Revista de Derecho de
familia
DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 40
julio·septiembre 2008

Director:
Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	21
Jurisprudencia	127
Resoluciones de la DGRN	291
Sección Práctica	299
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	313
Avances Jurisprudenciales	319

editorial
LEX NOVA

Revista de
Derecho de Familia

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

© LEX NOVA 2008

Edición
Lex Nova, S.A.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457 038
Fax. 983 457 224
E-mail. clientes@lexnova.es

Diseño
MAC·115

ISSN
1139-5168

Depósito Legal
VA. 803-1998

Printed in Spain
Impreso en España

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova.

La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsablidad de sus autores los criterios emitidos.

Ya han pasado diez años

Se han cumplido diez años desde que la *Revista de Derecho de Familia* comenzó su singladura, diez años en los que ha sido testigo de los importantes cambios que se han producido en esta rama del Derecho.

Si hojeamos los primeros números de la revista, nos sorprenderán las sentencias y comentarios que incluíamos en torno a las causas de separación y divorcio. La SAP de 9 de marzo de 1999 desestimaba la demanda de separación por falta de pruebas y la SAP de Las Palmas de 3 de noviembre de 1998 no decretaba el divorcio al quedar acreditado que el esposo acudía regularmente a la vivienda, aunque sólo fuera para dormir, ya que esta circunstancia revelaba que los lazos entre los esposos no estaban rotos. Los que conocimos esta época, que supuso un abismo con la legislación preconstitucional, celebramos con entusiasmo la desaparición del sistema causal de separación y divorcio.

Sin embargo, ese abismal cambio que se produjo en el sistema matrimonial no se ha extendido a otras cuestiones del derecho de familia, como, por ejemplo, la atribución de la guarda y custodia. Si el procedimiento se tramitaba de forma contenciosa, era una utopía hablar de custodia compartida. Hoy, aunque afortunadamente muchos progenitores que se separan de mutuo acuerdo adoptan este sistema de custodia, sigue siendo muy difícil ver resoluciones judiciales, sobre todo a nivel de Audiencias Provinciales, que otorguen la custodia conjunta o compartida, aunque paradójicamente cada día sean más flexibles en la extensión del régimen de visitas que *de facto*, en muchos casos, se equipara con un reparto casi igualitario del tiempo de convivencia con los hijos. Posiblemente, cuando pase otra década, no veamos en las resoluciones judiciales atribuciones de custodia sino reparto del tiempo de convivencia y corresponsabilidad parental. Si en Francia hace tiempo que advirtieron que la custodia monoparental no daba unos resultados satisfactorios y optaron por implicar más en la educación de los hijos al progenitor que no convivía habitualmente con ellos, es evidente que debemos seguir sus pasos.

También la pensión compensatoria ha sufrido en estos años unas importantes modificaciones. La temporalidad ya no es la excepción, sino la regla, y ello no es más que el reflejo de que la mujer que actualmente se separa o se divorcia, no es aquella que siempre se había dedicado a la casa y a los hijos, sino que, aunque no sea en un plano de igualdad, está inmersa en el mercado laboral. De todas formas, los tribunales siguen respetando –aunque no en todos los casos, y eso es preocupante– los derechos de la mujer de mediana edad que se separa sin tener perspectivas laborales y en ocasiones no se establece limitación temporal alguna.

Una medida que ha sufrido poca alteración, por no decir ninguna, con el paso del tiempo es la atribución del uso de la vivienda familiar. El artículo 96 del Código Civil permanece inalterable aunque todo lo que hay a su alrededor se vaya transformando. El legislador contempla en el artículo 92 del CC la custodia compartida, pero no da una solución jurídica a la

atribución del uso de la vivienda familiar cuando la misma se acuerda. ¿Quiere decir ello que, en estos casos, no se efectuará atribución del uso? No creemos que sea así, serán los tribunales los que, atendiendo a las circunstancias que concurran en cada uno de los progenitores decidan lo procedente. Pero claro, esto de lo procedente es tan ambiguo que parece necesario que el legislador marque algunas pautas para la atribución. El problema es que intuimos que, cuando pase otra década, a diferencia de lo que indicamos respecto a la atribución de la custodia compartida, el artículo 96 del CC permanecerá incólume en la estructura del sistema de derecho de familia, aunque, paradójicamente, en la mayoría de los casos la vivienda no pertenezca a los cónyuges sino a la entidad bancaria con la que suscribieron el elevado crédito hipotecario dejándose llevar por el entusiasmo de que podía pagarse en cincuenta años. El problema es que las cuentas salían cuando esos cincuenta años los pasaban juntos, pero no cuando, al poco tiempo surge la crisis de pareja y se separan.

Las uniones de hecho también han sufrido una transformación importante. Sin embargo, el acceso de parejas homosexuales al matrimonio y a los derechos y deberes que éste conlleva no ha venido acompañada con una regulación de las parejas de hecho heterosexuales que no han querido ni contraer matrimonio ni acogerse a ninguna de las numerosas leyes de parejas de hecho que existen a nivel autonómico, y lamentablemente aún vemos discriminaciones, sobre todo en materia procesal, ya que en el procedimiento matrimonial se resuelven todas las cuestiones relativas a los cónyuges e hijos, mientras que las parejas de hecho tienen que acudir a dos procedimientos distintos.

