

El cas del marit que no es volia separar

Comentari a la STSJC de 27.10.2005

Joan Marsal Guillamet

Universitat de Barcelona

369

Sumari

1. Introducció
2. Art. 5.4 LOPJ *versus* DF Setzena LEC 2000
3. L'existència de causa de separació
4. La compensació econòmica per raó de treball
5. Quantia i durada de la pensió compensatòria
6. Taules de jurisprudència citada
7. Bibliografia

1. Introducció

La STSJC núm. 41/2005, de 27 d'octubre, resol un cas sobre separació matrimonial iniciat el 1998. El motiu de la durada del procediment fins l'obtenció d'una sentència ferma és que el TSJC es va declarar incompetent per conèixer de sengles recursos de cassació presentats per ambdós cònjuges contra la sentència de l'AP de Barcelona, Sec. 18a, de 5.3.2001, perquè un dels motius en què es fonamentava el del marit era la infracció de l'art. 24 CE (interlocutòria del TSJC de 7.1.2002). Mitjançant interlocutòria de 28.9.2004, la Secció 1a de la Sala civil del TS inadmeté el recurs de cassació motivat en la infracció constitucional, la qual cosa provocà la remissió de l'expedient de nou a la Sala civil i penal del TSJC, per tal que resolgués la resta dels motius de cassació del recurs del marit, així com del presentat per l'esposa (interlocutòria del TS de 8.2.2005).

Les parts del mateix han estat víctimes dels dubtes interpretatius sobre l'art. 5.4 LOPJ un cop aprovada la LEC del 2000. Com es veurà en l'apartat següent, si la sentència de l'Audiència s'hagués retardat al voltant d'un any, el recurs de cassació hauria estat resolt íntegrament pel TSJC, segurament en el sentit de desestimar el motiu basat en la infracció de l'art. 24 CE per no ser matèria del recurs de cassació, sinó del d'infracció processal. En els apartats següents es comenten la resta dels motius de cassació resolts pel TSJC, existència de causa de separació, procedència de la compensació econòmica de l'art. 41 CF, i durada i quantia de la pensió compensatòria de l'art. 84 CF.

2. Art. 5.4 LOPJ versus DF Setzena LEC 2000

La durada d'aquest procés posa de manifest la deficient regulació dels recursos extraordinaris de cassació i per infracció processal com a conseqüència de no haver-se aprovat el Projecte de Llei orgànica de modificació de la LOPJ que acompanyava el Projecte de LEC. La DF Setzena de la LEC del 2000 planteja una solució provisional que inicialment suscità diferents interpretacions per part del TS i del TSJC.

L'art. 5.4 LOPJ atribueix al TS la competència exclusiva per conèixer del recurs de cassació motivat en la infracció d'un precepte constitucional. Amb relació al dret anterior, la LEC del 2000 limità els motius del recurs de cassació a la infracció de normes substantives, creant el recurs extraordinari per infracció processal per resoldre les infraccions relatives al procediment. La voluntat de l'executiu era que aquest darrer recurs es resolgués pels Tribunals Superiors de Justícia, però davant la impossibilitat d'obtenir la majoria necessària per modificar la LOPJ s'optà per una solució provisional a la DF Setzena de la LEC, el que ha estat estudiat en aquesta revista per MÁLAGA (2003). La DF Setzena atribueix la competència per resoldre els recursos extraordinaris per infracció processal al Tribunal Suprem, llevat dels casos en què aquest recurs es presenti juntament amb un recurs de cassació sobre matèries objecte del dret civil propi d'una comunitat autònoma, cas en què la competència per conèixer d'ambdós recursos és del Tribunal Superior de Justícia, si l'Estat d'Autonomia li atribueix la competència per conèixer dels recursos

de cassació en matèria de dret propi. És evident que si una llei ordinària no pot atribuir en el text competència per conèixer d'un nou recurs als Tribunals Superiors de Justícia, tampoc ho pot fer en una Disposició Final. Per això, la interpretació més respectuosa amb la jerarquia normativa i amb la literalitat de la DF Setzena de la LEC era considerar que els recursos de cassació plantejats davant de la Sala civil i penal dels TSJ es podien motivar no només en els supòsits previstos en l'art. 477.2 LEC, sinó també en els del seu article 469. En aquest sentit es pronuncien MÁLAGA (2003, p. 15), i CABALLOL (2005, p. 369), i aquesta és la interpretació en què es recolza la interlocutòria del TSJC de 7.1.2002.

