente, que fue objeto de la escritura de declaración de obra nueva otorgada el 10 de abril de 1995. Ha sido reconocido por ambas partes que en el pago del precio de la obra participaron tanto el actor como el padre de la demandada; que aquél empleó incluso su propia actividad personal en la construcción en los fines de semana durante varios años, siendo ayudado tanto por su cuñado como por el constructor Sr. Berruezo Garrigós, que mantuvo los tratos con el suegro del recurrente, como se desprende de la prueba testifical practicada (folio 324); el actor, por otra parte, ha sufragado la mayor parte de los materiales empleados en la construcción, lo que ha quedado probado por los documentos emitidos por la casa suministradora de los mismos, de la que es titular D. Luis Plana Tintoré (folios 61 y 76); tales aportaciones de uno y otro han de considerarse realizadas por la sociedad de gananciales por mitad".

Escau ara posar en relleu el text de l'article 1359 del Codi civil, que diu, pel que ara interessa: "las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho".

Davant de la claredat de les argumentacions de l'Audiència, no combatudes en forma per la recurrent, i tenint també molt en compte el contingut de l'article 1359 del Codi civil, es fa evident l'encert de la Sentència que es combat. Aquesta afirmació perquè la Sentència combatuda considera provat (per les circumstàncies transcrits, ressaltades per l'Audiència) que en el terreny propietat de l'esposa, ara recurrent, s'hi edificà amb diners del marit i amb el treball personal d'aquest, i davant d'aquesta circumstància fàctica aplica l'article 1359 del CC i condemna l'esposa a desemborsar en favor del marit la meitat del valor d'allò construït al seu terreny privatiu amb diners de la societat de guanys i amb l'esforç del marit.

**Quart.** El motiu de recurs conté també una al·legació confusa que sembla invocar una vulneració de l'article 1214 del CC, que, com s'ha dit, tracta de la càrrega de la prova. Respecte d'això escau observar que aquesta al·legació no té cap interès perquè, com va manifestar reiterada jurisprudència en interpretació del precepte ara ja derogat, aquest no es pot considerar infringit quan s'ha valorat la prova de forma contrària als interessos de la recurrent, ja que l'article 1214 no contenia una regla valorativa de la prova.

Soprèn a la Sala la invocació, en el mateix motiu del recurs, de l'article 1964 del Codi civil per dir que l'acció exercida en la demanda havia prescrit quan aquesta fou presentada. Respecte d'això només és procedent dir que segons l'article 1965 del Codi civil no prescriu entre cohereus, copropietaris o propietaris de finques veïnes l'acció per demanar la partició de l'herència, la divisió de la cosa comuna o la fixació dels límits de les finques.

La demanda anava dirigida a liquidar el règim de societat de guanys, cosa que suposa en definitiva la divisió de la cosa comuna; per tant queda clar que parlar de prescripció de l'acció suposa ignorar la naturalesa jurídica d'aquesta.

Finalment, en el que es qualifica com a segon motiu del recurs la recurrent invoca la infracció del “procedimiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate”.

El motiu del recurs es planteja d'una manera tan irregular que és evident que no pot reeixir. En primer lloc, infringir el “procedimiento jurídico” no és una expressió coneguda en l'àmbit jurídic i certament no pot donar lloc a un motiu cassacional; i pel que fa a la jurisprudència s'ha de dir que el recurrent cita una sèrie de sentències sense indicar ni concretar en quin aspecte la doctrina que recullen ha estat vulnerada per l'Audiència.

Per tot això que s'ha exposat ha de decaure el darrer motiu de recurs i amb ell tota la impugnació a la sentència dictada per l'Audiència.

**Cinquè.** D'acord amb allò que preveu l'article 1715 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881, les costes d'aquest recurs s'han d'imposar a la part recurrent.

Vistos els preceptes esmentats i altres de legal i pertinent aplicació,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el present recurs de cassació interposat pel procurador Sr. Carlos Badía Martínez, en representació de la Sra. Carmen L. V., i, consegüentment, confirmar la Sentència de data 26 d'octubre de 1999 dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d'apel·lació núm. 530/98, amb imposició de les costes a la part recurrent.

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

**839**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 22 DE DESEMBRE DE 2003**

**Recurs de queixa per no admetre's a tràmit el recurs de cassació: improcedència de la queixa**

Presidente:  
Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu  
Magistrados/as:  
Ilma. Sra. Núria Bassols i Muntada  
Ilmo. Sr. Ponç Feliu i Llansa

**HECHOS**

**Único.** Por la representación procesal del Sr. Francisco-Javier G. C. se interpuso recurso de queja contra el Auto de fecha 25 de septiembre de 2003 dictado por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación 238/2003, que denegó la preparación de recurso de casación contra la Sentencia de fecha 27 de mayo de 2003, y desestimado el recurso de reposición interpuesto por Auto de fecha 5 de noviembre de 2003.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Guillem Vidal Andreu.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Único.** Es sabido que esta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tiene competencia para conocer de los recursos de casación sólo en el caso de que se funden, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas del derecho civil propio de Cataluña (art. 478.1, segundo párrafo, de la LEC).

Según la documentación que se aporta, ni el pleito versa sobre materia de derecho civil catalán (se trata de un juicio verbal de reclamación de cantidad por servicios profesionales supuestamente prestados por el letrado actor) ni, obviamente, el recurso se funda en los preceptos regulados por nuestra normativa.

Se está, pues, en el caso de inadmitir el recurso por falta absoluta de competencia, con devolución de los autos a la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

**PARTE DISPOSITIVA**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha decidido inadmitir el recurso de queja interpuesto por la representación procesal del Sr. Francisco Javier

G. C. contra el Auto de fecha 25 de septiembre de 2003 dictado por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 238/2003, con devolución de los autos a la mencionada Sección a fin de que se tramite el recurso conforme a derecho.  
Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

**840**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 22 DE DESEMBRE DE 2003**

**Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: escau amb independència del fet que el litigi s'hagi tramitat per raó de la matèria o per raó de la quantia. Recurs de cassació basat en la quantia: determinació d'aquesta quan es reclama la lleugeresa i un lleugera. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: requisits**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** La representació processal de la Sra. Felisa G. V. i de la Sra. Montserrat V. O. ha interposat recurs de queixa contra la Interlocutòria de 25 de juny de 2003 que va denegar la preparació de recurs de cassació contra la Sentència de data 31 de març de 2003 dictada per la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Barcelona, rotlle d'apel·lació 72/2003, i desestimada la reposició per Interlocutòria de 29 de setembre de 2003.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Primer.** Contra la Interlocutòria de l'AP de Barcelona (Secció 17a) de 29 de setembre passat, confirmatòria de la de 25 de juny de 2003, per la qual es denegava a la representació de les senyores Felisa G. V. i Montserrat V. O. tenir per preparat recurs de cassació contra la Sentència de l'esmentat Tribunal de 31 de març de 2003, es formula el present recurs de queixa :

a) La part recurrent entén que és admissible el seu recurs de cassació per la doble motivació de versar sobre un assumpte de quantia superior als 25.000.000 de pessetes (ara 150.253 euros, segons el RD 1417/2001, de 17 de desembre de 2001) i d'oferir interès cassacional, per tal com la sentència de l'A.P. s'oposa a jurisprudència del Tribunal Suprem i d'aquesta Sala.

La interlocutòria que ara es combat afirma que no escau cassació contra l'esmentada sentència perquè la quantia de l'assumpte és molt inferior als 25.000.000 de pessetes i, pel que fa a l'al·legat interès cassacional, perquè el recurs ha estat mal preparat ja que no s'hi identifica el nucli de la qüestió litigiosa i perquè tals supòsits de cassació queden limitats als processos seguits per raó de la matèria.



b) Aquesta darrera afirmació de la interlocutòria recorreguda no pot ser compartida per la Sala, atès que aquest Tribunal ha dit (per totes, Interlocutòria de 18 d'abril de 2002) que “és un principi de dret ininterrompudament aplicat per la jurisprudència que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (sentències del Tribunal Suprem de 12 de gener de 1884, seguida per les d'11 de març de 1885, 27 de febrer de 1909, 31 de maig de 1949, 13 de maig de 1950, 11 de maig de 1964, 12 d'abril de 1988, 2 d'abril de 1990, 22 de febrer de 1993, 31 de desembre de 1994, etc.); i (...) l'Audiència, en interpretar el núm. 3r esmentat, fa unes distincions entre els processos substanciat per raó de la matèria o els especials, i els tramitats per raó de la quantia, que aquell precepte no fa; i per tal com no existeix justificació legal per donar-hi suport, caldrà entendre que l'Audiència ha distorsionat aquell precepte i la voluntat del legislador pel que fa a la interpretació de les sentències que són susceptibles de ser impugnades en cassació (...). En efecte, el núm. 2n de l'art. 477.2 diu que són susceptibles de ser recorregudes en cassació per la seva via les sentències dictades en segona instància per les audiències ‘quan la quantia de l'afer excedeixi els vint-i-cinc milions de pessetes’ sense fer cap mena de distinció de procediments (ni dels substanciat per raó de la matèria, els especials, o els tramitats per raó de la quantia); cosa per la qual escau concloure, sense més additaments, que qualsevulla que hagi estat el procediment que s'hagi seguit i la classe de procés que s'hagi emprat, si la quantia de l'afer ultrapassa els 25.000.000 de pessetes el recurs de cassació per aquesta via del núm. 2n s'haurà d'admetre; i s'haurà d'admetre per la via del núm. 3r ‘quan la resolució del recurs presenti interès cassacional’, i en presentarà si concorre algun dels quatre supòsits de l'apartat 3 de l'art. 477, qualsevulla que sigui la quantia de l'afer i la classe de procediment emprat, ja que, segons el núm. 3r de l'art. 477.2, l'únic que cal és que la resolució del recurs presenti interès cassacional; interès que, com diu l'apartat 3, presentarà si la sentència s'oposa a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o del Tribunal Superior de Justícia, o resol punts i qüestions sobre els quals existeixi jurisprudència contradictòria de les audiències provincials o si aplica normes sobre les quals no hi hagi doctrina jurisprudencial”.