De forma especial debemos hacer mención al artículo que se publicó en la revista núm. 4 de julio de 1999. Bajo el seudónimo de *Cayo Casio Longino*, el entonces Secretario Judicial Javier Pérez Martín y el Magistrado Eusebio Aparicio Auñón nos ofrecieron unas tablas orientativas para el cálculo de la pensión alimenticia, lo que creó una pequeña revolución entre los justiciables y los profesionales del mundo del derecho de familia. Las tablas, se comparta o no su filosofía, estaban realizadas con base en unos datos reales y contrastados y no han tenido otra pretensión que servir únicamente de guía orientativa, y el tiempo las ha situado en un referente importante cuando se están negociando las consecuencias económicas de una crisis de pareja. El anterior Consejo General del Poder Judicial recogió el testigo y comenzó los trabajos para, ya con marchamo legal, implantar unas tablas que resuelvan definitivamente esta cuestión, lo que sin duda contribuirá a que desaparezca uno de los grandes escollos para que la separación o el divorcio se tramiten de mutuo acuerdo.

Desde el punto de vista procesal también hemos ido comentando poco a poco la evolución que han tenido los procedimientos de familia. Sin duda la nueva LEC supuso un importante hito al configurar un proceso claro y preciso tanto para resolver las crisis de pareja como para la liquidación de la sociedad de gananciales. A ello hay que sumar algunas sentencias del Tribunal Supremo que aclararon algunos puntos oscuros, sentencias que, por otro lado, se echan de menos en la actualidad debido al restrictivo criterio adoptado por el Tribunal Supremo para la admisión de los recursos de casación y por infracción procesal.

El mismo entusiasmo que nos llevó a la publicación del primer número nos sigue guiando a todos las personas que participamos en la elaboración de esta revista, y que con un espíritu de continua mejora y superación seguiremos llegando a tantos profesionales que han confiado en nosotros para acercarse a esta complicada y cambiante rama del derecho. Gracias por el constante apoyo que día a día recibimos.

ESTUDIOS DOCTRINALES

Recorrido práctico sobre el activo de la sociedad legal de gananciales.
Manuel Rivera Fernández 23

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

Se alza la suspensión sobre la Ley Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico-matrimonial valenciano, ya que la aplicación supletoria del régimen de separación de bienes a los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigor no causa ningún perjuicio a los cónyuges que, por otro lado, tienen plena libertad para establecer por capitulaciones matrimoniales otro régimen económico distinto.
Tribunal Constitucional, Pleno, Auto de 12 de junio de 2008 129

ADOPCIÓN DE MENORES

Después de haberse constituido la adopción, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de lo actuado por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la madre biológica que se opuso a la adopción no habiéndose tramitado por el juzgado el incidente previsto en el artículo 781 de la LEC.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 58/2008, de 28 de abril 136

VIOLENCIA DE GÉNERO

Aunque se admite un recurso de amparo contra una sentencia que condenó al esposo por un delito de maltrato habitual, no se acuerda la suspensión de la pena de prohibición de aproximación, comunicación o acercamiento a su ex esposa, la de privación del derecho y porte de armas y la del pago de la indemnización. En cambio, sí procede la suspensión de la pena de privación de libertad.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Auto de 14 de abril de 2008 143

TRIBUNAL SUPREMO

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aunque los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales modificando el régimen económico de gananciales a separación de bienes, se declara que los capítulos matrimoniales fueron simulados habiéndose regido siempre el matrimonio por el régimen de gananciales, por lo que debían incluirse en la liquidación los dos inmuebles adquiridos por la esposa durante el período en que formalmente rigió el régimen de separación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2007 **145**

Nulidad de la escritura de compraventa otorgada por el esposo respecto a la mitad indivisa de un inmueble, utilizando un poder general de la esposa, rigiéndose el matrimonio por el régimen de separación de bienes, al existir vicio en el consentimiento por intimidación al esposo para evitar un proceso penal contra él por apropiación indebida.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2007 **148**

No se incluye en el activo de la sociedad de gananciales el inmueble que se adquirió en estado de viudo, aun cuando con anterioridad y constante el matrimonio se suscribiese un contrato con la Administración (Patronato de Casas para Funcionarios) ya que aun cuando dicho documento fuera considerado como documento público, no podía producir los efectos traslativos del dominio sobre la vivienda, ya que, si ello hubiera sido así, no habría resultado necesaria la adjudicación formal de dicha vivienda al comprador que se produjo después del fallecimiento de la esposa ni el posterior otorgamiento de escritura pública.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de noviembre de 2007 **154**

Se desestima la demanda interpuesta por el esposo contra la entidad bancaria que permitió que la esposa dispusiera de la cartera de valores a pesar de que en el contrato suscrito se hizo constar que para modificar el patrimonio objeto de administración se exigía la actuación conjunta de ambos o de uno con el consentimiento del otro. Se acreditó la existencia de un poder general del esposo a favor de la esposa que no estaba revocado, auque sí se revocó el igualmente otorgado por la esposa a favor del esposo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de noviembre de 2007 **158**

El derecho de uso que ostenta la esposa sobre el inmueble ganancial proviene de la sentencia firme de divorcio donde se reconoce. Esta atribución no se ha alterado ni se ha cambiado y no se debe reiterar mientras no se pronuncie una nueva decisión judicial en trámite de modificación de medidas y relativa a este derecho y ello con independencia de que se proceda a la venta del citado inmueble en pública subasta, si a ello hubiere lugar.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de noviembre de 2007 **161**

No puede reconocerse un crédito a favor de la esposa por haber abonado las pensiones alimenticias del hijo mayor de edad, toda vez que éste, al incorporarse como profesional al ejército, dejó de reunir los requisitos para ser perceptor de la pensión alimenticia fijada en la

sentencia de separación y, si luego optó por volver a estudiar, debió reclamar personalmente los alimento a sus progenitores.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2007 **165**

Se desestima el recurso de revisión interpuesto por el esposo alegando que, con posterioridad a la sentencia, tuvo conocimiento de un documento notarial del que se desprendía que, conforme a la legislación alemana, había prescrito la acción ejercitada por la esposa reclamando una determinada cantidad al esposo tras la extinción del régimen de participación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2007 **168**

