

## Resumen

*El TSJ conoce de diversos recursos derivados de un procedimiento de divorcio, desestimando el recurso de casación presentado por el ex-marido y el de infracción procesal de la ex-esposa y estimando parcialmente el recurso de casación de la misma en relación a la cuantía de la indemnización que ésta tiene derecho a recibir de su ex-marido por los años que ha dedicado al cuidado de la hija común, del domicilio conyugal y del negocio del marido, posibilitando a éste acumular un importante patrimonio inmobiliario y renunciando a adquirirlo para sí, generándose un enriquecimiento injusto a favor del marido que la sala considera más elevado que el estipulado por la audiencia, elevando consecuentemente la indemnización. Por otro lado, fija la pensión compensatoria en la establecida en primera instancia y no en la decretada por la audiencia que considera demasiado baja teniendo en cuenta la situación patrimonial y las posibilidades económicas de ambos ex-cónyuges. La Sala tiene en cuenta para todo ello no sólo el tiempo real que duró el matrimonio, de un año, sino todo el tiempo de convivencia "more uxorio" de la pareja.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña  
art.84.1

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1.1

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	6

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Concesión

Cuantía

Otros supuestos

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento:Recurso de casación

### Legislación

Aplica art.84.1 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Aplica art.1.1 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.217, art.270, art.271, art.339.2, art.394, art.398, art.440.1, art.469.1, art.476.2, art.477.1, art.477.2, art.485, art.770, dñi.16 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 10/1998 de 15 julio 1998. Uniones Estables de Parejas, C.A. Cataluña

Cita art.41, art.84 de Ley 9/1998 de 15 julio 1998. Código de Familia, C.A. Cataluña

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.3, art.14, art.97, art.1255, art.1323, art.1817 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Cita STS Sala 1ª de 17 enero 2003 (J2003/304)

Cita STS Sala 1ª de 16 julio 2002 (J2002/28318)

Cita STS Sala 1ª de 27 marzo 2001 (J2001/5525)

Cita STS Sala 1ª de 10 marzo 1998 (J1998/1250)

Cita STS Sala 1ª de 11 diciembre 1992 (J1992/12229)

### Bibliografía

Citada en "La pensión compensatoria"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Begoña Sáez Pérez, actuó en nombre y representación Sr. Andrés formulando demanda de juicio de divorcio núm. 330/04 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 1 de octubre de 2004, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"FALLO: ESTIMO la demanda presentada por la Procuradora Begoña Saez Pérez en nombre y representación de D. Andrés contra D<sup>a</sup> Lidia representada por el Procurador Carlos Arcas Hernández y declaro disuelto por causa de divorcio el matrimonio de los referidos cónyuges con todos los efectos legales, ESTIMO parcialmente la demanda reconvenicional formulada de contrario y atribuyo el uso del domicilio familiar sito en Barcelona, CALLE000NUM000- NUM001- NUM002NUM003 escalera NUM004, a la esposa. Establezco a favor de ésta y a cargo del marido una pensión compensatoria de 2.200 euros mensuales a satisfacer por meses anticipados en la cuenta designada por ella, dicha cantidad se revisará anualmente de conformidad con las variaciones del IPC y sin necesidad de requerimiento previo.

Se desestiman el resto de pretensiones.

No procede pronunciamiento sobre las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra esta Sentencia, ambas partes interpusieron recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 12<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 27 de julio de 2005, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS: Que, ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación formulado por la Procuradora D<sup>a</sup> BEGOÑA SÁEZ PÉREZ, en nombre y representación de D. Andrés, y también EN PARTE el recurso de apelación deducido por el Procurador D. CARLES ARCAS HERNÁNDEZ, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Lidia, contra la Sentencia dictada en fecha 1 de octubre de 2.004 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona, en proceso de Divorcio núm. 330/2004, debemos de REVOCAR y REVOCAMOS PARCIALMENTE la sentencia apelada, en el sentido de reconocer a la demandada principal, actora por la reconvenición deducida, una compensación económica del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña EDL 1998/45031 de CIENTO VEINTE MIL EUROS (120.000.- euros), pagaderos por la parte adversa en el plazo máximo de tres años desde la fecha de esta sentencia, con el devengo desde entonces, hasta su total pago de los intereses legales, y; en el sentido de reducir la pensión compensatoria por desequilibrio económico concedida a la reconvincente, hasta la suma de MIL EUROS (1.000.- euros) MENSUALES, pagaderos y actualizables en la forma determinada en la sentencia apelada, cuyos demás pronunciamientos confirmamos, sin hacer especial declaración de condena de las costas procesales de la presente alzada procedimental".