En aquesta mateixa interlocutòria afegia la Sala que “el criteri interpretatiu i decisorí que aquest Tribunal adopta en aquesta resolució difereix del que havia aplicat en la seva interlocutòria de 31 de gener passat en el recurs de cassació núm. 68/2001, en la qual aquesta Sala havia assumit la doctrina en què ara es fonamenten les interlocutòries de l'Audiència que són objecte d'aquesta queixa; però, a parer d'aquest Tribunal, no escau continuar mantenint aquella doctrina perquè es basa essencialment (per fer aquella diferenciació entre els procediments substanciat per raó de la matèria i els substanciat per raó de la quantia a l'efecte d'admetre o no els recursos de cassació) en el fet d'haver enllaçat el núm. 2n de l'art. 477.2 de la Llei d'enjudiciament civil amb els art. 249.2 i 250.2 de la mateixa llei; i es basa també en el fet d'haver posat en concordança el núm. 3r de l'art. 477.2 amb el 249.1 (excepte amb el seu núm. 2n) i el 250.1 de la mateixa llei; enllaçaments i concordances que fa la doctrina que l'Audiència aplica, però que la llei no fa, i que aquest Tribunal entén que no escau fer ja que són aliens a la llei i a la seva interpretació correcta; perquè si la llei hagués volgut posar en relació i concordança tots aquells preceptes, ho hauria fet, però no ho va fer, i aquesta Sala considera que no hi ha base legal per poder-ho efectuar per la via interpretativa sense distorsionar la voluntat del legislador. No es veu, en efecte, per quina raó s'han d'enllaçar els art. 249.2 i 250.2 amb el núm. 2n del 477.2; ni tampoc per què s'han de fer concordar el 249.1 i el 250.1 amb el 477.2.3r. El 249.2 disposa que s'han de decidir en el judici ordinari les demandes la quantia de les quals excedeixi les 500.000 pessetes i aque-

lles en les quals sigui impossible calcular la quantia pel seu interès econòmic ni tan sols de manera relativa; i el 250.2 determina que s'han de decidir en el judici verbal les demandes la quantia de les quals no excedeixi les 500.000 pessetes i no es refereixin a cap de les matèries que preveu l'art. 249 en el seu apartat 1. Aquests preceptes (el 249.2 i el 250.2) fan referència a l'àmbit del judici ordinari (el 249.2) i a l'àmbit del judici verbal (el 250.2). L'àmbit d'aquests judicis, ordinari o verbal segons la quantia de l'afer, no té a veure amb el núm. 2n de l'art. 477.2, referit a la possibilitat de recórrer en cassació quan la quantia de l'assumepte excedeix els 25.000.000 de pessetes; i com que no tenen a veure aquells primers preceptes amb el darrer, ja que consideren coses diferents (aquells, l'àmbit respectiu dels judicis ordinari o verbal per raó de sengles quanties, i el 277.2.2n, la possibilitat de recórrer en cassació quan la quantia ultrapassa els 25.000.000 de pessetes), no es poden enllaçar entre ells com ho fa, creiem que erròniament, la doctrina esmentada, que aquesta Sala considera que no és escaient mantenir. Existeix legalment idèntica manca de concordança entre els art. 249.1 i 250.1, i el núm. 3r del 477.2: els dos primers fan referència als procediments que es tramiten en judici ordinari per raó de la matèria (el 249.1) o en judici verbal també per raó de la matèria (el 250.1). No tenen cap relació amb el núm. 3r del 477.2, que estableix la possibilitat de recórrer en cassació quan la resolució de l'assumepte presenta interès cassacional. I no imposa cap més condició. Són coses diferents les que regulen els art. 249.2 i 250.2 i el 477.2.2n; i són també coses diferents les que regulen els art. 249.1 i 250.1 i les que preveu el 477.2.3r. I com que són coses diferents, la seva concordança no és possible i, per tant, aquesta Sala així ho ha d'entendre i d'aplicar en exercir la seva competència jurisdiccional per admetre (i aquí ara per tenir per preparat) els recursos de cassació que estableix la llei d'acord amb la previsió de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i, en execució d'aquest, d'acord amb allò que disposa l'art. 73.1.a de la Llei orgànica del poder judicial".

Tanmateix, en la Interlocutòria resolutòria del recurs de queixa núm. 32/2003, aquesta Sala també digué que "si bé resulta exacta l'existència de una distinta interpretació entre el Tribunal Suprem i aquest Tribunal Superior, aquest darrer ha de seguir mantenint el seu criteri, tant perquè, com ja s'ha assenyalat, no existeix cap raó per considerar més plausible la interpretació legal que efectua el Tribunal Suprem sobre la que manté aquesta Sala, com també per inexistència de cap mena de superioritat o jerarquia hermenèutica entre ambdós òrgans judicials, atès que aquest Tribunal ostenta no només la competència, sinó el monopoli nomofilàctic, a través del recurs de cassació com a últim graó jurisdiccional, en tot allò referit al dret civil de Catalunya".

**Segon.** Això no comporta, però, l'acolliment de la present queixa perquè, com molt bé diu la resolució combatuda, ni l'interès litigiós arriba als 25.000.000 de pessetes ni el recurs està correctament formulat.

En efecte, sobre tal qüestió de la quantia afirma la part recurrent que si bé el litigi començà com de quantia indeterminada, la prova pericial practicada amb posterioritat ha evidenciat que el cabal relict de les demandades s'elevava a la xifra de 34.500.890 pessetes, raó per la qual és clar l'accés cassacional.

No pot aquesta Sala compartir tal afirmació, i sí en canvi el criteri de la resolució que es combat, perquè:

a) D'entrada, la part recurrent afirmà en l'escrit de contestació a la demanda que "el valor del caudal relict de D. Ramón T. A. ascendia a la suma de 6.314.028", per la qual cosa no pot manejar ara dues xifres en funció dels seus particular interessos (per una part,

adoptar aquesta darrera a l'efecte d'abonar la llegítima i el llegat resultant d'aquesta modesta suma en un import mínim i, per l'altra part, assumir com a cabal relicte l'expressat import a l'efecte de poder accedir a la cassació).

b) La part confon el valor d'uns béns —en aquest cas d'un cabal relicte— amb allò que ha configurat l'únic i autèntic interès litigiós, és a dir, l'import de la llegítima i del llegat pertocants al Sr. Juan de M. O., part demandant la reclamació del qual afectava també únicament i exclusivament als esmentats llegat i llegítima. I respecte d'això diu la sentència que es vol recórrer en cassació, amb valor de fet provat, que el referit cabal relicte es limitava a una finca el valor de la qual “se fija en 34.500.890 pesetas (207.354'52 euros) en la fecha del fallecimiento del causante”, de manera que les quantitats litigioses queden també fixades (i al seu pagament condemna la sentència les dues recurrents) en la quarta part d'aquest valor en concepte de llegítima i a la seva novena part en concepte de llegat, a més a més d'“el interés legal de dicha legítima desde el 23 de diciembre de 1984 hasta la total liquidación del capital de la misma, incrementado con los intereses moratorios desde la fecha de la interposición de la demanda”.

c) Per la resta, ha estat sempre pacífica la jurisprudència sobre la no-procedència del còmput dels interessos per a l'accés cassacional, havent dit el TS que “fue plenamente acertado el criterio del tribunal *a quo* al 'exceptuar de la cuantía intereses por correr después del inicio del juicio'” (Interlocutòria del TS de 4 de març de 2003), ja que “los intereses computables a efectos de cuantía son solamente los vencidos y cuantificados a la fecha de presentación de la demanda y no los posteriores a ésta” (STS de 31 d'octubre de 2002).

**Tercer.** Per últim, i respecte a l'interès cassacional, en la Interlocutòria d'11 de juliol de 2003 l'AP afirma que “la parte se limita a enumerar una serie de de sentencias, faltando en todo caso esa exposición sucinta de la contradicción indispensable para que el recurso pueda estimarse bien formulado, al ser ésta una carga de la recurrente que no puede ser suplida por el órgano judicial”. El recurrent discrepa d'aquest judici i afirma que “el interés casacional está presente por la infracción legal cometida en la sentencia en la aplicación de la norma del art. 1109 del Código civil, al haber resuelto el caso aplicando doctrina contraria a la del Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Catalunya al resolver cuestiones similares”; i afegeix que les sentències del TS de 27 de maig de 1967 i 22 de novembre de 1966 del TS, i les d'aquesta Sala de 19 d'octubre de 1993 y 22 de novembre de 1993 afirmen que quan l'hereu decideix pagar la llegítima en diners, s'ha d'atenir a l'interès legal del diner des de la mort del causant, regint el sistema nominalista, i que l'Alt Tribunal diu “que la situación técnica de mora sólo concurre cuando la liquidez es anterior a la resolución judicial decisoria y no cuando procede de ésta”.

S'ha de confirmar l'apreciació de la Resolució recorreguda, ja que, encara que la sentència d'aquesta Sala de 19-10-93 ( que, al seu torn fa referència a la del T.S. de 27-5-1967) al·ludeix, efectivament, al pagament d'una legítima a un fill adoptiu, fent esment al principi nominalista, no aclareix el recurs ni quan, ni de quina manera ni en quin sentit la contradia la sentència de l'A.P. i el mateix cal afegir respecte a la sentència d'aquest Tribunal de 22-11-1993, en relació a la qual no només s'observa idèntic dèficit, sinó la paradoxa de que ve citada per la pròpia Resolució de l'A.P. que es vol combatre en cassació per a fonamentar-ne la seva part jurídica.

Finalment, i respecte a la pretesa infracció de la jurisprudència interpretativa de l'art. 1109 del Codi civil, es limita la part a la invocació del principi *in iliquidis non fit mora*,

esmentant “entre otras” les sentències del TS de 29 de febrer de 1992, 22 de juliol de 1991, 4 de novembre de 1991 i 25 de juliol de 1991, oblidant que cap d’elles fa referència a cap qüestió hereditària i, encara menys, a cap pagament de llegítima, per la qual cosa difícilment pot trobar-se raó d’analogia amb la sentència de l’AP quan afirma que “respecto a los intereses, los únicos debidos, de acuerdo con el art. 139 de la Compilación, eran los legales desde la fecha del fallecimiento. Ahora bien; reclamados éstos en la demanda y no habiéndose certificado por parte de las demandadas consignación alguna del importe de la legítima y legado, estos intereses desde la fecha de la interpelación judicial devengarán a su vez, como interés moratorio, el señalado en el art. 1109 del Código civil (“los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto”).