Tanmateix, a partir de la interlocutòria del TS de 27.11.2001 s'havia començat a formular una altra interpretació de l'art. 5.4 LOPJ en el sentit d'atribuir al recurs de cassació previst a la LOPJ el sentit que li dóna la LEC del 2000, de manera que la infracció dels drets reconeguts en l'art. 24 CE només pot motivar el recurs extraordinari de cassació processal. Aquesta tesi és la que s'ha acabat consolidant i la que recull la interlocutòria del TS de 28.9.2004, segons la qual:

"La aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa supone la inadmisión del recurso en relación con la alegada infracción del art. 24 de la Constitución Española, pues tanto en el escrito de preparación como en el de interposición la infracción legal del citado precepto constitucional viene referida a la valoración de la prueba practicada en el procedimiento, siendo las cuestiones relativas a la prueba propias del recurso extraordinario por infracción procesal, incluso previéndose en el art. 469.4º de la LEC como motivo específico del recurso extraordinario por infracción procesal la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución. Consecuentemente, concurre causa de inadmisión del presente recurso en lo concerniente a la pretendida vulneración del art. 24 de la C.E., dado el planteamiento a través del recurso de casación de infracción de carácter procesal (sic), propia del recurso extraordinario por infracción procesal (Art. 483.2, 1º, inciso segundo en relación con art. 477.1 y 469 LEC 2000)." (FJ 1 *in fine*)

La interpretació de l'art. 5.4 LOPJ feta pel TS s'ha consolidat en la pràctica dels Tribunals Superiors de Justícia, de manera que abans que passessin dos anys des de la interlocutòria del TSJC, la reacció de la Sala civil i penal, quan s'invocava la infracció d'un dret reconegut en l'art. 24 CE, era molt diferent. La declaració d'incompetència en favor del Tribunal Suprem en virtut d'allò establert per l'art. 5.4 LOPJ només té lloc quan s'invoca la infracció de l'art. 24 CE en un recurs extraordinari per infracció processal¹ (vegeu les interlocutòries del TSJC de 24.3.2003 i 8.5.2003):

Segons la interlocutòria de 24.3.2003 "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 perquè en el moment en què es dictà la Llei orgànica del poder judicial encara no era vigent la nova LEC." (FJ Únic)

En canvi, quan la infracció de l'art. 24 CE constitueix motiu d'un recurs de cassació en què també s'invoca la infracció del dret civil català, o d'un recurs extraordinari per infracció processal

¹ Se sobreentén que això només es dóna en els casos en què s'invoca la infracció de l'art. 24 CE com un dels motius principals del recurs. Si la cita de l'article només és de reforç i no té autonomia pròpia, el TSJC no es declara incompetent [vegeu la STSJC de 26.11.2001, FJ 3r.C)1].

presentat conjuntament amb un de cassació sobre matèries de dret civil propi de Catalunya, el TSJC no troba cap obstacle per a la seva competència, que basa en la DF Setzena de la LEC del 2000 (vegeu les STSJC de 16.10.2003, 30.3.2006 i 24.4.2006).

En aquest sentit, cal destacar la STSJC de 16.10.2003, que va resoldre sengles recursos contra la SAPB, Sec. 16a, de 10.2.2003, un dels motius dels quals era la infracció de l'art. 24 CE. La part actora va formular exclusivament un recurs de cassació basat en tres motius, dos dels quals foren desestimats per no ser objecte del recurs de cassació, sinó del d'infracció processal:

“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 de de CE (sic). 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), procediendo, en consecuencia, a su desestimación dado el trámite procesal en que nos hallamos.” (FJ 2n)

En canvi, la part demandada va interposar conjuntament un recurs extraordinari per infracció processal i un recurs de cassació, sense especificar quin dels set motius era d'un o de l'altre recurs:

“Frente a dicho oscuro precepto [DF 16.1 LEC 2000] 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”.

En aquest segon cas, el TSJC va criticar la tècnica processal escollida per la recurrent, però va estudiar tots els motius, assignant cadascun al recurs per infracció processal o al de cassació. El mateix ha succeït amb els recursos de cassació i d'infracció processal interposats per la part demandada a la STSJC de 27.2.2006 (FJ 3r).