TERCERO.- Contra esta Sentencia, ambas partes interpusieron recurso de casación y extraordinario por infracción procesal que por auto de esta Sala, de fecha 17 de noviembre de 2005, se admitieron a trámite, dándose traslado para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

CUARTO.- Por providencia de fecha 12 de enero de 2006 se tuvieron por formuladas oposición a los recurso de casación y por infracción procesal, y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 se señaló para su la celebración de vista el día 30 de enero de 2006 a las 10,30 horas de su mañana, en que ha tenido lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 27 de julio de 2.005 se dictó sentencia por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona en Rollo de apelación 48/05 procedente del juicio de divorcio contencioso núm. 330/04 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona.

Contra dicha sentencia interponen las dos partes sendos recursos, de casación la representación procesal de D. Andrés, y de casación y de infracción procesal la representación de D<sup>a</sup> Lidia.

Los recursos, como se dijo en el proveído de esta Sala de fecha 17 de noviembre de 2.005, carecen de las más mínimas reglas de rigor casacional, pero su admisión ha sido obligada habida cuenta de la cuantía del proceso ( art. 477.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil EDL 2000/77463 ) y del interés casacional que presentaba el del Sr. Andrés al no existir jurisprudencia consolidada de esta Sala en torno a la norma aplicada en la sentencia objeto de recurso ( art. 477.2.3 del mismo texto legal). Lo anterior obligará a una labor - que indudablemente no le corresponde a la Sala - de separación de los motivos para su análisis pormenorizado.

SEGUNDO.- Comenzando por el recurso formulado por la representación de D. Andrés, parece que el mismo se fundamenta en la supuesta infracción del art. 41 del Codi de Família de Catalunya EDL 1998/45031 (art. 477.1 de la LEC EDL 2000/77463 ) y su denuncia encierra tres órdenes de consideraciones: primera, la aceptación por parte del Tribunal a quo de la doctrina que emana de nuestra sentencia de 12 de enero de 2.004, esto es, la suma, a los efectos de determinar el "quantum" de la compensación económica, de los períodos de convivencia matrimonial y de convivencia more uxorio; segunda, la inexistencia de un desequilibrio patrimonial como requisito para la concesión judicial de tal compensación económica; y tercera, la falta de explicitación por el Tribunal de las bases o índices de cálculo para la fijación de la compensación de 120.000 euros concedida.

La primera disidencia con la sentencia reproduce la cuestión de si la compensación económica que prevé el art. 41 del Codi EDL 1998/45031 en favor del cónyuge que, producida la ruptura matrimonial y habiendo trabajado en el hogar familiar o para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente, ve desfavorecida su situación patrimonial respecto de éste, produciéndose un enriquecimien-

to injusto, puede acumularse a otra indemnización que, indudablemente basada en otras circunstancias (no hay matrimonio ni unión estable de pareja), le sea debida al cónyuge desfavorecido con fundamento en otros preceptos normativos. La cuestión efectivamente fue abordada y resuelta en nuestra sentencia de 12 de enero de 2.004 (sin que la Sala haya tenido ocasión de ratificar su doctrina) sobre un supuesto fáctico que descansaba en una convivencia more uxorio de más de doce años y una convivencia matrimonial que no alcanzaba al año (parecido supuesto, pues, al actual). El fundamento de la concesión de la compensación económica lo encontró la Sala en el art. 14 de la Constitución EDL 1978/3879 y en el art. 3 del Código civil EDL 1889/1, argumentando que: "la remisión que fa l'article 3 del Codi civil a la realitat social del temps en que les normes han d'ésser aplicades impediria no computar el temps de convivència more uxorio per tal d'atorgar la compensació econòmica que ara es tracta. Considera la Sala que en el supòsit que el Parlament de Catalunya no hagués dictat la Llei de parelles de fet EDL 1998/45032, en la societat actual, seria contrari al principi d'igualtat previst en la Constitució espanyola EDL 1978/3879 no donar protecció al membre de la parella que sofrís un empobriment injust a conseqüència del període de convivència".