El recurs, doncs, ha de decaure.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d’aplicació,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix desestimar el recurs de queixa interposat per la representació de les senyores Felisa G. V. i Montserrat V. O. contra la Interlocutòria de l’Audiència Provincial de Barcelona (Secció 17a) de 29 de setembre de 2003, desestimatòria del recurs de reposició interposat contra la Interlocutòria de 25 de juny de 2003 per la qual s’acordava no tenir per preparat recurs de cassació contra la Sentència de l’esmentada Audiència Provincial de 31 de març de 2003, dictada en el rotlle d’apel·lació núm. 72/2003, derivat del judici de menor quantia núm. 377/2000 del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Mataró, amb imposició de les costes d’aquesta alçada a la part recurrent.

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

**841**  
**SENTÈNCIA DE 22 DE DESEMBRE DE 2003**  
*Francesc P.T. / Joan P.T.*

**Computació legitimària: no escau deduir del valor dels béns hereditaris el valor del dret d'usdefruit establert pel testador per via de llegat. Intangibilitat de la llegítima. Recurs de cassació: no escau fer supòsit de la qüestió litigiosa**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Francisco Javier P. T., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Antonio Para Martínez i dirigit per l'advocat Sr. Antonio Para Martín, contra la Sentència dictada per la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 14 de maig de 2003, en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 13 de Barcelona el 17 de setembre de 2001, en el procediment de judici de menor quantia núm. 461/00. El Sr. Juan Carlos P. T., aquí part recorreguda, ha estat representat en aquest Tribunal pel procurador Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest i dirigit per l'advocat Sr. Enric Casals i Genover.

#### ANTECEDENTS DE FET

**Primer.** El procurador Sr. Antonio Para Martínez, en nom i representació del Sr. Francisco Javier P. T., va formular demanda de judici de menor quantia núm. 461/00 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 13 de Barcelona. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 17 de setembre de 2001, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando totalmente la demanda formulada por D. Francisco Javier P. T., representado por el procurador D. Antonio Para Martínez, contra D. Juan Carlos P. T., representado por el procurador D. Antonio María de Anzizu Furest, y contra D<sup>a</sup> Pilar T. P., en situación de rebeldía procesal:

"1º. Declaro que D. Francisco Javier P. T. es, junto con su hermano D. Juan Carlos, legitimario en la sucesión de su padre D. Benito P. S., y tiene derecho a percibir la octava parte del valor que, en el momento de la muerte del causante, tenían todos los bienes integrantes del caudal relicto, deducidas las deudas e incluidos los donados por aquél en vida.

“2º. Declaro que D. Juan Carlos P. T. adquirió por donación disimulada de su padre, encubierta por contrato simulado nulo, los siguientes inmuebles: a) piso 1º 2ª de la casa nº XX de la calle XXX de Barcelona; b) tienda situada en la planta baja de la casa señalada con los números XX y XX de la calle XXX de Barcelona; c) plaza de párquing sita en un edificio con entrada por el pasaje XXX, sito entre las calles XXX, XXX, XXX y XXX de Barcelona; d) una tercera parte indivisa del local bajos segunda de la casa nº XX de la calle XXX de Barcelona; y e) una finca sita en La Selva del Camp, adquirida por D. Benito P. S. ante el notario D. Miguel Gelbenzo el 20 de febrero de 1960.

“3º. Declaro donada por el causante a su esposa, Dª María Pilar T. P., y a su hijo D. Juan Carlos P. T. la cantidad de 48.600.000 ptas.

“4º. Determino en 38.932.330 ptas. el importe en dinero del derecho de legítima del demandante en la sucesión de su padre.

“5º. Condeno a D. Juan Carlos P. T. a abonar al demandante el valor de la antedicha legítima, a su elección en dinero o en bienes de la herencia valorados, en su caso, en el momento del pago en período de ejecución de sentencia, y al pago del interés legal de dicho valor computado desde el día 6 de julio de 1998.

“6º. Declaro que el heredero demandado no puede optar por pagar la legítima con parte indivisas de bien alguno, bienes gravados con derechos reales o bienes inmuebles arrendados.

“7º. Impongo a los demandados el pago de las costas del procedimiento”.

**Segon.** Contra aquesta Sentència, la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 14 de maig de 2003, amb la següent part dispositiva: “Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por D. Juan-Carlos P. T., contra la Sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Barcelona, se revoca esta. Se declara que D. Francisco Javier P. T. es, junto con D. Juan-Carlos P. T., legítimo en la sucesión de su padre, D. B. P., y tiene derecho a percibir la octava parte del valor que en el momento de su muerte tenían los bienes integrantes del caudal relicto, deducidas las deudas e incluidas las donadas por el causante en vida. Se declara que D. Juan-Carlos adquirió por donación de su padre, la tienda nº 4 planta baja de la casa nº XX-XX de la c/ XXX de Barcelona. Se declara donada a los demandados la suma de 20.000.000,- ptas. En ejecución de sentencia se concretará en 1/8 parte del valor total la legítima del actor, añadiendo a la cantidad de 106.916.665,- ptas., que es el importe de las fincas rústicas, el dinero donado y los inmuebles de la c/ XXX, XX-XX de Barcelona y c/ XXX de La Selva del Camp, la suma en que en ejecución de sentencia se valore a la fecha del fallecimiento del causante, las fincas de la c/ XXX y XXX de Barcelona, c/ XXX de La Selva del Camp y XXX de Tarragona, teniendo en cuenta el censo y usufructo que las gravan. Se condena a D. José-Carlos P. a pagar la suma que en la forma anteriormente dispuesta se determine, con su interés legal, desde el 6 de julio de 1998. Se condena a D. Juan-Carlos P. a pagar la legítima en dinero o en fincas de la herencia que no constituyan partes indivisas ni se encuentren gravadas con derechos reales ni se encuentren arrendadas. No se hace expresa imposición de costas”.

Aquesta sentència va ser rectificada per interlocutòria de data 9 de juliol de 2003, la part dispositiva de la qual deia el següent: “Se rectifica el error material padecido en la sentencia dictada en el presente rollo de apelación con fecha 14 de mayo de 2003 en cuanto al

nombre del apelante, haciendo constar que el mismo se llama D. Juan Carlos P. T. en lugar del que en la misma se hace constar y sin que proceda ninguna otra aclaración”.

**Tercer.** Contra la sentència anterior, el Sr. Francisco Javier P. T. va interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 16 d'octubre de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 18 de desembre de 2003, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa.

### FONAMENTS JURÍDICS

**Primer.** La Sentència de l'AP de Barcelona (Secció Onzena), de 14 de maig de 2003, revoca en part la de primera instància i, després de reconèixer la condició de legitimari del Sr. Francisco Javier P. T. i que, per tant, “tiene derecho a percibir la octava parte del valor que en el momento de su muerte [la del seu pare] tenían los bienes integrantes del caudal relicto, deducidas las deudas e incluidas las donadas (*sic*) por el causante en vida”, declara que l'hereu i germà del litigant, ara part recorreguda, Sr. D. Juan Carlos P. T., “adquiriré por donación de su padre la tienda nº 4 planta baja de la casa nº XX-XX de la c/ XXX de Barcelona” i que també el pare donà en vida a aquest hereu, conjuntament amb la seva esposa, 20.000.000 de pessetes. S'afegeix que “en ejecución de sentencia se concretará en 1/8 parte del valor total la legítima del actor, añadiendo a la cantidad de 106.916.665 pts, que es el importe de las fincas rústicas, el dinero donado y los inmuebles de la C/ XXX, XX-XX y C/ XXX de La Selva del Camp, la suma en que, en ejecución de sentencia, se valoren a la fecha del fallecimiento del causante las fincas de la C/ XXX y XXX de Barcelona, C/ XXX de La Selva del Camp y XXX de Tarragona, teniendo en cuenta el censo y usufructo que las gravan. Se condena a D. José Carlos P. a pagar la suma que en la forma anteriormente dispuesta se determine, con su interés legal, desde el 6 de julio de 1998. Se condena a D. Juan Carlos P. a pagar la legítima en dinero o en fincas de la herencia que no constituyan partes indivisas ni se encuentren gravadas con derechos reales ni se encuentren arrendadas”.

Com s'ha dit, el recurs l'interposa el legitimari Sr. Francisco Javier P. i en el seu primer motiu es denuncia la infracció de la regla 1a de l'art. 355 del Codi de successions, per haver ordenat la sentència combatuda una nova valoració de determinades finques del cabal relicte a l'efecte de descomptar-ne el valor d'un cens i de l'usdefruit que les grava. Més en concret, diu el recurrent que “nada hay que objetar respecto al censo, pues es una carga existente sobre la finca en el momento de la muerte del causante, aunque de valor nimio y, por ello, sin trascendencia que haga necesaria una nueva valoración de las fincas. Pero es inadmisibile el deducir del valor de los citados inmuebles el usufructo hoy existente sobre las mismas, ya que esta carga no existía sobre las fincas mientras estas estuvieron en el patrimonio del causante”, per tal com “el causante fue propietario libre, naciendo su gravamen a su muerte, por haberlo instituido por vía de legado”

És d'observar, doncs, que el recurrent no censura pas cap detriment directe de la llegítima en seu de l'art. 360 del Codi de successions, que regula el principi d'intangibilitat de

les llegítimes. Ni denuncia la infracció d'aquest numeral ni podia fer-ho, atès que la sentència combatuda clarament ordena, per al cas que l'hereu no decideixi pagar en diners, que els béns que lliuri al seu germà com a llegítima hauran d'estar lliures de càrregues reals i d'arrendaments, amén de no tractar-se de béns en condomini.

El recurrent, però, considera minvada la llegítima en minusvalorar el cabal relictu l'existència d'un usdefruit en part dels béns que el componen. Per això, demana que es casi la sentència, perquè "infringe claramente ese precepto (l'art. 355 CS) al disponer que para el cálculo de la legítima de autos se reste del valor de los inmuebles indicados el usufructo dispuesto en testamento a favor de la esposa del testador".