Per acabar, val a dir que la transitorietat d'aquesta situació es podria acabar de manera diferent a la prevista en la DF Setzena de la LEC, és a dir, sense reformar la LOPJ per tal d'atribuir als TSJ competència per conèixer dels recursos per infracció processal. En l'actualitat s'està tramitant al Congrés dels Diputats el *Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal*. En el text presentat pel Govern de l'Estat (DOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-69-1, de 27.1.2006) es preveu la desaparició del recurs extraordinari per infracció

processal, com a conseqüència d'atribuir a tots els TSJ la competència per conèixer del recurs de cassació amb independència que la Comunitat Autònoma tingui o no dret propi.

3. L'existència de causa de separació

El primer motiu del recurs de cassació del marit pretenia que el TSJC deixés sense efecte la separació matrimonial, perquè, sent una separació contenciosa, entenia que no s'havia provat l'existència de la causa de separació de l'art. 82.1 CC (en la redacció de la Llei 30/1981).

Es tracta d'un motiu de cassació sense cap possibilitat de prosperar, perquè en el recurs de cassació el Tribunal no pot entrar a discutir els fets declarats provats per l'Audiència, i si es vol impugnar la prova feta per l'Audiència, el recurs extraordinari adient no és el de cassació, sinó el d'infracció processal. Un cop més, es posen de relleu les incerteses que va suscitar l'aplicació de la DF Setzena de la LEC, i que es reflecteixen en el gran nombre d'interlocutòries del TSJC desestimant la interposició de recursos de cassació o d'infracció processal entre 2001 i 2003.

A més, com a conseqüència de la durada de la tramitació del recurs, el motiu de cassació també ha esdevingut irrellevant: en el cas que el Tribunal es pogués pronunciar respecte del mateix, seria contrari a l'economia processal deixar sense efectes la separació matrimonial per inexistència de causa de separació quan en el moment de pronunciar-se la sentència ja era vigent la Llei 15/2005, de 8 de juliol, que permet separar-se o divorciar-se a partir dels tres mesos de la celebració del matrimoni sense haver d'invocar cap causa.

4. La compensació econòmica per raó de treball

El retard derivat de la intervenció del TS també ha provocat que el TSJC s'hagi pronunciar sobre qüestions relatives a la compensació econòmica prevista en l'art. 41 del CF, irresoltes en plantejar-se el recurs, però que ja s'han tractat en sentències anteriors que resolien recursos presentats amb posterioritat. En especial, a partir de la STSJC de 21.10.2002.

La SAPB, Sec. 18a, de 5.3.2001 denegà la compensació econòmica sol·licitada per l'esposa que des del 1966, any de celebració del matrimoni, havia treballat per a la casa, tingut cura dels fills i, durant un temps indeterminat, també de la mare del seu cònjuge, qui, mentrestant, desenvolupava la seva carrera professional en una entitat bancària. L'APB considerà provat, d'una banda, que la feina realitzada per l'esposa per a la casa no havia estat especialment feixuga, per la qual cosa no contribuí més enllà del que estava obligada en virtut de l'art. 5.1 CF, i de l'altra, que el desequilibri patrimonial entre els cònjuges no era conseqüència d'un enriquiment injust:

"Dadas estas circunstancias, no puede entender la Sala que concurran las causas de la indemnización establecida en el art. 41 del Codi de Família de Catalunya. Y ello por cuanto la dedicación a la familia ha sido una libre opción de la esposa, que no trabajaba antes de la celebración del matrimonio, ni ha

trabajado después cuando la edad de los hijos le hubiera permitido considerar esa posibilidad, ni consta que haya contribuido de forma excepcionalmente gravosa a las tareas del hogar, más allá de lo que se entiende es una contribución ordinaria (art. 5 del Codi de Família de Catalunya, que literalmente distingue entre la aportación propia al trabajo doméstico de una parte, y la colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro)."