Es cierto que, con posterioridad, el Tribunal Supremo, en un Pleno de su Sala Primera, ha dictado la sentencia de 12 de septiembre de 2.005 que, ab initio, parece contradecir tanto la argumentación de la Audiencia como nuestra sentencia aludida. Sin embargo, debe caerse en la cuenta de que el Tribunal Supremo deniega la compensación económica en el caso enjuiciado sobre una situación fáctica en que no aprecia desfavorecimiento del cónyuge solicitante (Fundamento de Derecho Cuarto) y admite que el propio Tribunal ha fundado anteriores decisiones de concesión indemnizatoria en base unas veces a la teoría del enriquecimiento injusto (11 de diciembre de 1.992 EDJ 1992/12229, a la que puede añadirse la de 27 de marzo de 2.001 EDJ 2001/5525), otras a la del principio de protección del conviviente más débil (10 de marzo de 1.998 EDJ 1998/1250 y la citada de 27 de marzo de 2.001, más la de 17 de enero de 2.003 EDJ 2003/304), otras a la analogía con el art. 97 del Código civil EDL 1889/1 (16 de noviembre de 1.996, 5 de julio de 2.001 y 16 de julio de 2.002 EDJ 2002/28318), otras, finalmente, combinando algunos de estos principios (27 de marzo de 2.001, 17 de enero de 2.003 EDJ 2003/304 y 23 de noviembre de 2.004).

A lo dicho más arriba sobre la consideración constitucional del art. 14 EDL 1889/1 y la regla interpretativa del art. 3 del Código civil EDL 1889/1, debe añadirse ahora lo expuesto por el Tribunal Supremo en la sentencia meritada (Fundamento de Derecho Tercero) en el sentido de la obligada remisión, dentro del ámbito resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta reguladora de la cuestión, a la analogía iuris, esto es, a la aplicación de un principio general de derecho extraído - inducido - no de un precepto legal concreto - analogía legis - sino de un conjunto de normas que, unidas, permiten llenar el vacío jurídico sobre el concreto caso, porque proyectadas así llevan a una solución justa y satisfactoria en Derecho. Se trata, en consecuencia, de la aplicación del principio general de derecho (art. 1.1 del Código civil EDL 1889/1) creado sobre la figura del enriquecimiento injusto, que se da cuando pueda concluirse que en un proyecto de vida en común fuera del matrimonio se produjo una pérdida de oportunidad de uno de los cónyuges que desemboca en un injusto desequilibrio patrimonial. A lo que forzosamente habrá de añadirse, por nuestra parte, la existencia de principios análogos que se encuentran en vigor en el Derecho catalán: el art. 41 del Codi de Família EDL 1998/45031 y el art. 31.1 de la Llei 10/1.998, de 15 de julio, de unions estables de parella EDL 1998/45032, ya que, ambas disposiciones normativas contemplan en su texto precisamente la existencia de un enriquecimiento injusto.

De forma que, en conclusión, nada obsta a la concesión de una compensación económica que tenga en cuenta, de un lado, el tiempo de convivencia matrimonial y, de otro, el tiempo de convivencia more uxorio, siempre que se den los elementos necesarios para que surja el derecho a su percepción, esto es, en el primer caso, cuando exista separación judicial o divorcio, uno de los cónyuges haya realizado durante el matrimonio el trabajo del hogar o haya trabajado para el otro sin retribución o con retribución insuficiente, se haya producido un desequilibrio patrimonial comparando las dos masas de los cónyuges y ello derive en un enriquecimiento injusto (lo que ya se decía en la sentencia de 27 de abril de 2.000 y ha sido ratificado por muchas otras, entre ellas las de 1 de julio de 2.002, 10 de febrero y 26 de marzo de 2.003 y 19 de enero de 2.004); y, en el segundo caso, cuando se pruebe la existencia de una vida en común de pareja, que se haya producido su ruptura, que se haya perdido por parte de uno de los convivientes la oportunidad de acceder a un patrimonio propio o de incrementarlo precisamente por la opción tomada en esa convivencia, que lo anterior derive en una situación de desequilibrio patrimonial en la comparación de las dos masas de los convivientes y que suponga un enriquecimiento injusto del conviviente beneficiado por la opción del otro.

Sentado lo anterior, la Sala se encuentra en condiciones de abordar el segundo punto de disidencia del recurrente con la sentencia recurrida, que se concreta en la sedicente inexistencia de un desequilibrio patrimonial.

El recurrente argumenta que la demandada y actora reconvenional es propietaria de la mitad indivisa del domicilio conyugal y de la mitad indivisa de la segunda residencia situada en la localidad de Sitges, adquiridas durante su convivencia con el actor, por lo que no se da el desequilibrio patrimonial apto para fundar la concesión de una compensación económica.