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Se acuerda la división de la cosa común y la venta en pública subasta del negocio de panadería y del local, al no ser factible su división en dos nuevas dependencias, siendo cada una de las resultantes insuficientes para albergar la maquinaria y elementos actuales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2007 **174**

UNIONES DE HECHO

Desestimación de la acción declarativa de dominio interpuesta por un conviviente de hecho contra la herencia yacente de la que fue su compañera sentimental al haberse acreditado que el precio del inmueble se pagó con dinero exclusivo de aquélla no habiendo existido ningún negocio fiduciario.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2007 **177**

Carácter común del premio de lotería cobrado por un conviviente al haberse acreditado que la compra del billete se hizo cuando convivía en pareja, y por ello se le condena por un delito de apropiación indebida.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2007 **179**

EFICACIA CIVIL DE RESOLUCIONES ECLESIÁSTICAS

Acreditado que la esposa fue citada en forma en el procedimiento eclesiástico y que voluntariamente decidió no comparecer, procede declarar la eficacia civil de la sentencia de nulidad canónica, sin que sea obstáculo para ello la alegación efectuada por aquélla en cuanto a que no puede distinguirse entre rebeldía voluntaria e involuntaria a los efectos del artículo 954 LEC, dado que la rebeldía voluntaria está amparada por el principio de libertad religiosa.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2007 **182**

SUCESIONES

La donación efectuada por la causante a una hija es un bien colacionable sin que la prescripción adquisitiva alegada por la demandada (por haber poseído el inmueble durante más de treinta años) pueda amparar el desequilibrio de los herederos forzosos en punto a su derecho legitimario.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2007 **187**

Validez de las donaciones efectuadas en documento público aunque posteriormente los donantes suscribiesen un documento privado haciendo constar que la finalidad de aquella donación fue la inscripción de los inmuebles donados, dándose la circunstancia de que posteriormente se subsanó la descripción de la finca donada.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de noviembre de 2007 **191**

La enajenación por actos inter vivos de la testadora de los bienes objeto de legado comporta su extinción.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 2007 **194**

Interpretación de la voluntad del testador para integrar el contenido del legado, y si se indicó que legaba el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión, debe incluirse también lo que contengan las cajas de seguridad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2007 **199**

Donación *mortis causa* de inmuebles: Inexistencia al no haberse realizado con las formalidades propias para testar.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2007 **203**

Se incluye en el caudal hereditario el inmueble que con posterioridad al fallecimiento del causante adquirió el heredero que quedó en la administración de los bienes al presumirse que éste, en esa época, no contaba con bienes propios suficientes para su adquisición.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2007 **204**

Hasta tanto se realice la partición de herencia, un heredero carece de legitimación para ejercitar una acción declarativa de dominio contra los otros herederos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2007 **207**

PENAL

Se absuelve al integrante de una pareja de hecho del delito de abandono de familia que venía acusado al no integrar la conducta denunciada el tipo previsto en el artículo 227 del CP, ya que la obligación alimenticia no se estableció en una resolución judicial sino en una escritura pública pactada entre los convivientes al cesar en la convivencia.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2007 **209**

A pesar de que una sentencia civil declaró que no era el padre biológico, no se estima el recurso de revisión para dejar sin efecto las condenas por impago de pensiones alimenticias.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2007 **213**

Al no acreditarse el engaño a la esposa, se absuelve al esposo del delito de estafa continuada por el que fue condenado por la Audiencia Provincial por disponer de dinero e hipotecar fincas comunes de los cónyuges.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2007 **216**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

PATRIA POTESTAD

El padre interpuso demanda de ejecución solicitando que se requiriese a la madre para que manifestase el domicilio de los hijos menores del matrimonio y el Juzgado deniega el despacho de ejecución en base a que «la ejecución que se solicita no es conforme al contenido del título ejecutivo», sin embargo la Audiencia Provincial revoca el auto y acuerda que se admita a trámite.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 15 de enero de 2008 **225**

La actuación unilateral de uno de los progenitores cambiando de colegio al menor, no justificada por razones de urgencia, no puede merecer favorable acogida, por lo que debe revocarse el auto dictado por el juzgado. No obstante, no puede ser ajeno al tribunal el hecho de que dado el tiempo transcurrido y la permanencia de la niña en el centro, un traslado a mitad de curso escolar probablemente perjudicaría no sólo su rendimiento académico, sino su entorno social, por lo que se pospone la ejecutividad de la medida a la finalización del curso, esperando que los padres sean capaces de alcanzar un acuerdo que efectivamente será favorable a la menor.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 17 de enero de 2008 **226**

Al argumento de que el padre se desentendió del hijo de corta edad cuando abandonó el domicilio debe decirse que la madre poco contribuyó al mantenimiento de dicha relación tal y como se deduce de su declaración en la vista de las medidas provisionales, por lo que no procede privar al padre de la patria potestad.
AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de enero de 2008 **228**

GUARDA Y CUSTODIA

Procede atribuir la custodia al padre dado que el mantenimiento de la situación anterior supondría un perjuicio para la niña, al ser tratada por la madre como una enferma cuanto no existen pruebas objetivas de que lo esté, limitando así su adecuado desarrollo físico y psíquico.
AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2007 **228**

El Juez *a quo* acuerda acertadamente otorgar la guarda y custodia de las hijas comunes al padre al quedar acreditado en las actuaciones que desde la reincorporación de la madre al mercado laboral, en el año 2001, el padre era el encargado de recoger a las niñas en el colegio y el que atendía sus actividades extraescolares, debiendo recordar que la propia interesada señala que su horario de trabajo es de 9 a 14 horas y de 15 a 18 horas.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de enero de 2008 **229**

La guarda y custodia compartida sólo puede otorgarse en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento que permiten un marco referencial de afinidad para el hijo, presupuesto básico inexistente en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la presente contienda judicial.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de enero de 2008 **230**