"El art. 41 del Codi de Família de Catalunya 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 de la Comp. (sic) excluye el simple trabajo doméstico, y así viene entendiéndolo esta Sala en sentencias dictadas en los rollos 660/1999, 1085/1999, 804/1999 y 498/2000 [SAPB Sec. 18ª 27.12.2000], entre otras muchas sentencias), extendible a lo sumo a aquellas contribuciones en las tareas domésticas que excedieran la ordinaria, como defienden algunos autores y esta Sala también admite, de forma que se haya generado un desequilibrio patrimonial al final del matrimonio (aquí es evidente) que sea consecuencia de un enriquecimiento injusto (aquí en absoluto acreditado, pues el marido tiene lo que tiene después de haber pagado a sus expensas todos los gastos de toda la familia hasta fechas muy recientes, y a costa de su solo trabajo, pues inclusive está reconocido que los hijos en nada han contribuido al hogar familiar pese a tener trabajos remunerados desde 1991 y 1997)".

Com és sabut, el treball per a la casa és una modalitat de contribució a les despeses familiars (art. 5.1 CF) i, en les situacions de crisi matrimonial, dóna dret a rebre una compensació econòmica si, com a conseqüència d'aquest treball efectuat sense remuneració o amb remuneració insuficient, es genera una desigualtat patrimonial entre els cònjuges que impliqui un enriquiment injust. (art. 41 CF). El 2001, la Sec. 18a de l'APB s'adscribia al corrent doctrinal que entenia que el dret a la compensació econòmica només existia si el treball realitzat per un cònjuge per a la casa havia excedit el deure de contribució a les despeses. En contra aquesta interpretació ja es pronuncià expressament la Sala civil i penal del TSJC en la sentència de 21.10.2002 (vegeu LAMARCA, 2003), segons la qual:

"(...) Només pel fet de la renúncia d'un dels cònjuges a treballar fora de casa o pel fet de dedicar els seus esforços al negoci de l'altre consort, aquest ja en resulta enriquit pel fet de saber que la casa i, en el seu cas el fills, estan atesos, i pel fet que el negoci es troba en part, en mans d'una col·laboradora o col·laborador incondicional."

"Per tant exigir treballs especialment penosos o feixucs al cònjuge que reivindica la compensació econòmica per raó de treball es negligir l'esperit de la llei i tancar la porta a un correctiu ja assumit socialment. Només escau ressaltar que en cap cas es valora si el cònjuge deutor de la compensació ha desenvolupat o no treballs feixucs o penosos."

La doctrina es reitera a les SSTSJC de 10.2.2003, 26.3.2003 i 14.4.2003, i en la que és objecte de comentari, on, seguint la de 14.4.2003, es desvinculen els art. 5 i 41 CF:

"(...) la relació entre l'art. 41 i el 5 del CF és artificial i que suposa afegir una exigència totalment extramurs de la Llei i per tant injustificable."

"Els articles 5 i 41 del CF català obeeixen a una *ratio legis* ben distinta i res justifica que a l'hora d'analitzar si escau la concessió de la compensació econòmica per raó de treball de l'article 41, es defugui l'estudi de si

es donen els requisits d'aquest precepte legal sota pretexta que el treball per a la casa suposa només contribució a les càrregues del matrimoni."

"Una cosa es l'obligació de contribució a les despeses familiars (art. 5 CF) i una altre ben diferent es que el cònjuge que ha treballat per a la casa o per l'altre cònjuge sense retribució o amb una retribució insuficient hagi d'ésser compensat si pateix un desequilibri patrimonial en relació a l'altre cònjuge."

"Ja hem dit que l'article 41 fa servir una disjuntiva: treball per a la casa o per l'altre cònjuge, i per tant es contrari a la llei exigir, com fa l'Audiència, o un treball a la llar especialment greujós o dues tasques, a saber, a la llar i per l'altre cònjuge."

"La postura de l'Audiència no suposa sinó menystenir el treball de tenir cura de la llar, de l'altre cònjuge i del fills o resta de familiars, si és el cas, ja que considera que el cònjuge que treballa fora de la llar contribueix a les càrregues del matrimoni de forma econòmica, i pot perfectament assolir un patrimoni més o menys important en exclusiva, mentre que el seu consort que renuncia en benefici de la família a accedir al mercat laboral, si vol tenir algun dret sobre aquest patrimoni haurà de provar o treballs greujosos o una dualitat de treballs dintre i fora de la llar."