Olvida intencionadamente el recurrente con ello que la comparación entre las dos masas patrimoniales que realiza la demandante recurrida no incluye precisamente estos inmuebles y ello por la razón declarada de que ambas titularidades se compensan al poseer los dos convivientes las mitades indivisas.

Hay que estar a los hechos declarados probados, no combatidos en este grado jurisdiccional. Y en tal sentido resulta plenamente ilustradora la sentencia recurrida, cuando afirma, con referencia a la demandada, que: "Además de tal actividad colaboradora con los negocios de la contraparte, también se dedicó siquiera parcialmente al cuidado de la hija y al trabajo de la casa, sin percibir ningún tipo de compensación económica, lo que sin duda facilitó la actividad comercial del demandante principal, accediendo a la propiedad, en forma exclusiva, de los bienes que se detallan en el hecho quinto de la demanda reconvenional, y nuevamente en la formulación escrita del recurso de apelación de la reconviniente". Para concluir que: "La concurrencia de los presupuestos del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña EDL 1998/45031 es evidente, dado que por consecuencia de haber colaborado la esposa para la casa y el negocio

de la contraparte, sin remuneración acreditada, se ha producido una situación de desigualdad patrimonial, al constar un patrimonio inmobiliario del esposo del que no ha hecho partícipe a su consorte, y que ha sido facilitado por tales actividades de la esposa".

La contundencia de tales pronunciamientos, no combatidos en el recurso, excusan de mayores elucubraciones. Si acaso añadir que los mismos parámetros habrán de tenerse en cuenta para la compensación derivada de la convivencia *more uxorio*, durante cuyo período se produjo el exceso patrimonial del actor. Fue precisamente la opción tomada por su conviviente, de trabajar para el hogar y cuidado de la hija así como de colaborar gratuitamente en la empresa del demandante, lo que propició el enriquecimiento de éste y provocó, al tiempo, la pérdida de oportunidad de acceder al patrimonio al producirse la ruptura convivencial, lo que hace injusto aquel enriquecimiento.

Finalmente, echa en falta el recurrente una motivación explícita de los cálculos que han llevado a la Audiencia a la concesión de una compensación económica de 120.000 euros a la demandada.

Ya en nuestra primera sentencia de 27 de abril de 2.000 mostramos la dificultad de elegir un criterio fijo en la materia de cuantificación de la compensación económica. En dicha sentencia rechazamos explícitamente el señalar una regla de participación en el patrimonio del cónyuge favorecido. Nos parecía - y nos sigue pareciendo - que tal criterio pugna abiertamente con el régimen de separación de bienes que rige en Cataluña, aún reconociendo que nos hallamos ante un elemento corrector del mismo. Se decía en la sentencia que establecer una cuota o porcentaje a atribuir al cónyuge menos favorecido en el momento de la crisis matrimonial significaría desnaturalizar la esencia de aquel régimen económico conyugal y asemejarlo al régimen de participación, régimen expresa y precisamente rechazado por el Parlamento catalán. Descartamos igualmente el criterio de acudir a las reglas del mercado laboral (salario diferido, subsidio de paro, sueldo medio de una empleada del hogar, etc.). Nos parecía entonces - y sigue pareciéndonos ahora - que tales módulos han de resultar completamente insatisfactorios cuando se trata de cubrir una desigualdad económica que se ha generado por la dedicación exclusiva al hogar de uno de los cónyuges y que equiparar esa dedicación, aunque sólo sea a efectos económicos, con el sueldo de empleada de hogar o con un salario profesional es mezclar términos incomparables. Concluíamos con estas palabras: "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 párrafo segundo del art. 23 de la repetida Llei 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 así ha de ser, forzadamente. El Tribunal deberá atender caso por caso- será difícil encontrar dos iguales - a la compensación. Deberá analizar las circunstancias personales y profesionales de los cónyuges o de los miembros de la pareja, el espacio de dedicación de uno de ellos a los trabajos no retribuidos o, lo que es lo mismo, al grado de pérdida de la oportunidad económica y, sobretodo, al monto de la desigualdad patrimonial mediante la comparación de las dos masas y la situación restante al momento de la ruptura convivencial.