I respecte d'això cal dir:

a) És cert que la millor doctrina és concorde a establir que del *relictum* s'han d'excloure les relacions jurídiques intransmissibles, que desapareixen amb la mort del titular, ja que "así lo establece en relación con el usufructo el Digesto 35, 2, 32, al tratar del cálculo de la falcidia, y esta disposición es aplicable también en materia de cómputo de la legítima, toda vez que según el nº 1 del art. 513 Cc, el usufructo se extingue normalmente con la muerte del usufructuario. Tampoco formarán parte del caudal relicto los derechos de uso y habitación porque, según el art. 525 del Código civil tienen el carácter de personalísimos; y según la Sentencia del TS de 1 de febrero de 1947 tienen también carácter personal, y, por tanto, intransmisible por herencia, el derecho de cada vecino de un pueblo a los aprovechamientos comunales, por tratarse de algo inherente a la cualidad de vecino que por tal causa no puede sobrevivir a su titular". I afegeix un altre autor que "los bienes mencionados [els que componen el cabdal relictu] han de ser valorados por su valor real de mercado a la fecha del fallecimiento del causante, sea cual sea la fecha en que se proceda a reclamar, calcular o pagar la legítima de que se trate descontando los gravámenes que, sin ser prenda o hipoteca, les afecten", amb l'especificació que no formen part del *relictum* "las relaciones jurídicas intransmisibles, como las relaciones de crédito *intuitu personae* y los derechos reales subjetivizados, en especial los de usufructo, uso o habitación, que se extinguen con la muerte, y ello aunque se transmitan o acrezcan a otro que sobreviva al causante en virtud de pactos de constitución o reserva de usufructos sucesivos".

b) Ara bé, aquesta doctrina resulta aplicable només als supòsits de preexistència de tals càrregues en els béns que, arribat el fenomen successori, constituïran en definitiva el cabal relictu; però, lògicament, no opera en els casos, com s'esdevé aquí, en els quals aquest dret real subjectivitzat adquireix carta de naturalesa precisament amb la mort del testador i amb motiu de l'obertura de la successió. És exacte el que diu la recurrent, que l'usdefruit en favor de l'esposa del causant, adquirit mitjançant llegat del seu marit, conforma una càrrega que, a diferència de la del cens, "no existía sobre las fincas mientras éstas estuvieron en el patrimonio del causante". Per això es postula, amb raó, que com que els referits béns integraven el cabal relictu lliures de l'usdefruit, han de ser valorats sense tenir en compte aquest gravamen, sense descomptar-ne el seu valor, com erròniament ha entès la sentència combatuda. La regla 1ª de l'art. 355 del Codi de successions disposa imperativament, per al càlcul de la llegítima, que "hom parteix del valor que els béns de l'herència tenien al temps de la mort del causant", i això és així independentment del destí que el testador els hagués donat en la seva darrera disposició *mortis causae*.

Aquest primer motiu haurà, doncs, de ser estimat, amb l'abast que es determinarà en la part dispositiva d'aquesta sentència.



**Segon.** En el correlatiu motiu es denuncia, a l'empara de l'art. 477.1r de la LEC, literalment "infracción del art. 1253 del Código civil, cuya norma recoge hoy el artículo 386 LEC", així com vulneració de la jurisprudència que es cita.

Aquesta crítica jurídica incorria ja en causa d'inadmissió, que en aquest tràmit ho és de desestimació atesa la impossibilitat de censura d'un precepte recollit en la Llei d'enjudiciament civil mitjançant el recurs de cassació, única via de rebuig de la sentència utilitzada pel recurrent. En efecte, el precepte que es cita com a infringit, l'art. 1253 del Codi civil, fou abrogat per la disposició derogatòria única (apartat primer del núm. 2) de la nova LEC, i el seu contingut, traslladat a l'esmentat numeral 386 de la nova norma processal. Per a invocar-ne la infracció, doncs, i atesa la seva naturalesa adjectiva, no restava altra opció al recurrent que criticar-lo per la via del recurs d'infracció processal. Per això, atès que no s'ha interposat aquest recurs, el motiu decau sense necessitat de cap més comentari, si no és recordar que el Tribunal Suprem ha dit que "el sistema de recursos de la nueva LEC 2000 no es en absoluto coincidente con la distinción entre 'infracción de Ley' y 'quebrantamiento de las formas esenciales del juicio', establecida inicialmente en la LEC de 1881, no pudiendo contraerse el recurso extraordinario por infracción procesal a los vicios *in procedendo* y atribuir el íntegro control de los vicios *in iudicando* al recurso de casación, pues el ámbito jurídico-material al que se circunscribe este último determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva hacia la esfera del otro recurso extraordinario, a través del cual incumbe controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que no se circunscribe a las que enumera el art. 416 LEC 2000 bajo dicha denominación, sino que abarca también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión y las que determinan el resarcimiento de las costas y los gastos que el litigio comporta, de modo que los aspectos atinentes a la distribución de la carga y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos resultantes de la aplicación de esas reglas y principios que rigen la valoración de los diferentes medios de pruebas y de ésta en su conjunto, o la condena en costas en las sucesivas instancias, se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico (...) en la aplicación al caso enjuiciado de la norma substantiva en sí misma" (interlocutòries del TS de 12 i 26 de febrer de 2002, que es citen per totes).

**Tercer.** Els motius tercer i quart del recurs s'han d'abordar conjuntament, ja que el tercer denuncia la infracció dels art. 1275 i 1276 del Codi civil, així com de la jurisprudència que es cita, i el quart i darrer, la vulneració de la regla segona de l'art. 355 del Codi de successions. El que tenen en comú ambdues censures jurídiques és que citen com a infringits preceptes que només podrien esdevenir aplicables al cas si prèviament hagués estat declarada com a provada la realitat fàctica que postula la part recurrent, cosa que no s'ha esdevingut.

Es diu (motiu tercer) que "al no apreciar la existencia de éstas [amb referència a les donacions litigioses], en forma disimulada, la sentencia recurrida infringe los dos preceptos citados" i que (motiu quart) "al no apreciar la existencia de todas las donaciones disimuladas antes expuestas, la sentencia recurrida no ha podido aplicar correctamente la antedicha regla" [la denunciada com a infringida]; expressions que posen en evidència que la part recurrent fa supòsit de la qüestió, que consisteix "como repetidamente ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo (sentencias de 4 abril y 23 de junio de 1998) en fundamentar un motivo de casación partiendo de datos fácticos diferentes a los fijados o tenidos en cuenta

en la resolución objeto de recurso, sin obtener previamente su modificación o la integración con aquellos que sustentan la impugnación" (S. del TS de 6 d'abril de 2000); o, el que és el mateix, en un "vicio procesal tradicionalmente así denominado (...) por el que se trata, como en el presente caso, de alterar algunos de los datos declarados probados, partiendo de la base de establecer como probado lo que no está declarado así" (S. del TS de 30 de març de 1998).

Hauran de decaure també aquests dos darrers motius de recurs.

**Quart.** L'estimació en part del recurs provoca, d'acord amb l'art. 398.2 de la LEC, que no es condemni al pagament de les costes d'aquest recurs cap dels litigants.

Atesos els preceptes legals esmentats i altres d'aplicació,

### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit que estimava en part el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Francisco Javier P. T. contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 11a) de 14 de maig de 2003, en el rotlle d'apel·lació núm. 13/2002, derivat del judici de menor quantia núm. 461/2000 del Jutjat de Primera Instància núm. 13 de Barcelona, la qual, en conseqüència, revocava únicament en el sentit de substituir el pronunciament referit a la valoració de l'usdefruit expressat, de manera que la frase "la suma en que en ejecución de sentencia se valoren a la fecha del fallecimiento del causante las fincas de la c/ XXX y XXX de Barcelona, c/ XXX de La Selva del Camp y XXX de Tarragona, teniendo en cuenta el censo y el usufructo que las gravan" quedés substituïda per aquesta altra: "la suma en que en ejecución de sentencia se valoren a la fecha del fallecimiento del causante las fincas de la c/ XXX y XXX de Barcelona, c/ XXX de La Selva del Camp y XXX de Tarragona, teniendo en cuenta el censo que las grava", mentre que confirmava íntegrament els restants pronunciaments de la sentència esmentada i sense imposar les costes d'aquest recurs a cap dels litigants.

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

**842**  
**INTERLOCUTÒRIA DE 22 DE DESEMBRE DE 2003**

**Recurs extraordinari per infracció processal: requisits. Recurs de cassació basat en l'interès cassacional: requisits**

Presidenta:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Magistrats:

Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansa

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** Amb data 17 de juliol de 2003 la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar la Interlocutòria que en la seva part dispositiva deia: "Se deniega la preparación del recurso de casación anunciado por el procurador D. José Manuel Luque Toro en representación de Doña Inocencia T. B., contra la Sentencia resolutoria de esta alzada de fecha 4 de abril de 2003. Notifíquese a las partes la presente resolución, con la advertencia al recurrente del derecho que le asiste a recurrir en queja, que deberá preparar interesando motivadamente la reposición en el plazo de cinco días, tal como establecen los artículos 494 y ss. de la LEC".

Contra l'esmentada interlocutòria el procurador senyor José Manuel Luque Toro, en nom i representació de la Sra. Inocencia T. B., va interposar recurs de reposició a conseqüència del qual es va dictar una nova resolució, de 20 d'octubre de 2003, amb la següent part dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de reposición, previo a queja, interpuesto por la representación procesal de D. José Z. P., contra el Auto dictado en fecha 17 de julio de 2003, manteniendo lo en él dispuesto".

Finalment, per Interlocutòria de 30 d'octubre de 2003 es va rectificar la darrera decisió esmentada en el següent sentit: "Se rectifica el Auto de fecha 20 de octubre de 2003 en el sentido de que donde dice, en su parte dispositiva, "interpuesto por la representación procesal de D. José Z. P." debe decir: "interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Inocencia T. B.".