Com s'ha dit, la segona raó per la qual l'Audiència denegava la compensació econòmica era perquè el desequilibri patrimonial entre els cònjuges no era conseqüència de l'enriquiment injust del marit. A la STSJC es reproduïx el concepte d'enriquiment injust que es va donar a la STSJC 27.4.2000 ("la ausencia de motivo que justifique el desequilibrio económico"), però no es fa cap pronunciament amb relació al cas. Això no ha de sorprendre perquè, si la cita no hagués fragmentat un paràgraf de la sentència de 2000, hom veuria que en aquell cas el Tribunal va considerar que l'enriquiment injust era inherent al règim de separació de béns:

"(...) La causa [del desequilibrio] a menudo habrá de buscarse en el propio sistema económico matrimonial de separación de bienes, al que el instituto de la compensación le sirve, precisamente, de corrector. Y aún podría decirse, en abstracto, que siempre que un cónyuge trabaje sin retribución generará un enriquecimiento en favor del otro. De cualquier forma, el sistema legal actual obliga a pronunciarse sobre el enriquecimiento; sistema explicado por algún autor en base a que el cónyuge que ha sufrido el empobrecimiento puede haber efectuado una donación de servicios en favor del otro, en cuyo caso el enriquecimiento estará justificado; y glosado por algún otro monografista en la medida en que ha de reputarse enriquecimiento sin causa el ahorro de gastos."

(...)

"Ha de repetir-se: aquí no se trata de que el trabajo de la esposa haya representado un enriquecimiento para el marido y un empobrecimiento para ella, ni se trata de comparar la situación actual de los cónyuges; aquí se trata de ver si, en el momento de la disolución del patrimonio conyugal, se produjo una injustificada desigualdad patrimonial entre ellos, porque, habiendo contribuido ambos al levantamiento de las cargas del matrimonio (en nuestro caso, la esposa en la forma que prevé el art. 5.1 del Codi), nada motiva que, en palabras llanas, uno quede rico y la otra reste pobre."

Pel que fa a la compensació econòmica de l'art. 41 CF, aquesta sentència permet constatar la consolidació d'una jurisprudència que, com assenyala FERRER (2005), "dóna carta de naturalesa a una versió molt peculiar del règim de participació" plena d'incerteses, i que a la pràctica porta a aconsellar el pacte capitular d'un règim de participació en els guanys (amb una participació reduïda, per exemple, de l'1%) a qui vulgui obtenir uns resultats semblants als del règim de separació de béns de la Compilació abans de la reforma de 1993, mentre no hi hagi seguretat que

els Tribunals acceptin la validesa d'un pacte capitular que exclogui o limiti la compensació econòmica de l'art. 41 CF. La situació, anar a la participació en els guanys per fugir d'una separació de béns jurisprudencialment participativa, no deixa de ser paradoxal.

La resposta de l'executiu davant d'aquesta interpretació jurisprudencial la trobem en la regulació que es fa de la compensació per raó de treball en el Projecte de llei pel qual s'aprova el Llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (BOPC VII-núm. 353, 15.6.2006, p. 53). No és aquest el lloc per fer una acurada anàlisi d'una regulació prevista en un projecte que decaurà amb la VII Legislatura del Parlament, però sí que es vol destacar allò que afecta les matèries objecte de la sentència que comentem.

L'art. 232-5 distingeix dos supòsits que generen el dret a la compensació quan un dels cònjuges ha obtingut un increment patrimonial superior a l'altre en extingir-se el règim (per qualsevol causa): el treball per a la casa substancialment superior al de l'altre cònjuge i el treball per l'altre consort sense remuneració o amb remuneració insuficient. És indubtable que qui treballa exclusivament per a la casa realitza una aportació superior a la del seu cònjuge, però la nova previsió possibilita que també puguin reclamar la compensació aquelles persones que han compatibilitzat el treball per a la casa amb una feina externa, que només queden incloses en el supòsit de l'art. 41 CF si la feina és en una empresa del marit (compareu els casos de les SSTSJC de 21.10.2002 i 26.5.2005).

En el Projecte cal que existeixi un desequilibri patrimonial però el dret a la compensació no es vincula a l'existència d'un enriquiment injust. En l'art. 232-6 es preveuen les regles per determinar l'enriquiment patrimonial experimentat per cada cònjuge durant la vigència del règim, que coincideix substancialment amb el previst per al règim de participació en els art. 232-18 i 232-19. Si qui substancialment ha treballat més per a la casa ha obtingut un increment patrimonial inferior, tindrà dret a reclamar al seu cònjuge una compensació econòmica que no podrà superar la quarta part de la diferència entre els increments patrimonials dels consorts (art. 232-5.4), sempre dintre dels límits del que haguessin pogut pactar capitularment (art. 232-7, en relació amb l'art. 231-19), que la podrien haver exclòs.