Cierto que tales bases han de exteriorizarse en la sentencia, pero es cierto también que la objeto de recurso las contiene implícitamente (al aceptarse los fundamentos de la sentencia de instancia no contradichos) y explícitamente. La demandada no trabaja y no percibe pensión alguna; es propietaria, como se ha dicho, de la mitad indivisa de dos inmuebles; cuidó de la casa y de la hija común durante la convivencia con el actor y trabajó, sin salario acreditado, en la empresa de éste; la convivencia se inició antes de 1.974, contraieron matrimonio los litigantes el 22 de junio de 1.995 y la ruptura se produjo en 1.996; el demandante tiene una empresa de apuestas quinielísticas, fruto de cuyo rendimiento ha adquirido un patrimonio inmobiliario que se refleja en el hecho quinto de la demanda reconvenional y que asciende, por lo menos, a 1.154.46296 euros. Todos estos datos, como se ha dicho, surgen de las sentencias de instancia y son, precisamente, lo que sirven para aquilatar la decisión del Tribunal a quo en orden a la determinación final de la compensación económica.

Otra cosa es, como veremos luego, si el Tribunal al fijar esta determinación de la cuantía ha incurrido en arbitrariedad, irrazonabilidad o falta de razón o sentido.

Por todo lo expuesto, el recurso de D. Andrés debe decaer en su integridad.

TERCERO.- Como al principio se ha dicho, la representación procesal de D<sup>a</sup> Lidia formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, pero sin la debida separación entre ellos y articulando el recurso - cual si de una demanda se tratase - en Hechos, Motivos y Suplico, terminado por impetrar la fijación de una compensación económica por valor de 900.000 euros y una pensión compensatoria ascendente a 4.05281 euros, sin percatarse de que el primero de los recursos indefectiblemente habría de suponer - caso de ser estimado - la nulidad de la sentencia objeto de recurso y la reposición de actuaciones al momento de cometerse la falta ( art. 476.2 de la LEC EDL 2000/77463 ), pues no sería de aplicación lo que se determina en la Disposición Final Decimosexta, extremo 2, del texto procesal EDL 2000/77463 , al tener que practicarse la prueba indebidamente denegada.

La recurrente, tanto en el escrito de preparación como en el de interposición, parece que fundamenta el recurso procesal en un error en la apreciación de la prueba (con cita del art. 217 EDL 2000/77463 ) y en la infracción de los arts. 270 y 271 de la LEC EDL 2000/77463. No cuida, sin embargo, de concretar el motivo de recurso que, como se sabe, ha de estar incluido en uno de los apartados del art. 469.1 EDL 2000/77463 , sin que pueda considerarse cita hábil la genérica remisión al art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 . Más bien, por los antecedentes que cita, parece que la vulneración de algún precepto procesal debe encontrarse, si acaso, en apartado 3º del artículo indicado, esto es, en el quebrantamiento de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, y ello porque, quejándose la recurrente de la indebida denegación de pruebas en su momento solicitadas, incluso pretendía abrir un período de práctica en este recurso, lo que tuvo que serle denegado en nuestro auto de 17 de noviembre de 2.005.

Cualquier confusión que se haya producido en la admisión de las pruebas ha de achacarse, sin embargo, a la propia parte.

En efecto, basta leer el Hecho Quinto de la reconvenión para percatarse de la mezcla de conceptos fácticos y jurídicos que la parte realiza y que, consecuentemente, conducen a una auténtica aporía respecto a lo que en realidad termina peticionando primero en esta fase procesal y después en el juicio, como veremos.

En dicho Hecho la reconviniente dice: " De manera que, entendemos que corresponde a mi representada una compensación económica, equivalente o proporcional al incremento de valor patrimonial adquirido por el demandado, el Sr. Andrés, durante el tiempo de su matrimonio". Parece, pues, que la parte centra la causa generadora del derecho a la compensación económica en el matrimonio, que duró, apenas un año. Pero, a continuación expresa: " Dicha petición se funda en los 30 años de convivencia (matrimonial y extramatrimonial) habida entre los litigantes". Ahora, pues, parece claro que la compensación se solicita por todos los años de convivencia, durante los cuales se incrementó el patrimonio mientras ella, la Sra. Lidia, colaboraba en el negocio de su cónyuge sin retribución y cuidaba del hogar y de la hija de ambos. Sin embargo, al final del Hecho, la reconviniente expone: " No obstante anunciar, que esta parte hace reserva expresa de cuantas acciones estime oportunas para reclamar mediante el proceso declarativo ordinario, igualmente, compensación patrimonial, por aquellos bienes inmuebles que haya adquirido el Sr. Andrés, en titularidad exclusiva para sí o empresa por él regentada, durante los años de convivencia con la Sra. Lidia, anteriormente al matrimonio, incluyendo aquellos bienes que sean colacionables (sic)". Nuevamente parece dar a entender que en el presente litigio la parte se limitará a reclamar por el incremento patrimonial producido durante el matrimonio, reservándose - para otro proceso - la reclamación por el incremento del tiempo convivencial anterior. Con todo, la relación de bienes inmuebles que presenta como de propiedad de su cónyuge, los tiempos en que estos se adquieren y la cantidad que en estos momentos reclama (600.000 euros) inclinan a pensar todo lo contrario.