**FONAMENTS DE DRET**

**Primer.** En el recurs de queixa que el procurador senyor José Manuel Luque Toro, en nom i representació de la senyora Inocencia T. B., presenta davant d'aquest Tribunal, en primer terme es fa una petició amb caràcter principal i, per al cas que no reïxi, se'n fa una altra amb caràcter subsidiari.

En la pretensió principal la part recurrent demana que es rectifiqui un error de caràcter material, ja que diu que per “error en la plantilla del ordenador” va dir que presentava recurs de cassació quan en realitat volia dir que presentava recurs per infracció processal.

El cert és que aquesta pretensió la recurrent ja la va esgrimir davant de l’Audiència, i aquest òrgan judicial la va rebutjar raonant que no s’havien invocat en cap moment el preceptes legals corresponents a la infracció processal suposadament comesa. Aquesta argumentació la comparteix íntegrament la Sala i, a més, escau afegir que, d’acord amb el que preveu la disposició final setzena de la Llei d’enjudiciament civil, només es pot presentar recurs extraordinari per infracció processal sense presentar a la vegada recurs de cassació en els supòsits previstos en els números primer i segon de l’apartat segon de l’article 477 de l’esmentada LEC, i en cap moment s’al·lega que concorrin en el cas debatut.

D’acord amb les anteriors consideracions, no és procedent estimar la rectificació invocada per la part recurrent.

**Segon.** Com a petició subsidiària, esgrimida de forma confusa, sembla al·legar la recurrent que la sentència que pretén recórrer contradiu la doctrina forjada per aquesta mateixa Sala al voltant de la pensió compensatòria, i a propòsit d’aquesta afirmació diu que per respecte a l’article 477.2.3r de la Llei d’enjudiciament civil va invocar dues sentències d’aquesta Sala que revelarien la contradicció invocada.

El cert és que, contràriament al que manifesta la recurrent, és suficient una lectura de les interlocutòries qüestionades per a detectar que en l’escrit de preparació del recurs, si bé es feia expressa invocació de dues sentències d’aquesta Sala, l’al·lusió a una d’elles només tenia per objectiu incidir en el tema de la valoració probatòria, que com és sobradament sabut queda fora del marc cassacional.

Però al que s’ha exposat anteriorment encara hi podríem afegir que concorre una darre-ra circumstància que impedeix que les pretensions de la recurrent puguin reeixir: en cap moment s’identifica el nucli de la contradicció; és a dir, la recurrent no determina on rau la controvèrsia jurídica que és resolta de forma dispar en la sentència de l’Audiència en relació amb la doctrina forjada per aquest Tribunal Superior de Justícia.

Les anteriors consideracions es deriven tant de les interlocutòries que desestimaren la preparació del recurs de cassació com del mateix escrit de queixa. Una lectura de l’escrit de recurs permet detectar que la recurrent no delimita quin és el nucli jurídic que conformaria l’interès cassacional, i aquesta circumstància és suficient per a rebutjar el recurs interposat, ja que és cosa òbvia que en cas que concorregués interès de cassació que no hagués detectat l’Audiència, seria obligació del recurrent posar-lo en relleu davant aquesta Sala.

Per consegüent, s’imposa el rebuig del recurs de queixa i la confirmació de les interlocutòries que en són objecte.

## PART DISPOSITIVA

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha decidit desestimar el recurs de queixa interposat per la representació processal de la Sra. Inocència T. B. contra la interlocutòria de data 17 de juliol de 2003 dictada per la Secció 12a de l’Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle d’apel·lació 593/02 que va denegar la preparació de

recurs de cassació, i desestimat el recurs de reposició per Interlocutòria de 20 d'octubre de 2003, i, consegüentment, confirmar-les.

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

**843**  
**SENTÈNCIA DE 29 DE DESEMBRE DE 2003**  
*Concepció V.V. / Lluís V.V.*

**Compensació econòmica per raó de treball: requisits. Diferències entre el recurs de cassació i el recurs extraordinari per infracció processal. Recurs de cassació: naturalesa jurídica. Recurs de cassació basat en l'existència de jurisprudència contradictòria de les audiències provincials: requisits. Recurs de cassació fonamentat en la infracció de normes de vigència inferior a cinc anys: requisits**

President:

Excm. Sr. Guillem Vidal Andreu

Magistrats:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Luis V. V., representat davant aquest Tribunal pel procurador Sr. Antonio M<sup>a</sup> de Anzizu Furest i dirigit per l'advocat Sr. Ramón Tamborero y del Pino, contra la Sentència dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 7 d'abril de 2003, en entendre del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Granollers el 28 de juny de 2001 en el procediment de judici de separació núm. 390/00. La Sra. María Concepción V. V., aquí part recorreguda, no s'ha personat davant aquest Tribunal.

**ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** El procurador Sr. Ramon Daví Navarro, en nom i representació de la Sra. M<sup>a</sup> Concepción V. V., va formular demanda de judici de separació núm. 390/00 davant el Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Granollers. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 28 de juny de 2001, la part dispositiva de la qual diu el següent: "Que estimando como estimo parcialmente la demanda formulada por D<sup>a</sup>. María Concepción V. V., representada por el procurador Sr. Daví Navarro, frente a D. Luis V. V., representado por e procurador Sr. Cuenca Biosca, debo decretar y decreto la separación matrimonial de los cónyuges María Concepción V. V. y D. Luis V. V., con todos los efectos legales y, en especial:

"1º.- Se atribuye a la esposa el uso y disfrute de la vivienda conyugal sita en calle XXX, nº X, de la localidad de L'Ametlla del Vallés.

"2º.- En concepto de pensión de alimentos a favor de la esposa, el marido abonará la cantidad de 100.000 ptas. mensuales, que se abonarán por anticipado dentro de los cinco pri-

meros días de cada mes, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

“3º.- Se desestima la pretensión de que se otorgue a la actora una compensación económica por razón de trabajo en base al art. 41 del Código de familia.

“4º.- Se decreta la disolución del régimen económico matrimonial.

“5º.- No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales.”

**Segon.** Contra aquesta sentència, la part actora va interposar recurs d'apel·lació, que es va admetre i es va substanciar a la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 7 d'abril de 2003, amb la següent part dispositiva: “Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. María Concepción V. V., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº Dos de Granollers, en fecha veintiocho de junio de dos mil uno, debemos revocar y revocamos la mentada resolución en los extremos relativos a la pensión alimenticia y a la compensación económica por razón de trabajo, quedando tales medidas establecidas del modo siguiente:

“A) Se aumenta la cuantía de la pensión alimenticia establecida a favor de la esposa a la cantidad de mil trescientos cincuenta euros (1.350'- euros) mensuales, a contar desde la fecha de la sentencia impugnada.

“B) Se fija como compensación económica por razón de trabajo, a cargo del marido y a favor de la esposa, la suma de doscientos setenta mil cuatrocientos cincuenta y seis euros (270.456'- Euros), a satisfacer por el marido a la esposa en metálico, en el plazo máximo de tres años y con el interés legal de la misma desde la fecha de la presente resolución.

“Confirmándose la sentencia de instancia en todos sus restantes pronunciamientos y efectos. Todo ello, sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes litigantes.”

**Tercer.** Contra la sentència anterior, el Sr. Luis V. V. va interposar aquest recurs de cassació. Per interlocutòria de 9 d'octubre de 2003, aquest Tribunal es va declarar competent i el va admetre a tràmit, i de conformitat amb l'art. 485 de la LEC es traslladà a la part recorreguda perquè en un termini de vint dies formalitzés l'escrit d'oposició. Transcorregut el termini, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 15 de desembre de 2003, en què es varen celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.** Per tal de centrar les qüestions que s'han de resoldre en el recurs de cassació, és oportú fer una referència breu als fets següents:

A/ El senyor Lluís V. i V. i la senyora Concepció V. i V. van contraure matrimoni el dia 12 d'octubre de 1968 i d'aquesta unió matrimonial han nascut quatre fills, tots ells ja majors d'edat al temps de la crisi matrimonial dels seus pares.

B/ La senyora Concepció V. i V. va interposar una demanda de separació matrimonial contra el seu marit amb data 18 de setembre de 2000, en la qual interessava que al seu dia

es dictés sentència que decretés la separació judicial dels cònjuges i l'adjudicació a l'agent de l'habitatge familiar fins a la liquidació dels béns que havien adquirit per meitats indivises, que s'establís una pensió alimentària a favor de l'agent de 350.000 pessetes mensuals, que s'establís una compensació econòmica per raó de treball a favor de l'esposa de 145.000.000 de pessetes i que es procedís a la liquidació i adjudicació dels béns que havien adquirit els cònjuges per meitats indivises.

C/ El senyor Lluís V. i V. va presentar el seu escrit de contesta a la demanda el dia 9 de novembre de 2000, en el qual interessava que es decretés la separació dels cònjuges i l'adjudicació de l'habitatge familiar a l'agent fins a la dissolució i liquidació dels béns que havien adquirit per meitats indivises, i que s'establís una pensió per aliments a favor de l'esposa per un import de 75.000 pessetes mensuals.

D/ El Jutjat de Primera Instància número 2 de Granollers va dictar Sentència, el dia 28 de juny de 2001, que estimava parcialment la demanda, la part dispositiva de la qual decretava la separació dels cònjuges i l'atribució a l'esposa de l'ús i gaudiment de l'habitatge familiar, establia una pensió alimentària a favor de l'esposa per un import de 100.000 pessetes mensuals, desestimava la pretensió de l'esposa respecte a la compensació per raó de treball i decretava, finalment, la dissolució del règim econòmic matrimonial.

E/ L'agent va interposar recurs d'apel·lació contra la resolució esmentada, que va resoldre la Secció Divuitena de l'Audiència Provincial de Barcelona per Sentència de 7 d'abril de 2003, que estimava en part el recurs en el sentit de fixar una pensió per aliments a favor de l'esposa de 1.350 euros mensuals i reconèixer a aquesta el dret a percebre la quantitat de 270.456 euros en el termini de tres anys.

F/ El senyor Lluís V. i V. va interposar recurs de cassació contra aquesta sentència basat en la quantia i en l'interès cassacional, que va admetre a tràmit aquesta Sala per interlocutòria de 9 d'octubre de 2003, que precisava a la vegada que no es prendrien en consideració els documents amb què la part recurrent acompanyava el seu escrit d'interposició del recurs.