5. Quantia i durada de la pensió compensatòria

En el recurs de cassació del marit es pretenia que el TSJC establís un termini temporal de durada de la pensió i que en disminuís la quantia. Amb relació a la durada, invocava la infracció de l'art. 86.1.d) CF. Un cop més, la llarga tramitació del recurs té com a resultat que en el moment de dictar la sentència ja existeixi una doctrina jurisprudencial consolidada, posterior a la data d'interposició del mateix. En efecte, des de la sentència de 4.3.2002, el TSJC ha vingut mantenint a les de 21.10.2002, 10.2.2003, 5.5.2003, 1.12.2003, 19.1.2004, 27.10.2005 i 9.1.2006, que l'art. 86.1.d) CF dóna al jutge la possibilitat d'establir una durada temporalment limitada de la pensió compensatòria, però no l'obliga a fer-ho necessàriament. I el TSJC entén que aquest és un dels casos en què:

"(...) no es procedent fixar *ad limine* una limitació temporal a la pensió de l'art. 84 CF: esposa de més de 60 anys d'edat, pacte dels cònjuges en contraure matrimoni en el sentit que l'esposa tindria cura de la llar, de l'altre cònjuge i dels fills (res fa pensar que fos l'esposa que es negués a treballar fora de la llar contra la voluntat del marit), estat de salut de l'esposa que impossibilita, almenys de moment, l'accés al mercat laboral, etc."

Amb relació a la disminució de la quantia, s'argumentava que el fet que l'esposa visqués a la llar familiar amb els dos fills del matrimoni, majors d'edat i econòmicament independents, havia de suposar una reducció de la pensió compensatòria establerta per l'Audiència, perquè aquests haurien de contribuir proporcionalment a les despeses generades per la convivència. D'aquesta pretensió sorprenen dues coses: des del punt de vista del recurrent, que aquest deure de contribuir es fonamenti en l'art. 146 CF; des del punt de vista del Tribunal, que entre les raons adduïdes per a refusar-la, no s'esmenti que cadascun dels fills té més de trenta cinc anys, i que el deure de contribuir a les despeses familiars previst en aquest article, ubicat en seu de potestat del pare i de la mare, es va extingir quan els fills es varen emancipar.

Certament, un dels problemes que presenta per als recurrents el recurs de cassació és que cal fonamentar-lo en la infracció d'alguna norma aplicable a les qüestions objecte del procés (art. 477.1 LEC), i en aquest cas s'esmenta l'art. 146 CF potser perquè s'hi remet l'art. 5.2 CF quan estableix el deure de contribució a les despeses familiars per part dels fills (subjectes a la potestat del pare i de la mare). Creiem que hauria estat més correcte considerar infringint l'art. 5.3 CF. Si el paràgraf segon es refereix exclusivament als fills sotmesos a potestat, els fills emancipats s'haurien d'ubicar entre "els altres parents" del paràgraf 3r, els quals han de contribuir a les despeses familiars "en la mesura de llurs possibilitats i d'acord a les despeses que generen".

Tanmateix, la raó per la qual aquesta pretensió en cap cas podria prosperar és que, a diferència de la pensió prevista per al trencament de les parelles de fet (arts. 14 i 31.3 LUEP), la pensió compensatòria de l'art. 84 i ss. CF no té caràcter alimentari, sinó que amb ella només es persegueix que el cònjuge més perjudicat en la seva situació econòmica per la crisi matrimonial pugui mantenir el nivell de vida de què gaudia abans d'aquesta (EGEA, 2004, p. 10). I malgrat que la tendència jurisprudencial sigui sumar els temps de convivència extramatrimonial i matrimonial (vegeu les SSTSJ de 12.1.2004 i 27.2.2006), el procés es fa aproximant la pensió alimentària periòdica a la compensatòria, i no a la inversa. Per això, malgrat que a la sentència s'afirmi que "Sorprèn la tesi del recurrent que és totalment parcial i interessada, donat que a) l'Audiència donà per provat que mentre el matrimoni estava vigent ni l'esposa ni el Sr. CM varen demanar quantitat alguna als fills pel fet de viure a la llar familiar, b) (...)", no s'està invocant el principi que prohibeix anar contra els actes propis (art. 111-8 CCCat), sinó que s'està adduint que aquesta convivència no genera unes despeses superiors a les que ja s'afrontaven durant la convivència matrimonial.