Lo que se ha acreditado en autos pone de relieve las deficientes capacidades educativas de la madre, como la impuntualidad y falta de asistencia injustificada de la menor al centro escolar y la irregularidad en el seguimiento de tratamientos psicológicos que requiere la niña. En tales circunstancias y después de producirse reiterados incumplimientos en el régimen de comunicación entre padre e hija la medida procedente es el cambio de custodia.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 8 de enero de 2008 **231**

La circunstancia de que los padres residan en localidades diferentes, la madre en Puigcerdà y el padre en Sellagoussa (Francia), constituye un óbice de difícil salvación a los efectos de una guarda compartida, teniendo en cuenta que los menores tienen su vida en Puigcerdà, donde siempre han residido, donde estudian, tienen su entorno y sus amigos.
AP Girona, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de enero de 2008 **233**

RÉGIMEN DE VISITAS

La menor tiene dos años y cinco meses, lo que se considera una edad suficiente para que los cuidados que precisa puedan ser aplicados tanto por la madre como por el padre.
AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2007 **233**

Vistos los medios de transporte existentes y aquellos con los que cuenta la madre no se estima adecuado el establecimiento del punto intermedio de encuentro para la recogida y entrega del hijo, debiendo ser el padre el que se traslade de Zaragoza a Cuenca para recoger al menor del domicilio materno y, tras finalizar la visita, reintegrarlo al mismo.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **234**

Procede fijar un régimen de visitas al constatarse una progresiva mejoría del estado de salud psíquico de la madre que es consciente de su enfermedad y ha seguido el tratamiento médico con óptimo funcionamiento social y ocupacional sin que en los últimos tiempos se haya observado sintomatología relevante ni en la esfera psicótica ni en la afectiva.
AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **235**

Se desestima la demanda que efectuaron los abuelos solicitando el aumento de las visitas dado que éstos no pueden desarrollar una labor sustitutiva de la que exclusivamente corresponde a los padres en el proceso de crianza y educación de los hijos. Por otro lado, deben evitarse las desautorizaciones y las maniobras de alienación que éstos puedan efectuar frente al menor.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **235**

Basa la madre su pretensión de que sea suprimido el régimen de visitas en que el padre, que vive con los abuelos, delega en éstos el régimen de comunicación con la menor que la sentencia de divorcio le confirió, pero dicha alegación no se aviene con las denuncias por incumplimiento del régimen de visitas presentadas por el padre.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2007 **236**

Pautas a seguir para el control del régimen de visitas en el punto de encuentro.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 10 de enero de 2008 **237**

VIVIENDA FAMILIAR

En los procedimientos matrimoniales no se permite decidir sobre la atribución del uso de otra vivienda que no sea la familiar.
AP Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **238**

No existe situación alguna de precario, sino ocupación de la vivienda en virtud de resolución judicial, razón por la que el procedimiento escogido es inadecuado, debiéndose acudir en su caso al declarativo que por razón de la cuantía corresponda.
AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de enero de 2008 **239**

Habiendo transcurrido más de tres años desde que la esposa abandonara voluntariamente con sus hijos la vivienda, parece como ficticio pretender que ésta tenía a la fecha de la demanda inicial, y mantiene en la fecha actual, la condición de domicilio conyugal.
AP Las Palmas, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de enero de 2008 **240**

El demandado, con pleno consentimiento y conocimiento de los padres de la esposa, convirtió una pequeña vivienda propiedad de éstos junto a otra vivienda contigua que adquirió en un solo inmueble. Ya se acuerde la división de la cosa, ya su adjudicación a uno de los comuneros o su venta en pública subasta, debe darse preferencia al derecho de uso establecido a favor del padre y de las hijas.
AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de enero de 2008 **241**

PENSIÓN ALIMENTICIA

El padre alega que está en paro y no cobra ninguna prestación y que tan sólo cuenta con algún ingreso esporádico cuando ayuda en el comercio de su hermano los fines de semana, pero esta

situación es inconciliable con el hecho de que abona 900 euros mensuales por el alquiler de la vivienda donde habita y tiene en propiedad un vehículo «Jeep Cherokee».
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2007 **243**

Dada la edad de la hija, la actividad laboral que desarrolla y especialmente que se encuentra en el tercer curso de la carrera, habrá de mantenerse la pensión durante dos años más a contar desde la resolución de la primera instancia, transcurridos los cuales dicha prestación se extinguirá.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de enero de 2008 **243**

No es obstáculo para la reclamación de gastos extraordinarios que en el convenio regulador no se hiciera referencia a éstos, si bien el procedimiento adecuado para su reclamación no podrá ser el de ejecución.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 7 de enero de 2008 **244**

El gasto de matriculación en la guardería es un gasto escolar de carácter ordinario al ser previsible.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 15 de enero de 2008 **245**

PENSIÓN COMPENSATORIA

Invocar las nuevas circunstancias de la esposa para solicitar una pensión denegada en la separación, además de atacar el efecto de la cosa juzgada, es pretender ponderar el desequilibrio en el momento presente y no en el del cese de la convivencia.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **246**

Aunque el padre reconoce unos ingresos de 72.287,78 euros, en tanto que la esposa no percibe remuneración alguna, deben tenerse en cuenta los datos económicos del esposo y muy especialmente las cargas que el padre ha de afrontar en orden a la pensión de alimentos de los hijos, así como los gastos que éste ha de asumir para cubrir sus necesidades de alojamiento, por lo que procede fijar la pensión compensatoria en 1.500 euros.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2007 **246**

Con independencia de cuales fueran sus intenciones al acudir a un programa televisivo a compartir con el público su situación sentimental con una tercera persona, lo cierto es que ahora debe pechar con la responsabilidad de asumir las consecuencias del reconocimiento público del hecho que ahora pretende negar.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de enero de 2008 **247**