**Segon.** El motiu primer del recurs de cassació al·lega infracció de l'article 41 del Codi de família, que regula la compensació econòmica per raó de treball, i dels criteris interpretatius del precepte esmentat que estableix la Sentència d'aquesta Sala de 27 d'abril de 2000, que segons la part recurrent són que existeixi una separació judicial, divorci o nul·litat del matrimoni; que un dels cònjuges hagi realitzat durant el matrimoni uns treballs per a la casa o per a l'altre cònjuge sense haver percebut una retribució o havent percebut una retribució insuficient; que la dissolució del matrimoni hagi generat una desigualtat patrimonial obtinguda sobre la base de la comparació dels patrimonis d'ambdós cònjuges, i que la desigualtat patrimonial hagi originat un enriquiment injust. Afegeix la part recurrent que dels requisits esmentats, amb referència al cas concret que origina el recurs el fonamental és el de l'enriquiment injust o sense causa com a element generador del desequilibri provocat pel treball d'un dels cònjuges per a la casa i igual treball realitzat per un dels cònjuges per a la casa sense retribució o amb una retribució insuficient.

En el desenvolupament del motiu primer del recurs de cassació la part que recorre al·lega que durant la major part del temps que va durar la convivència matrimonial, l'esposa es va dedicar exclusivament a cuidar els quatre fills del matrimoni, el marit i la llar familiar, si bé precisa que aquest fet, considerat de forma aïllada, no genera el dret a percebre una compensació econòmica per raó de treball, ja que suposa la contribució de l'esposa al sosteniment de les despeses familiars segons l'article 5 del Codi de família. Per aquest motiu



la part recurrent desenvolupa de forma preferent les seves consideracions amb referència als treballs realitzats per l'esposa a favor del seu consort, i respecte a aquest punt precisa, inicialment, que no s'ha acreditat que l'esposa hagués compaginat des del començament la cura de la llar i dels quatre fills amb un treball a temps complet en els negocis del marit; i després la part recurrent dedica la major part del motiu de cassació que ara es considera, a fer una relació molt detallada dels béns que integren el patrimoni privatiu de l'esposa al temps de produir-se la crisi matrimonial, dels béns que integren el patrimoni privatiu del marit en el mateix moment i dels béns que pertanyen per meitats indivises a ambdós cònjuges.

D'acord amb la fonamentació que la part recurrent dóna al motiu primer del recurs de cassació, considera la Sala que el motiu ha d'ésser desestimat. El fonament de dret tercer de la sentència d'apel·lació estableix que s'ha acreditat de forma clara a les actuacions que durant els trenta anys de vigència de la convivència matrimonial l'esposa, a més a més d'haver tingut cura de la llar familiar, del marit i dels quatre fills del matrimoni, va treballar de forma constant en els negocis del marit sense que s'acrediti que hagués percebut cap tipus de remuneració. La Sala d'instància arriba a la conclusió esmentada després d'un estudi de totes les proves que s'havien practicat en el litigi, i la conclusió a la qual arriba sembla raonable i, en qualsevol cas, no revisable en el recurs de cassació, que segons l'article 477.1 de la Llei d'enjudiciament civil s'ha de fonamentar, com a motiu únic, en la infracció de les normes aplicables per a resoldre les qüestions objecte del procés, però no en la real o suposada infracció de normes processals sobre valoració de la prova; aquestes, en tot cas, poden ser objecte d'un recurs extraordinari per infracció processal, i no és aquesta la via que ha seguit la part recurrent. Interessa afegir ara que la sentència recorreguda examina de forma correcta els béns que integren el patrimoni privatiu del marit, de la muller i els comuns a ambdós cònjuges d'acord amb els criteris que va establir aquesta Sala en la seva Sentència de 27 d'abril de 2000, que és precisament la invocada per la part recurrent per a fonamentar la seva discrepància amb la sentència recorreguda, amb la mateixa conseqüència que no escau revisar en el recurs de cassació les conclusions que obté la Sala d'instància de la comparació i valoració dels patrimonis esmentats, precisament basant-se en els criteris establerts per aquesta Sala. I precisar, finalment, que la sentència recorreguda no declara, com al·lega la part recurrent, que l'increment patrimonial obtingut pel marit es deu de forma directa als treballs realitzats per l'esposa en els negocis del marit, sinó que declara una cosa molt diferent, com és que la col·laboració de l'esposa va comportar un augment de la productivitat de l'empresa del marit i un subsegüent augment del seu patrimoni.

**Tercer.** El motiu segon del recurs de cassació al·lega també infracció de l'article 41 del Codi de família de Catalunya, perquè la qüestió litigiosa s'ha resolt en contradicció amb el criteri establert per altres sentències dictades per les Audiències Provincials de Barcelona; hem de pressuposar, doncs, que la part recurrent fonamenta el motiu segon del seu recurs en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials. I si aquesta és la posició de la part recurrent, la seva pretensió ha d'ésser desestimada. En el desenvolupament del recurs al·lega la contradicció de la sentència recorreguda amb dues sentències dictades per la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona de 20 de juny i 18 de desembre de 2000, i aquesta no és la via escaient per a fonamentar un recurs de cassació basat en l'interès cassacional, ja que és criteri reiterat d'aquesta Sala que l'interès cassacional en aquest cas exigeix esmentar dues o més sentències dictades en grau d'apel·lació

en un sentit determinat i dues o més sentències dictades en grau d'apel·lació en un altre sentit, requisit que no compleix la part recurrent, que es limita a considerar la contradicció eventual entre la sentència recorreguda i les que esmenta de la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona.

És cert que la part recurrent fonamenta també el motiu segon del seu recurs de cassació basat en l'interès cassacional en el fet que l'article 41 del Codi de família té una vigència inferior a cinc anys; però oblida que l'article 41 del Codi de família té un antecedent molt clar en l'article 23 de la Compilació del dret civil de Catalunya, segons la redacció que es deriva de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, circumstància que determina igualment la improcedència d'al·legar l'interès cassacional per suposada infracció d'una norma de vigència inferior a cinc anys, perquè segons l'article 477.3 de la Llei d'enjudiciament civil no concorre aquest requisit si existeixen normes anteriors de contingut igual o similar.

Convé precisar, finalment, que la desestimació del motiu segon del recurs de cassació es fonamenta també en el fet que la part recurrent pretén una nova valoració de les proves que ja va apreciar la sentència d'apel·lació, pretensió que no escau, segons s'ha argumentat en el fonament de dret anterior.

**Quart.** Els raonaments anteriors porten a la desestimació total del recurs de cassació i a la imposició de les costes originades pel recurs a la part recurrent, segons preveuen els articles 394 i 398 de la Llei d'enjudiciament civil.

Vistos els preceptes legals esmentats i els concordants d'aplicació pertinent,

#### **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit que desestima el recurs de cassació interposat pel procurador dels tribunals senyor Antoni Maria de Anzizu i Furest, que actua en nom i representació del senyor Lluís V. i V., contra la Sentència dictada per la Secció Divuitena de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 7 d'abril de 2003 en el rotlle d'apel·lació 323/2002; amb imposició de les costes del recurs a la part recurrent.

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

**INTERLOCUTÒRIA DE 29 DE DESEMBRE DE 2003****Recurs extraordinari per infracció processal: incompetència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs**

President:

Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté

Magistrats/ades:

Il·lma. Sra. Núria Bassols i Muntada

Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol

**FETS**

**Únic.** La representació processal de les entitats Cavinma Serveis, SL, i Gabinet d'Assessors Pérez Conesa, SL, ha interposat recurs de queixa contra la Interlocutòria de data 25 de setembre de 2003 dictada per la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona, que va denegar la preparació de recurs extraordinari per infracció processal contra la Sentència de data 23 de juliol de 2003, i desestimat el recurs de reposició per interlocutòria de 12 de novembre de 2003.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol.

**FONAMENTS JURÍDICS**

**Únic.** Segons la disposició final setzena de la Llei d'enjudiciament civil, apartat 1, regla 1a, la competència per a conèixer del recurs extraordinari per infracció processal s'atribueix a la Sala Civil del Tribunal Suprem, excepte en els casos en els quals la competència per a conèixer del recurs de cassació correspongui a les sales civils dels tribunals superiors de justícia.

En el cas que origina aquesta resolució, la part que recorre ha interposat únicament recurs extraordinari per infracció processal, i de les al·legacions que es fan en l'escrit d'interposició del recurs de queixa, així com de l'examen de la sentència recaiguda en el tràmit d'apel·lació, en resulta que el litigi es centrava sobre qüestions alienes al dret civil de Catalunya; en conseqüència, aquesta Sala no té competència per a conèixer d'un eventual recurs de cassació.

Per tant, escau decretar la incompetència de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a resoldre el recurs de queixa.

Per tot el que s'ha exposat,

## **PART DISPOSITIVA**

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a Sala Civil, ha decidit decretar la seva incompetència per a conèixer del recurs de queixa interposat pel procurador dels tribunals senyor Ricard Simó i Pascual, que actua en nom i representació de Cavinma Serveis, SL, i de Gabinet d'Assessors Pérez Conesa, SL, contra la Interlocutòria dictada per la Secció Onzena de l'Audiència Provincial de Barcelona de 12 de novembre de 2003.