Pero, el confusionismo no se detiene aquí. Al principio del acto del juicio oral (según puede oírse y verse en la grabación efectuada) la parte ahora recurrente intenta aumentar en 300.000 euros la cantidad reclamada en concepto de compensación económica y ello en base a una sentencia de esta Sala, de la que dice haber tenido inmediato conocimiento, de fecha 12 de enero de 2.004 (a la que antes hemos hecho mérito). Debe entonces convenirse en que, definitivamente, la parte reclama en este pleito la compensación económica por todo el período de convivencia - more uxorio y matrimonial - olvidando la reserva de acciones anteriormente efectuada y así lo han entendido tanto la parte actora y demandada reconvenional (que nada ha alegado al respecto), como la Juez de Primera Instancia y el Tribunal de apelación, aunque estos dos órganos desde perspectivas y con soluciones distintas.

Retomando el hilo procesal, debe decirse que la Juez de Primera Instancia denegó, en el acto de juicio, tanto la solicitud de que se incrementara el "quantum" de la compensación, como las pruebas solicitadas por la parte que ahora se queja. Y debe decirse también que se hicieron las oportunas protestas, que la parte ahora recurrente reprodujo la petición de prueba en segunda instancia y que obtuvo respuesta, si bien con una escueta e insuficiente motivación ( autos de 19 de mayo y 15 de junio de 2.005). Pero, en definitiva, fue aquella confusión de la parte y su extemporánea petición lo que motivó la desestimación de las pruebas; pruebas que, por lo demás, debió aportar ella misma junto con la demanda reconvenional (art. 770, regla 1ª, segundo inciso EDL 2000/77463 ) o en el acto de juicio (art. 440.1, segundo párrafo EDL 2000/77463 ) o haciendo uso de lo prevenido en el art. 339.2 EDL 2000/77463 si le interesaba la prueba pericial.

Ahora, en trámite de recurso de casación, la denuncia no puede admitirse.

La parte recurrente alude a una vulneración procesal sobre una genérica cita del art. 217 de la LEC EDL 2000/77463 y con cita también de los arts. 270 y 271 de la misma EDL 2000/77463. La Sala no puede conocer en qué sentido ha sido vulnerado el art. 217 de la LEC que se refiere a la distribución de la carga de la prueba y la recurrente no ayuda precisamente a ese conocimiento al explicar solamente que " de la práctica de la prueba se desprenden hechos que no han sido tomados en consideración, ni tan siquiera para configurar la normativa aplicable al supuesto de hecho y que, según lo expuesto en los hechos del presente escrito, estimamos de vital importancia". Tampoco puede conocer la Sala dónde y cuándo infringió el Tribunal de apelación los arts. 270 y 271 de la misma LEC EDL 2000/77463 y la explicación que ofrece la parte se resume a que en tales preceptos: " se establece la posibilidad de aportar aquellos documentos, medios o instrumentos, en fase posterior a la interposición a la demanda, en casos excepcionales como el presente, toda vez que se trata de una sentencia del TSJ de Catalunya, que es decisiva para la resolución de este pleito". Parece desconocer la parte recurrente que precisamente la sentencia de apelación acoge su tesis, con cita expresa de la sentencia de esta Sala de 12 de enero de 2.004, y anuda a la convivencia matrimonial la convivencia more uxorio, contrariamente a lo que había hecho la sentencia de primera instancia, lo que da razón y causa a la revocación de esta resolución y a la concesión de una compensación económica.

Como se decía, pues, el recurso por infracción procesal no puede acogerse.