El hecho de que las partes disfruten de un diferente *status* económico con posterioridad a la ruptura, no es consecuencia de la crisis matrimonial, sino en todo caso de la diferente situación económica que tenían antes de contraer matrimonio dado que la esposa gozaba, y goza ahora también, de la propiedad de determinados bienes privativos.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 11 de enero de 2008 **248**

No se fija pensión por desequilibrio económico dado que se ha concedido a la esposa una indemnización del artículo 41 del Código de Familia de 100.000 euros y que tiene cubiertas sus necesidades de alojamiento al poseer una vivienda de su propiedad.
AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de enero de 2008 **249**

La pensión compensatoria no se puede declarar extinguida por el simple transcurso de los años.
AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de enero de 2008 **249**

Procede reducir la duración temporal del derecho a percibir la pensión compensatoria cuando la perceptora logra colocarse en situación de subvenir a sus propias necesidades, impulsando ella misma un negocio que le permite abrirse paso por sus propios medios.
AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de enero de 2008 **250**

CUESTIONES PROCESALES

Las medidas civiles adoptadas en la orden de protección no son recurribles.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 14 de diciembre de 2007 **251**

El procedimiento de modificación de medidas no puede servir de complemento de la demanda de divorcio para pedir medidas que no se pidieron en aquel momento.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **252**

La anotación preventiva de la demanda debe otorgarse de forma automática al amparo de lo dispuesto en el artículo 102 del CC sin que sea de aplicación la normativa de las medidas cautelares, por lo que procede revocar la resolución del juzgado que desestimó la petición por la falta de justificación de riesgo para la efectividad de la acción de divorcio.
AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 21 de diciembre de 2007 **252**

No se fijan litisexpensas al no haber sido reclamadas por vía reconvencional, aunque se reconoce que el cauce procesal adecuado es la petición en medidas provisionales.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **253**

El hijo nació una vez celebrada la vista pero antes de que recayera sentencia, pero ello no impide que puede fijarse en la sentencia una pensión alimenticia, dado que dicho hecho se puso en conocimiento del esposo, no pudiendo por otro lado entrar a discutirse si el hijo es o no de aquél.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **254**

El procedimiento matrimonial es un proceso que, por su naturaleza de juicio especial, está limitado al conocimiento de las pretensiones relacionadas con el estado matrimonial, por lo tanto, los pronunciamientos pretendidos relativos a qué obras y qué reparaciones son necesarias realizar y a quién corresponde hacerlas para instalar contadores de agua y luz, declaraciones de

obra nueva y división horizontal, utilización y costo del aljibe de agua potable no constituyen ámbito del proceso.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **255**

El artículo 43 del Codi de Familia se refiere a la posibilidad de proceder a la división de la cosa común, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, pero se limita a los bienes que «tengan en régimen de pro indiviso», y no contempla la posibilidad de que en estos procedimientos se discuta la titularidad del bien.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 14 de enero de 2008 **255**

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Ante la falta de concreción en el convenio de los muebles que componían el ajuar familiar y la falta de acuerdo entre las partes respecto a su reparto, no procede resolver la cuestión por vía de ejecución de sentencia, sino acudiendo al procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la LEC.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 19 de diciembre de 2007 **256**

Se desestima la oposición a la ejecución planteada por el padre en base a que se encuentra en situación de desempleo, ya que si bien la capacidad económica del obligado al pago es un elemento esencial para la cuantificación de la pensión alimenticia, es irrelevante en el proceso de ejecución.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de diciembre de 2007 **258**

La parte ejecutada puede oponer en el incidente de ejecución de sentencia la excepción de extinción de la pensión alimenticia en todos aquellos casos en los que el hecho concluyente de la extinción se produce en un momento determinado, ya que en el convenio se pactó de forma expresa que la obligación alimenticia cesará de forma automática cuando los hijos sean mayores de edad y posean ingresos propios.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 3 de enero de 2008 **258**

Si el abono de los recibos del colegio de los niños no se ha realizado por altruismo y el padre considera que puede existir, bien aquiescencia y mala fe, bien pago duplicado y una situación de enriquecimiento injusto por parte de la madre de los menores, aquél deberá, en su caso, reclamar su reembolso en el juicio ordinario correspondiente, pero nunca puede dilucidarse y ventilarse tal cuestión en este proceso de ejecución, en el que no se puede oponer, siquiera, la compensación.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 3 de enero de 2008 **259**

El padre está invirtiendo los papeles: adquiere libros de texto, material escolar y lleva a sus hijos a la peluquería e, impropiamente, reclama a la madre estos alimentos ordinarios. Igualmente procede revocar la resolución de instancia en cuanto a los gastos extraordinarios reclamados por el padre que deben antes notificarse a la madre y conseguir su consentimiento o, en su defecto, autorización judicial.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 10 de enero de 2008 **260**

La incoación de diligencias penales por parte del Juzgado de Instrucción por la presunta comisión de un delito de abusos sexuales del progenitor sobre su hija menor de edad aconseja establecer que el régimen de comunicación se desarrolle los viernes de las 18 a 20 horas, en el *punt de trobada,* siempre bajo la supervisión del personal técnico del centro, que deberá comunicar al Juzgado cualquier incidencia que se produzca en el desarrollo del régimen de visitas.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 14 de enero de 2008 **261**

REGÍMENES ECONÓMICOS

Los gastos de mera conservación de uno de los vehículos gananciales, que era utilizado exclusivamente por la demandada, no pueden incluirse en el pasivo, dado que su finalidad estaba dirigida a continuar con el disfrute.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2007 **262**

Siendo la vivienda ganancial, no se aprecia defecto alguno en la constitución de la relación procesal por cuanto que, la ausencia en el procedimiento del esposo, no es ningún obstáculo para el éxito de la acción protectora del dominio ejercitada únicamente por la esposa.
AP Almería, Sec. 3.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2007 **262**