6. Taules de jurisprudència citada

Interlocutòries del Tribunal Suprem

<i>Sala i data</i>	<i>Repertori</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
Civil, Secció 1a, 8.2.2005	JUR 95349	Antonio Gullón Ballesteros
Civil, Secció 1a, 28.9.2004	JUR 285131	Pedro González Poveda
Civil, Secció 1a, 27.11.2001	Ar. 2002\1902	Alfonso Villagómez Rodil

Sentències del Tribunal Superior de Justícia

<i>Sala i data</i>	<i>Repertori</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
Civil-Penal, 24.4.2006	Ar. sense numeració	Carlos Ramos Rubio
Civil-Penal, 30.3.2006	Ar. sense numeració	Carlos Ramos Rubio
Civil-Penal, 27.2.2006	JUR 160934	Guillermo Vidal Andreu
Civil-Penal, 9.1.2006	JUR 84994	María Eugenia Alegret Burgues
Civil-Penal, 27.10.2005	Ar. 2006\1010	Núria Bassols Muntada
Civil-Penal, 26.5.2005	Ar. 10277	Ponç Feliu Llansa
Civil-Penal, 16.10.2003	Ar. 8210	Guillermo Vidal Andreu
Civil-Penal, 19.1.2004	Ar. 1788	Núria Bassols Muntada
Civil-Penal, 12.1.2004	JUR 65164	Núria Bassols Muntada
Civil-Penal, 14.4.2003	Ar. 4579	Guillermo Vidal Andreu
Civil-Penal, 1.12.2003	Ar. 2004\933	Guillermo Vidal Andreu
Civil-Penal, 5.5.2003	Ar. 6102	Núria Bassols Muntada
Civil-Penal, 26.3.2003	Ar. 4654	Antonio Bruguera Manté
Civil-Penal, 17.3.2003	Ar. 4578	Lluís Puig i Ferriol
Civil-Penal, 10.2.2003	Ar. 2003\4464	Guillermo Vidal Andreu
Civil-Penal, 21.10.2002	Ar. 2003\698	Núria Bassols Muntada
Civil-Penal, 26.11.2001	Ar. 2002\6963	Ponç Feliu i Llansa
Civil-Penal, 27.4.2000	Ar. 4125	Guillermo Vidal Andreu

Interlocutòries del Tribunal Superior de Justícia

<i>Sala i data</i>	<i>Repertori</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
Civil-Penal, 24.3.2003	CENDOJ 08019310002003200031*	Núria Bassols Muntada
Civil-Penal, 8.5.2003	CENDOJ 08019310042003200007	Lluís Puig i Ferriol
Civil-Penal, 7.1.2002	CENDOJ 0801931001200200092	No consta

Sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona

<i>Secció i data</i>	<i>Repertori</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
18a, 5.3.2001	RJC** 2001, IV, pp. 1241 i ss.	Josep Ma. Bachs Estany

* Fondo Jurisprudencia del CENDOJ

<http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?cuerpoframe=buscador>

** *Revista Jurídica de Catalunya, Jurisprudència*

7. Bibliografia

L. CABALLOL ANGELATS, J. MARSAL GUILLAMET (2005), *Llei d'enjudiciament civil 1/2000, Anotat i concordat amb especial atenció al Dret civil Català*. Atelier, Barcelona.

J. EGEA FERNÁNDEZ (2004), "Quantificació de la compensació per raó del treball i de la pensió compensatòria en els casos en què hi ha hagut convivència prematrimonial", *Indret* 4/2004, 016dc (www.indret.com).

J. FERRER I RIBA (2005), "Separació de béns i pagament de compensacions en la crisi familiar", a ÀREA DE DRET CIVIL, UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.), *Nous reptes del dret de família (Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Documenta Universitaria, Girona.

A. LAMARCA MARQUÈS (2003), "Separación de bienes y desigualdad patrimonial: la compensación económica por razón de trabajo. Comentario a la STSJC de 21.10.2002", *Indret* 1/2003, 002dc (www.indret.com).

F. MÁLAGA DIÉGUEZ (2003), "Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *Indret* 3/2003, 005dc (www.indret.com).