CUARTO.- A continuación invoca la parte recurrente la infracción de los arts. 1255 EDL 1889/1 , 1.323 EDL 1889/1 y 1817 del Cc EDL 1889/1 , recordando la pacífica doctrina jurisprudencial que admite la posibilidad de que los cónyuges convengan, en propios negocios jurídicos, las consecuencias económicas de su separación o divorcio.

Parece que la parte recurrente se refiere no a pactos o negocios concluidos por las partes con motivo de su separación, sino al hecho de que venía recibiendo desde entonces de parte de su marido 1.700 euros los meses de cuatro semanas y 2.015 los de cinco, a lo que la recurrente añade y peticiona 1.55281 de gastos domiciliados en la vivienda familiar y 800 euros en concepto de gastos que denomina extraordinarios.

Ningún parecido tiene la situación descrita con un convenio regulador de la separación matrimonial ni con un negocio jurídico concluido por las partes ante el hecho de la ruptura conyugal que obliguen ahora a los juzgadores a mantener un status quo sostenido por el marido para sufragar los gastos de mantenimiento de la esposa y que ahora somete al arbitro de los Tribunales que, en exclusiva, han de valorar, como establece el art. 84 del Codi de Família de Catalunya EDL 1998/45031 , la situación económica de las partes y sus posibilidades de futuro, la duración de la convivencia, la edad y salud de los convivientes y la compensación económica concedida al amparo del art. 41 EDL 1998/45031 .

Podría sí, quizás, acudir a la teoría de los actos propios, pero ello sería tan solo para acreditar el conocimiento que tenía el marido de la desigualdad económica que se producía tras la crisis matrimonial y la aceptación del deber de subvenir a las necesidades de la esposa, en la forma y cuantía que él mismo consideraba adecuada, lo que podrá tenerse en cuenta para fijar la pensión, pero que en modo alguno constituye un pacto o negocio de obligada vinculación judicial.

QUINTO.- Se aduce seguidamente la infracción del citado art. 41 del Codi EDL 1998/45031 y del art. 13 de la Llei de parelles de fet (sic) de 15 de juliol de 1.998 EDL 1998/45032 y ello por considerar insuficiente la compensación acordada de 120.000 euros.

La forma de cuantificación de la compensación no es tema pacífico en la doctrina ni presenta una solución unitaria en las decisiones de las Audiencias Provinciales. Lo puso de manifiesto esta Sala ya en su primera sentencia sobre el tema, la de fecha 27 de abril de 2.000. Más arriba ha sido glosada la sentencia y la doctrina ha sido reiterada en múltiples ocasiones.

Pues bien, huyendo de fórmulas generalistas, como allí se decía, la solución de la cuantificación de la compensación económica sólo puede venir dada por las circunstancias de cada caso y, si ello es así, ha de ser el Tribunal de instancia el que atienda a esa valoración, sin que pueda convertirse esta Sala en una tercera instancia reincidente en aspectos puramente fácticos, sino sólo en titular de la función de revisar los criterios empleados cuando se haya podido incurrido en error en los presupuestos o en las reglas de aquella valoración.

Para determinar si al fijar la suma debida incurrió la Audiencia en arbitrariedad, falta de lógica o razón, habrán de tenerse en cuenta los parámetros a que aludíamos en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución.

Ha de partirse de que el patrimonio inmobiliario que el Tribunal de apelación declara probado como perteneciente a D. Andrés asciende a 1.154.46296 euros, sin contar la mitad indivisa del inmueble conyugal sito en Barcelona y de la segunda residencia sita en Sitges. La actora reconvenional queda, tras el divorcio, con un patrimonio que se concreta en la mitad indivisa de estos últimos inmuebles. La diferencia patrimonial la encuentra, pues, el Tribunal en aquella primera cantidad.

Ahora bien, el propio Tribunal reconoce - y así se deduce meridianamente de la relación de bienes que presenta la actora reconvenional como de propiedad de su cónyuge - que falta por determinar el precio de tres inmuebles, dos fincas rústicas y un solar edificable en Barcelona, lo que, de forma clara, eleva la desigualdad patrimonial que la sentencia objeto de recurso reconoce.

La objeción de la recurrente es, en consecuencia, procedente en la medida en que tal sentencia incurre en incoherencia defectiva al no tener en cuenta un elemento de valoración que debió incluir para el cómputo final, en razón a lo cual esta Sala habrá de estimar en este punto el recurso y elevar prudentemente la pensión concedida hasta la suma total de 180.000 euros.