No es obstáculo para la fijación de la indemnización del artículo 1438 del CC que el matrimonio tuviese una empleada de hogar ya que ello no desvirtúa la dedicación de la esposa a la familia. Por otro lado, el hecho de que esta empleada fuese pagada por el demandado no supone que éste participaba en las tareas del hogar, sino que debe enmarcarse en su contribución al sostenimiento de la familia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2007 **263**

Las partes, después de llevar a cabo el correspondiente inventario y avalúo de los bienes y la liquidación de las deudas gananciales, procedieron a realizar las oportunas adjudicaciones manifestando que «los valores del activo se consideran aproximados y en cualquier caso han sido calculados y pactados por las partes con pleno conocimiento de su alcance jurídico y económico, comprometiéndose firmemente a hacerlos valer donde corresponda, y a no reclamarse en el futuro entre los propios comparecientes», lo cual constituye una renuncia al ejercicio de la acción de rescisión por lesión, debiendo ponerse de manifiesto qué cláusulas análogas a las contenidas en dicho Convenio regulador han sido estimadas como tal renuncia por otros Tribunales de nuestro país y por el Tribunal Supremo.
AP Zamora, Sentencia de 28 de diciembre de 2007 **264**

El carácter privativo del inmueble debe ser confirmado pues el documento privado de compraventa pone de manifiesto que la vendedora lo otorga a nombre del padre del esposo, pactándose que la escritura pública de compraventa sería otorgada a nombre del hijo del comprador, lo que sucedió posteriormente cuando éste ya había contraído matrimonio.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de enero de 2008 **267**

No cabe incluir en el pasivo del inventario de la sociedad legal de gananciales el importe destinado a la realización de obras en la vivienda, por cuanto la necesidad de éstas no ha sido acreditada, sin que conste tampoco que el esposo hubiera consentido su realización.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de enero de 2008 **268**

Pretende la parte que se incluya dentro del pasivo de la sociedad de gananciales la minuta del perito que elaboró su informe, pero señala la Sala que una valoración carente de eficacia y además, practicada de forma unilateral, mal puede pretenderse que tal coste lo sea a cargo de quien nada ha tenido que ver ni participado, por lo que no es, en absoluto, deuda de la sociedad de gananciales.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 15 de enero de 2008 **268**

Improcedencia de la división material del inmueble teniendo en cuenta el importe elevado de la reforma necesaria y, además, que las reformas deben cumplir con la normativa urbanística y el código técnico de la edificación.
AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de enero de 2008 **269**

La explotación del negocio se incluye en el activo de la sociedad de gananciales, sin que ninguna de las partes haya discutido el carácter ganancial de dicho bien, pero no procede incluir los rendimientos que ha generado el referido negocio después de la sentencia de separación, pues a partir de ese momento concluyó la sociedad de gananciales, de modo que los beneficios obtenidos por el trabajo de la esposa desde esa fecha son bienes privativos, del mismo modo que los ingresos obtenidos por el trabajo del esposo también lo son.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de enero de 2008 **270**

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Cuando se constituye el acogimiento preadoptivo no es necesaria la tramitación de la pieza separada para determinar si los padres debían o no asentir, pues el artículo 122 del Codi de Familia determina con claridad que en estos supuestos los padres deben ser citados al procedimiento de adopción únicamente para ser oídos.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 3 de enero de 2008 **271**

Se confirma la negativa de la administración a conceder el certificado de idoneidad ya que la decisión de adoptar ha sido formalizada en un momento ya tardío, dado que él cuenta con 54 años y ella con 51. Esta diferencia generacional sería excesiva con el futuro hijo y comprometería a medio plazo la viabilidad del proyecto adoptivo, al tener que enfrentarse al doble estrés de atender y educar a un menor y al proceso natural de envejecimiento de los solicitantes.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 8 de enero de 2008 **272**

Se desestima el recurso interpuesto por la madre biológica contra el auto que constituye la adopción, dado que tanto el desamparo como el acogimiento preadoptivo son firmes, circunstancia que hace que no sea preciso su consentimiento para la adopción, pero es que, además, dejó de visitar a los niños injustificadamente.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 14 de enero de 2008 **273**

FILIACIÓN

No cabe apreciar la caducidad de la acción de impugnación de paternidad, pues el régimen aplicable al ejercicio conjunto de la acción de reclamación e impugnación es el propio de las acciones de reclamación, con lo cual han de ser tenidas en cuenta la ausencia del límite temporal del artículo 131 del CC y la imprescriptibilidad del 132. No se estima aplicable la doctrina de los actos propios dada la naturaleza de la acción ejercitada y en ningún caso podría ello predicarse respecto de la acción ejercitada por el padre biológico.
AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de enero de 2008 **274**

Se desestima la acción de impugnación de la paternidad por apreciarse la caducidad ya que el padre tenía perfecto conocimiento del nacimiento del menor constante su matrimonio. Realizó varios viajes a la República Dominicana en la época, no sólo de la concepción, sino del nacimiento del hijo, de manera que, si dudaba de la realidad de la filiación derivada del vínculo matrimonial, tenía la posibilidad de ejercitar la acción de impugnación con anterioridad al transcurso del plazo establecido en la ley para su ejercicio.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de enero de 2008 **275**

UNIONES DE HECHO

Improcedencia de fijar pensión compensatoria. Deben estar las partes en cuanto a los efectos económicos a lo que hayan pactado; y, a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno debe asumir las consecuencias económicas de la ruptura porque si libre fue la unión, igualmente libre debe ser la ruptura para cualquiera de ellos, pues cuando se afirma como principio general en esta materia el de favorecer al miembro «más desprotegido», se omite preguntarse: ¿más desprotegido por qué o por quién?
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2007 **276**