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

**TERCERA PART**  
**ÍNDIX DE CONCEPTES**

## A

### **Abús de dret**

efectes, pàg. 391  
en general, pàg. 208

**Acceptació de l'herència**, de forma tàcita,  
pàg. 177

**Accessió**, dret d', dret de retenció a favor del  
constructor de bona fe en els casos d'accessió  
immobiliària, pàg. 208

**Acció declarativa del domini**, diferències amb  
l'acció reivindicatòria, pàg. 572

**Acció de petició d'herència**  
determinació del seu abast, pàg. 113  
objecte, pàg. 113

**Acció reivindicatòria**  
diferències amb l'acció declarativa del domini,  
pàg. 572  
necessitat d'acreditar el dret de propietat,  
pàg. 439  
no és suficient la constància cadastral per  
acreditar el dret de propietat, pàg. 572

**Actes propis**, pàg. 208, 249, 555 i 563

### **Aliments**

a favor dels fills majors d'edat en les situa-  
cions de crisi matrimonial, pàg. 484  
a favor dels fills i naixement del dret a recla-  
mar-los, pàg. 500  
diferències amb la pensió compensatòria,  
pàg. 563

**Arbitrium merum**, diferències amb l'*arbitrium  
boni viri*, pàg. 391

## B

**Bona fe**, pàg. 391

## C

**Capacitat per a testar**  
abast de l'apreciació notarial sobre capacitat  
del testador, pàg. 439

presumpció de capacitat del testador, pàg.  
439

**Càrrega de la prova**, la seva infracció s'ha de  
denunciar per la via del recurs extraordinari  
per infracció processal, pàg. 249

**Cassació**, recurs de,  
abast del formalisme en el recurs, pàg. 326 i  
439  
admissibilitat, pàg. 136 i 241  
competència de la Sala Civil del Tribunal  
Superior de Justícia de Catalunya per a conèi-  
xer del recurs, pàg. 19, 23, 88, 258, 287, 364  
i 432  
desistiment, pàg. 363 i 590  
determinació del seu abast, pàg. 136  
diferències amb el recurs extraordinari per  
infracció processal, pàg. 160, 164, 318, 344,  
354, 439 i 616  
diferències entre els motius del recurs i els  
requisits a l'accés cassacional, pàg. 555  
basat en l'existència de jurisprudència con-  
tradictòria de les audiències provincials i el  
seu abast, pàg. 21, 103, 323, 340, 388, 579,  
602 i 616  
basat en la infracció de normes de vigència  
inferior als cinc anys i els seus requisits, pàg.  
579 i 616  
basat en l'interès cassacional i els seus requi-  
sits, pàg. 21, 27, 29, 32, 63, 66, 98, 101, 103,  
155, 160, 164, 173, 215, 279, 334, 340, 459,  
466, 524, 526, 579, 582 i 613  
basat en l'interès cassacional i amb indepen-  
dència que el litigi s'hagi tramitat per raó de  
la matèria o per raó de la quantia, pàg. 84,  
124, 148, 151, 198, 213, 228, 268, 276, 346,  
436, 540 i 602  
basat en la manca de jurisprudència i els seus  
requisits, pàg. 48, 241, 315, 352 i 380  
basat en la quantia del litigi i els seus requi-  
sits, pàg. 48, 80, 515 i 602  
facultats de l'Audiència Provincial respecte a  
l'admissió del recurs basat en l'interès cassa-  
cional, pàg. 53  
funcions, pàg. 476  
inadmissió quan es fonamenta en la infracció  
de preceptes que possibiliten la interposició  
del recurs extraordinari per infracció proces-  
sal, pàg. 32, 41, 291, 312 i 338  
jurisprudència als efectes del recurs, pàg. 354

- mesures cautelars en el tràmit de la cassació, pàg. 528
- naturalesa jurídica, pàg. 32, 98, 234, 326, 340, 459, 532, 555, 584, 594 i 616
- no escau contra els *obiter dicta* de la sentència recorreguda, pàg. 74, 113, 160 i 297
- no escau fer supòsit de la qüestió litigiosa, pàg. 607
- no escau quan s'invoquen preceptes sobre valoració de la prova, pàg. 584
- no es pot fonamentar en preceptes genèrics, pàg. 297
- no es pot fonamentar en preceptes sobre càrrega de la prova, pàg. 594
- no es pot fonamentar en una pluralitat de preceptes heterogenis, pàg. 297, 532 i 594
- qüestions noves en el recurs, pàg. 208, 297 i 373
- requisits de l'escrit de preparació del recurs, pàg. 35, 105, 157, 198, 201, 232, 266, 368, 421, 432, 434, 492, 496, 500, 507, 509, 511 i 560
- Causa del contracte**, prova de la seva existència, pàg. 249
- Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya**, irretroactivitat del seu article 304, pàg. 391
- Compensació econòmica per raó de treball**, determinació del seu import, pàg. 167
- finalitats, pàg. 53, 108, 136 i 167
- incidència de les inversions patrimonials fetes per un cònjuge a favor de l'altre a l'hora de calcular-ne l'import, pàg. 108
- procedència, pàg. 167 i 318
- requisits, pàg. 108 i 616
- requisit de l'enriquiment injust, pàg. 53 i 136
- Competència territorial negativa**, qüestió de en el procediment d'elevació a escriptura pública d'un document privat, pàg. 591
- en el procediment monitori, pàg. 51, 289, 413 i 500
- en el procediment sobre incapacitació, pàg. 456
- Compravenda**, contracte de, que dissimula una donació i els seus efectes, pàg. 249
- Compres amb pacte de supervivència**
- adquisició automàtica pel supervivent de la meitat del cònjuge premort, pàg. 113
- diferències amb les donacions per causa de mort, pàg. 74
- es poden convenir en un contracte de renda vitalícia, pàg. 113
- inalitats, pàg. 74
- naturalesa jurídica, pàg. 74
- poden convenir-les persones que formen una unió estable de parella, pàg. 74
- Congruència**,
- existeix quan es fa una condemna en costes, encara que no es demani, pàg. 88
- incongruència interna de la sentència, pàg. 297
- la manca de congruència s'ha d'impugnar per la via del recurs extraordinari per infracció processal, pàg. 439
- manca per haver-se resolt *ultra petitem*, pàg. 88
- modalitats, pàg. 177 i 532
- no es pot al·legar incongruència en els casos d'errors materials, pàg. 136
- requisits, pàg. 177 i 532
- Contractes**
- aleatoris i la seva naturalesa jurídica, pàg. 113
- causa i prova de la seva existència, pàg. 249
- de compravenda, vegeu "Compravenda, contracte de"
- de donació, vegeu "Donació"
- interpretació, pàg. 188, 249 i 260
- Cosa jutjada**
- naturalesa jurídica de la cosa jutjada material, pàg. 354
- no es produeix en el procediment de l'article 41 de la Llei hipotecària, pàg. 208
- qüestions de dret transitori derivades de la Llei d'enjudiciament civil de l'any 2000, pàg. 354
- requisits, pàg. 572
- Costes**
- critèris per a la seva imposició, pàg. 532
- escau una condemna en costes, encara que no es demani, sense incórrer en incongruència, pàg. 88

## D

**Delació hereditària** efectes, pàg. 177

### **Desheretament**

condicional, pàg. 177  
injust i els seus efectes, pàg. 177  
just, requisits, prova i efectes, pàg. 177  
legitimació activa en l'acció de desheretament injust, pàg. 177  
legitimació passiva en l'acció de desheretament injust, pàg. 177

### **Despeses familiars**

concepte, pàg. 224  
determinació del seu abast, pàg. 224  
responsabilitat solidària dels cònjuges per les despeses familiars, pàg. 224

**Divorci** caràcter constitutiu de la sentència i el seu abast, pàg. 500

**Documental** prova, valor de la documental pública, pàg. 249

### **Domicili**

concepte, pàg. 456  
requisits, pàg. 456

**Donació** dissimulada en forma de compravenda i els seus efectes, pàg. 249

**Donació per causa de mort**, diferències amb les compres amb pacte de supervivència, pàg. 74

**Donacions entre cònjuges**, qüestions de dret transitori sobre la seva validesa, pàg. 113

**Dret civil català**, interpretació, pàg. 373 i 423

## E

### **Emfiteusi**

càrrega de la prova del pagament de les pensions, pàg. 282  
divisió del cens emfiteutic, obligatorietat de la divisió i les seves limitacions, pàg. 188  
extinció per prescripció i interrupció de la prescripció, pàg. 282, 326 i 540  
naturalesa jurídica, pàg. 188

necessitat de la pensió i el seu abast, pàg. 188  
normativa vigent a Catalunya, pàg. 540  
qüestions de dret transitori, pàg. 282, 326 i 540

### **Enriquiment injust**

en general, pàg. 500  
en la reclamació de la compensació econòmica per raó de treball, pàg. 53 i 136

## F

### **Família**

despeses familiars, pàg. 224  
segons la Constitució, pàg. 74

**Fideïcomís de residu**, diferències amb l'usdefruit amb facultats de disposició, pàg. 391

### **Filiació**

acció d'impugnació de la paternitat matrimonial, la seva caducitat i qüestions de dret transitori, pàg. 68  
determinació de l'abast de la retroactivitat de les normes del Codi de família sobre filiació, pàg. 68  
importància de les proves biològiques, pàg. 354  
negativa a la pràctica de proves biològiques i la seva valoració, pàg. 354  
principis que informen la legislació catalana sobre filiació, pàg. 68, 354 i 469  
règim jurídic en el dret civil de Catalunya, pàg. 354  
retroactivitat del Codi de família, pàg. 354

**Fonts del dret civil català**, abast del Codi civil com a dret supletori, pàg. 113

**Frau de llei**, pàg. 555 i 563

## H

### **Habitatge familiar**

abast de l'obligació de fixar una durada a la seva atribució en les situacions de crisi matrimonial, pàg. 488  
atribució de l'ús per resolució judicial i la seva incidència sobre l'acció de divisió de cosa comuna, pàg. 88 i 402



delimitació de l'abast de la temporalitat de l'atribució en les situacions de crisi matrimonial, pàg. 402  
protecció i qüestions de dret transitori, pàg. 88

#### **Herència**

acceptació tàcita, pàg. 177  
acció de petició d'herència, pàg. 113  
delació hereditària, pàg. 177  
jacent, pàg. 177

**Hereu**, vinculació als actes propis del seu causant i determinació del seu abast, pàg. 297

### **I**

#### **Indefensió,**

en general, pàg. 68  
modalitats, pàg. 113

**Infracció processal**, recurs extraordinari per, amb referència a la prova de presumpcions, pàg. 439  
amb referència a la valoració de la prova documental, pàg. 215  
amb referència a la valoració de la prova pericial, pàg. 215 i 532  
competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs, pàg. 39, 206 i 621  
diferències amb el recurs de cassació, pàg. 164, 167, 318, 354, 439 i 616  
efectes de la seva estimació, pàg. 532  
és la via processal escaient per a denunciar la infracció de la tutela judicial efectiva, pàg. 439  
és la via processal escaient per a denunciar la infracció de les normes sobre càrrega de la prova, pàg. 249 i 439  
és la via processal escaient per a impugnar la manca de congruència de la sentència, pàg. 439  
estimació per infracció de les normes reguladores de la sentència, pàg. 282  
no escau quan s'al·lega que la sentència no fa una relació de fets provats, pàg. 439  
per vulneració de les normes sobre valoració de la prova, pàg. 439  
procedència, pàg. 215, 291, 312, 340 i 439  
requisits, pàg. 613