SEXTO.- Finalmente invoca la parte recurrente infracción del art. 84 del Codi de Família EDL 1998/45031 , tachando también de insuficiente la pensión compensatoria de 1.000 euros mensuales.

A los tales efectos y según lo dicho en el Fundamento de Derecho Cuarto ha de tomarse en consideración:

1º. La situación patrimonial de las dos partes, ya descrita.

2º. La situación laboral de futuro de la beneficiaria, sin entrada en el mercado laboral, sin cualificación conocida, mientras el marido sigue gestionando el patrimonio adquirido y sus empresas.

3º. La edad de ambos y su salud, sin graves incidencias conocidas, salvo las descritas del Sr. Andrés.

4º. La duración de la convivencia, ya fijada en veintiún años more uxorio y uno de matrimonio.

5º. La compensación económica acordada, ahora en 180.000 euros.

En atención a todo lo anterior, nos encontramos con una señora de mediana edad, sin cualificación profesional, sin hijos que mantener, con un patrimonio inmobiliario de la mitad indivisa de dos inmuebles, uno sito en el centro de Barcelona y otro en Sitges, con una compensación a cobrar de 180.000 euros, que venía recibiendo del marido - probadamente, según la sentencia de apelación que se remite el Fundamento de Derecho Sexto de la de instancia - 1.700 euros los meses de cuatro semanas y 2.105 los meses de cinco. Frente a ello, un hombre en edad productiva laboral, con una dolencia que no le inhabilita, con un extenso patrimonio inmobiliario y una empresa en marcha, que sólo ha de detraer una mínima parte de aquél para entregarlo a su ex esposa.

Si a lo anterior se une el verdadero fundamento de la pensión compensatoria, que no es otro que el de equilibrar en la forma más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado por la nulidad, separación o divorcio ( art. 84.1 del Codi de Família EDL 1998/45031 ), frente a la que mantenía constante la relación matrimonial, habrá de concluirse en que la Audiencia, al rebajar el "quantum" otorgado por el Juzgado de primera instancia en razón a haberse concedido paralelamente compensación económica, lo que es posible a tenor del apartado d) del punto 2 del precepto, no valoró debidamente las otras circunstancias concurrentes e incurrió en arbitrariedad, que en este grado jurisdiccional ha de ser corregida, concediendo a la recurrente la pensión compensatoria fijada en la sentencia de primera instancia, que es la justa y la que más se acerca a la que venía recibiendo del marido hasta la producción del divorcio.

SÉPTIMO. De conformidad con las reglas establecidas en el art. 398 EDL 2000/77463 , en relación con el 394, ambos de la LEC EDL 2000/77463 , se hará expresa imposición a D. Andrés de las costas referidas a su recurso de casación y a D<sup>a</sup> Lidia de las relacionadas con su recurso extraordinario por infracción procesal, sin hacer expresa condena de las causadas por el recurso de casación de la indicada Sra. Lidia que parcialmente se estima.

Por todo lo expuesto

## FALLO

Debemos desestimar como desestimamos tanto el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Begoña Sáez Pérez, en nombre y representación procesal de D. Andrés, como el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por el Procurador de los Tribunales D. Carles Arcas Hernández, en nombre y representación procesal de D<sup>a</sup> Lidia, ambos contra la sentencia dictada en fecha 27 de julio de 2.005 por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona en Rollo de apelación 48/05 procedente del juicio de divorcio contencioso núm. 330/04 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona; debemos, en cambio, estimar como estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por esta última representación procesal y

declarar como declaramos el derecho de D<sup>a</sup> Lidia a percibir de D. Andrés una compensación económica por razón del trabajo de ciento ochenta mil (180.000) euros pagadera en el plazo máximo de tres años a contar desde la presente resolución y con el devengo de los intereses legales desde esta fecha y una pensión compensatoria de dos mil doscientos (2.200) euros mensuales, pagadera por meses anticipados en la cuenta que la misma designe y que se revisará anualmente según las variaciones del IPC sin necesidad de previo requerimiento; se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia objeto de recurso; se imponen a D. Andrés las costas de su recurso de casación y a D<sup>a</sup> Lidia las de su recurso por infracción procesal, no haciendo expresa condena de las del recurso de casación parcialmente estimado.

Notifíquese la presente resolución a las partes con expresión de su firmeza y, con su testimonio, remítanse el Rollo de apelación y los autos originales a la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Esta Sentencia se ha firmado y publicado el mismo día de la fecha por los Magistrados de esta Sala que la han dictado. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019310012006100018