Consta que el actor convivió como pareja sentimental con la demandada durante cinco meses, que la convivencia tuvo lugar en el domicilio privativo de la demandada, que entre ellos no existió una confusión de patrimonios ni actuación económica conjunta y que carecen de descendencia en común. En consecuencia, falta la nota de estabilidad exigida para apreciar jurídicamente la existencia de la institución de la pareja de hecho.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2007 **276**

Procede fijar una indemnización por enriquecimiento injusto a favor del conviviente, habida cuenta que éste asumió el pago de la instalación del parqué que se colocó en el domicilio propiedad exclusiva de su pareja.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2007 **278**

Se desestima la solicitud de declaración de herederos promovida por el conviviente de hecho de la causante al no tener tal cualidad, declarándose la herencia vacante, la condición de heredero *ab intestato* de la Generalitat de Catalunya.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 9 de enero de 2008 **279**

CUESTIONES PENALES

Aunque el Juzgado de lo Penal la condenó a un año de prisión se absuelve a una madre del delito de desobediencia al no apreciarse la existencia del síndrome de alienación parental.
AP Vizcaya, Sec. 6.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2008 **281**

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

No se accede al cambio de custodia, pero se advierte a la madre que un nuevo incumplimiento del régimen de visitas se considerará un grave perjuicio para aquélla y dará lugar a la modificación automática de la guarda y custodia de la hija en la propia fase de ejecución.
Juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de Madrid, Sentencia de 3 de julio de 2008 **285**

Cambio de custodia a favor del padre al quedar acreditada la predisposición de la madre a no permitir y poner todo tipo de trabas a que la menor pueda tener una sana y saludable relación con su padre y hermanos. No se acuerda la custodia compartida dado el desequilibrio psicológico por el que aún se encuentra en tratamiento la madre.
Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 16 de julio de 2008 **286**

En interés de la menor y para reducir el nivel de rivalidad parental, se acuerda omitir, de forma consciente en el fallo de la sentencia, el término de «atribución de custodia» acordando un sistema de corresponsabilidad parental, lo que hace innecesario tener que escoger entre un modelo de custodia exclusivo u otro de custodia compartida.
Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 11 de julio de 2008 **288**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Al haberse atribuido en el Convenio regulador a la esposa e hijos el uso del domicilio conyugal y habiéndose adjudicado el mismo en propiedad al 50% entre ambos cónyuges no se inscribe el citado convenio dado que en las adjudicaciones se reconoce a la esposa «un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar del que disfrutará como mínimo hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente», dada la distinta naturaleza de uno y otro derecho y la necesidad de evitar el confusionismo.
Resolución de 5 de junio de 2008 **293**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción de un convenio regulador al haberse incluido en la liquidación bienes privativos de los cónyuges. La vivienda se adquirió por el esposo en estado de soltero y se terminó de pagar constante el matrimonio, por lo que teniendo carácter privativo la parte que se abonó antes de contraerse el matrimonio, no puede adjudicarse la totalidad del inmueble a la esposa.
Resolución de 31 de marzo de 2008 295

SUCESIONES

No se inscribe un acta de protocolización de operaciones particionales dado que estando las fincas inscritas con carácter ganancial es absolutamente insoslayable la intervención de los herederos de la premuerta esposa del causante, bien para prestar su consentimiento a las adjudicaciones que se realizan, bien para proceder a formalizar las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales.
Resolución de 6 de febrero de 2008 296

No existe obstáculo para inscribir una escritura de donación en la que una persona transmitió a sus sobrinos una parte indivisa de una finca calificada como de suelo no urbanizable, dado que no se ha iniciado ningún expediente por infracción urbanística.
Resolución de 30 de enero de 2008 297

SECCIÓN PRÁCTICA

Problemática jurídica de los bienes y deudas que no se incluyeron en el inventario de la sociedad de gananciales. 301

Casos prácticos. 305

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Datos de interés. 315

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Separación, divorcio y nulidad matrimonial. 321

Patria potestad. 321

Guarda y custodia. 322

Régimen de visitas. 323

Vivienda y ajuar familiar. 324

Pensión alimenticia. 324

Pensión compensatoria. 325

Cuestiones procesales. 326

Convenio regulador. 327

Ejecución de sentencias. 328

Regímenes económico-matrimoniales. 329

Procedimientos de menores. 330

Filiación. 330

Uniones de hecho. 331

Cuestiones penales. 331

Cuestiones registrales. 331

Sucesiones. 332

Otras cuestiones. 332

Revista de Derecho de
familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

RECORRIDO PRÁCTICO SOBRE EL ACTIVO DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES

MANUEL RIVERA FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

La composición del activo de la sociedad legal de gananciales constituye uno de los ámbitos de mayor conflictividad en nuestro Derecho de Familia. El Código Civil no formula una regla general, sino que emplea un método casuístico, a la hora de determinar qué bienes son privativos (artículo 1346) y cuáles gananciales (artículo 1347); y junto a ellos, al margen de la importante regla general mencionada en el artículo 1361 CC referida a la presunción de ganancialidad, otros artículos hacen referencia a la determinación del carácter de los bienes, en específica aplicación de los criterios establecidos en los artículos 1346 y 1347, o bien con alguna modificación, ampliando o reduciendo, que puede llegar a ser sustancial. El presente artículo pretende dar una visión completa y detallada de los criterios seguidos por la práctica de nuestros Tribunales sobre la composición del activo ganancial distinguiendo, lógicamente, entre aquellos bienes que se consideran privativos y aquellos otros que se estiman gananciales. Se abordan múltiples supuestos y casos, así como las soluciones adoptadas sobre éstos. El complicado mundo de las relaciones laborales y la sociedad de gananciales, las adquisiciones realizadas a plazos, antes y después de la entrada en vigor de la sociedad de gananciales, las participaciones sociales, la presunción de ganancialidad, la confesión de privatividad o el juego de las atribuciones patrimoniales realizadas por los cónyuges son algunas de las materias que se estudian detalladamente, concluyendo con un breve apunte sobre el cómo y bajo qué calificación acceden los bienes adquiridos en el marco de la sociedad de gananciales al registro de la propiedad.