#### **Interpretació**

de la llei, pàg. 74, 88 i 476  
del dret civil català, pàg. 373 i 423  
del testament, pàg. 515  
dels contractes, pàg. 188, 249 i 260

**Irretroactivitat**, de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella, pàg. 74

*Iura novit curia*, pàg. 53

### **J**

**Jurisprudència**, als efectes del recurs de cassació, pàg. 354

### **L**

**Legitimació activa**, en l'acció de desheretament injust, pàg. 177

**Legitimació passiva**, en l'acció de desheretament injust, pàg. 177

**Llacunes legislatives**, diferències amb els conjunts buits, pàg. 373 i 423

**Llegat**, de diners i interpretació del seu abast, pàg. 515

#### **Llegítima**

computació legitimària i improcedència de deduir del valor dels béns hereditaris el valor del dret d'usdefruit establert pel testador, pàg. 607  
desheretament just i injust, pàg. 177  
intangibilitat, pàg. 607  
pagament i càrrega de la prova, pàg. 177

#### **Llei**

interpretació, pàg. 74, 88 i 476  
interpretació segons la realitat del temps present, pàg. 469

#### **Lletrat**

improcedència d'excloure de la seva minuta d'honoraris el concepte derivat del compliment del dret de defensa del seu client, pàg. 294  
requisits de la seva minuta d'honoraris en la taxació de costes, pàg. 294

## M

**Mala fe processal**, pàg. 572

### Matrimoni

aliments a favor dels fills majors d'edat en les situacions de crisi matrimonial, pàg. 484 i 500  
compensació econòmica per raó de treball en les situacions de crisi matrimonial, pàg. 53, 108, 136, 167 i 616  
despeses familiars, pàg. 224  
pensió compensatòria en les situacions de crisi matrimonial, pàg. 53, 201, 271, 476, 528 i 563  
protecció de l'habitatge familiar en les situacions de crisi matrimonial, pàg. 88, 402 i 488  
responsabilitat solidària dels cònjuges per les despeses familiars, pàg. 224

### Mesures cautelars

en el tràmit del recurs de cassació, pàg. 526  
finalitats, pàg. 526

## N

*Negotium mixtum cum donatione*, naturalesa jurídica, pàg. 391

**Nul·litat del testament**, per existència de maniobres doloses sobre la voluntat del testador, pàg. 439

**Nul·litat de resolucions judicials**, estimació, pàg. 305

## O

### Opció de compra

naturalesa jurídica, pàg. 241  
rescissió per lesió, pàg. 241

## P

**Pactes successoris**, nul·litat dels que recauen sobre successió no oberta i determinació del seu abast, pàg. 74

**Partició hereditària**, naturalesa jurídica, pàg. 423

### Pensió compensatòria

actualització, pàg. 532  
conversió de la pensió alimentícia en pensió compensatòria com a conseqüència de la sentència de divorci, pàg. 271  
determinació del seu import, pàg. 53, 201 i 532  
diferències amb el dret d'aliments, pàg. 560  
durada, pàg. 201 i 532  
naturalesa jurídica, pàg. 201 i 476  
possibilitat d'augmentar-ne la quantia, pàg. 476 i 560  
renunciabilitat, pàg. 271

### Possessió

en concepte d'amo, pàg. 234  
interversió del concepte possessor i els seus requisits, pàg. 234

### Prescripció extintiva

del dret real de cens, pàg. 282 i 540  
imprescriptibilitat de les accions de divisió de cosa comuna, pàg. 594  
interrupció de la prescripció per inscripció del dret real del censalista, pàg. 282, 326 i 540

**Principi de contradicció**, pàg. 160

**Principi de rogació**, pàg. 297

**Principi dispositiu**, pàg. 53

### Propietat, dret de,

acció reivindicatòria, pàg. 439 i 572  
no és suficient la constància cadastral per acreditar el dret de propietat, pàg. 572

### Propietat horitzontal

caducitat de l'acció de modificació de les quotes, pàg. 380  
modificació de les quotes, pàg. 380  
títol constitutiu i la seva naturalesa jurídica, pàg. 380

### Prova

càrrega, vegeu "Càrrega de la prova"  
documental, vegeu "Documental, prova"  
en la segona instància, pàg. 549

## Q

**Queixa**, recurs de,  
competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs, pàg. 44 i 522  
inadmissió per haver-se interposat fora de termini, pàg. 134  
naturalesa jurídica, pàg. 315  
per no admetre's el recurs de cassació basat en la quantia, pàg. 232 i 419  
per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional, pàg. 35, 41, 124, 148, 151, 195, 213, 228, 268, 276, 315, 346, 368, 371, 432, 434, 436, 496, 507, 509, 511, 513 i 600  
per no admetre's el recurs de cassació basat en l'interès cassacional per existir jurisprudència contradictòria de les audiències provincials, pàg. 416  
per no admetre's el recurs de cassació interposat per a la tutela dels drets fonamentals, pàg. 175  
per no admetre's a tràmit el recurs extraordinari per infracció processal, pàg. 37, 132, 153, 315, 492 i 522  
per no tenir per preparat el recurs de cassació basat en l'interès cassacional per manca de jurisprudència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, pàg. 127 i 350

## R

**Recurs de cassació**, vegeu "Cassació, recurs de"

**Recurs de queixa**, vegeu "Queixa, recurs de"

**Recurs de revisió**, vegeu "Revisió, recurs de"

**Recurs extraordinari per infracció processal**, vegeu "Infracció processal, recurs extraordinari per"

**Registre de la propietat**, caràcter no constitutiu de la inscripció registral, pàg. 113

**Rescissió per lesió**

abast de la prova pericial, pàg. 241  
determinació del preu just en els casos d'opció de compra, pàg. 241

escau el seu exercici com a subsidiària de l'acció de simulació, pàg. 549  
exercici de l'acció rescissòria pels creditors del venedor, pàg. 549  
ineficàcia de la renúncia a l'acció rescissòria, pàg. 584  
no escau l'exercici de l'acció rescissòria en els contractes en els quals el preu s'ha fixat en relació amb el caràcter aleatori de la cosa objecte del contracte, pàg. 555

**Responsabilitat civil dels jutges i magistrats**, determinació de l'organisme jurisdiccional competent en les demandes sobre la seva responsabilitat, pàg. 366

**Retenció**, dret de,

bona fe del contractista, pàg. 208  
en els casos d'accessió immobiliària i la seva naturalesa jurídica, pàg. 208  
facultats del titular del dret de retenció, pàg. 208

**Revisió**, recurs de,

caducitat i la seva naturalesa jurídica, pàg. 143 i 469  
competència de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per a conèixer del recurs, pàg. 25, 46, 61, 130 i 463  
computació del termini de caducitat del recurs, pàg. 143 i 469  
contra diligència d'ordenació, pàg. 305  
desistiment, pàg. 96  
sobre la base de maquinacions fraudulentes, pàg. 143  
fonamentat en l'obtenció de documents que incideixen sobre la qüestió litigiosa que no existien quan es va dictar la sentència que origina la revisió, pàg. 307  
fonamentat en el recobriment de documents posteriors a la sentència que dona lloc a una prova biològica de la no-paternitat, pàg. 469  
naturalesa jurídica, pàg. 307 i 469

## S

**Servitud**, dret real de, constitució per signe aparent, pàg. 373, 408 i 423

**Simulació**

efectes de la compravenda que dissimula una donació, pàg. 249  
relativa, pàg. 249

**Societat de guanys del Codi civil**, no li és aplicable l'article 49 de la Compilació del dret civil de Catalunya, pàg. 594

**T****Taxació de costes**

improcedència d'excloure de la minuta d'honoraris del lletrat el concepte derivat del compliment del dret de defensa, pàg. 294  
improcedència d'incloure en la minuta d'honoraris de l'advocat de l'Estat la nota de drets del procurador dels tribunals, pàg. 399  
impugnació per indegudes, pàg. 294, 336 i 399

possibilitat que el lletrat presenti dues minuts d'honoraris diferents amb referència als recursos de cassació i extraordinari per infracció processal, pàg. 336  
requisits de la minuta d'honoraris del lletrat, pàg. 294

**Testament**

capacitat per a testar, pàg. 439  
interpretació, pàg. 515  
nul·litat per existència de maniobres doloses sobre la voluntat del testador, pàg. 439

**Tradició jurídica catalana**, pàg. 177, 215, 326, 354, 373 i 423

**Tribunal Superior de Justícia de Catalunya**

competència de la seva Sala Civil per a conèixer del recurs de cassació, pàg. 19, 23, 88, 258, 287, 364 i 430

competència de la seva Sala Civil per a conèixer del recurs de queixa, pàg. 44, 132, 495 i 515

competència de la seva Sala Civil per a conèixer del recurs de revisió, pàg. 25, 46, 61, 130 i 463

competència de la seva Sala Civil per a conèixer del recurs extraordinari per infracció processal, pàg. 39, 206 i 621

**Tutela**, autotutela, pàg. 215

**Tutela judicial efectiva**

dels drets fonamentals, pàg. 19

en general, pàg. 53 i 113

la seva infracció s'ha de denunciar per la via del recurs extraordinari per infracció processal, pàg. 439

**U****Unió estable de parella**

irretroactivitat de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, pàg. 74

possibilitat que els convivents puguin conve-nir unes compres amb pacte de supervivència, pàg. 74

**Usdefruit**

amb facultat de disposició i determinació de l'abast de les facultats dispositives de l'usufructuari, pàg. 391

diferències entre l'usdefruit amb facultats de disposició i el fideïcomís de residu, pàg. 391

**Usucapió**

interversió del concepte possessori i els seus requisits, pàg. 234

possessió en concepte d'amo, pàg. 234 i 572