ABSTRACT

The composition of the asset of the shared legal society constitutes one of the fields of more unrest in our Right of Family. The Civil Code doesn't formulate a general rule, but rather it uses a casuistical method, when determining what goods are exclusive (Article 1346) and

Sumario

which ones are shared (Article 1347); and besides these, apart from the important general rule mentioned in the Article 1361 CC referred to the shared presumption, other articles make reference to the determination of the character of the possessions, in specific application of the criteria settled down in the Articles 1346 and 1347, or with some modification, enlarging or reducing, that can end up being substantial. The present article seeks to give a complete and detailed vision of the criteria followed by the practice of our Tribunals about the composition of the shared asset distinguishing, logically, among those possessions that are considered exclusive and those another ones that are considered shared. Multiple assumptions and cases are raised, as well as the solutions adopted on the same ones. The complicated world of the labor relationships and the shared society, the acquisitions bought on installments, before and after the coming into effect of the shared society, the social interests, the shared presumption, the admission of exclusivity or the game of the patrimonial attributions carried out by the spouses are some of the matters that are studied detailedly, concluding with a brief note about how and under what classification do the properties acquired in the shared society access to the property registry.

I. LOS BIENES PRIVATIVOS

I.1. Bienes y derechos que pertenecieran al cónyuge al comenzar la sociedad de gananciales

I.2. Adquisiciones realizadas a plazos con anterioridad a la vigencia de la sociedad legal de gananciales

I.3. La vivienda familiar adquirida a plazos

I.4. Bienes adquiridos, constante la sociedad de gananciales, a título gratuito

I.5. La subrogación real

I.6. Acciones, títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos

I.7. Bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y no transmisibles *inter vivos*

A) El complicado marco de las relaciones laborales.

a) Despido. b) Expediente de regulación de empleo y modificación de condiciones laborales. c) Baja voluntaria. d) Incapacidad.

B) Pensiones. C) Propiedad intelectual. D) Seguros.

a) Seguro de vida. b) Seguro de invalidez

E) Planes de pensiones. F) Derechos de arrendamiento y usufructo. Concesiones administrativas.

I.8. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos

I.9. Ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor

I.10. Instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio

II. LOS BIENES GANANCIALES

II.1. Bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges

A) Trabajo e industria. B) Relación laboral y ganancialidad. C) Cuentas corrientes.

II.2. Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales

II.3. Las adquisiciones a costa del caudal común. El derecho de retracto de carácter ganancial

II.4. Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad

II.5. Participaciones sociales

II.6. Las cabezas de ganado

II.7. Las ganancias en el juego

II.8. Reglas especiales sobre la privatividad o ganancialidad de los bienes integrantes del patrimonio familiar

A) Bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo. B) Bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado.

II.9. Accesiones y mejoras

A) Las accesiones. B) La mejora ocasionada en bienes privativos. C) Incrementos patrimoniales.

II.10. La atribución de ganancialidad

A) Pacto expreso de ganancialidad. B) El negocio de aportación a la sociedad. C) Atribución presunta de ganancialidad. D) La atribución de privatividad.

II.11. La presunción de ganancialidad

A) Alcance de la presunción. B) Presunción *iuris tantum*. C) La confesión de uno de los cónyuges como medio de desvirtuar la presunción de ganancialidad. D) Presunción de ganancialidad y separación de hecho de los cónyuges.

II.12. Reembolsos y reintegros entre patrimonios

A) El derecho de reintegro y reembolso: su fundamento. B) Derechos de reembolso a favor de los cónyuges. C) Derechos de reembolso a favor de la comunidad. D) Actualización.

III. LOS BIENES GANANCIALES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La sociedad de gananciales supone [**SAP de Tarragona de 2 de septiembre de 2002** (JUR 2002\271477)], una separación entre los patrimonios de los cónyuges («privativos») y el patrimonio común («ganancial»). Es preciso, por ello, que se dicten reglas y se manifiesten criterios para determinar qué bienes y en qué casos ingresan en uno u otro patrimonio.

El Código Civil no formula una regla general, sino que emplea un método casuístico a la hora de determinar qué bienes son privativos (artículo 1346) y cuáles gananciales (artículo 1347); junto a ellos, al margen de la importante regla general mencionada en el artículo 1361 CC referida a la presunción de ganancialidad, otros artículos hacen referencia a la determinación del carácter de los bienes, en específica aplicación de los criterios establecidos en los artículos 1346 y 1347, o bien con alguna modificación, ampliando o reduciendo, que puede llegar a ser sustancial.

No obstante la complejidad normativa, intenta establecer unos principios rectores sobre la composición del activo de la sociedad de gananciales la **STS de 23 de octubre de 2003** (R. 7762) al señalar que: «... conviene recordar un cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre los principios informadores del carácter de los bienes integradores de una sociedad de gananciales, a saber (...) a) *Principio de equivalencia o mantenimiento del carácter de los bienes:* Si un bien se aportó al matrimonio como privativo de un cónyuge o se adquirió luego como ganancial, ha de mantenerse dicho carácter al disolverse la sociedad, incluso cuando haya experimentado una transformación plusvalorativa o mejora a tener en cuenta sí en su mera repercusión económica, en su caso. b) *Principio de equivalencia entre la causa y efecto de la plusvalía:* Se parte de la contemplación de los módulos determinantes del superior valor en sus respectivos momentos, y, en consecuencia, si por un proceso de transformación mejorativa –plusvalía interpuesta– existe diferencia entre el valor del bien en origen al aportarlo o adquirido, según sea privativo o común, y el valor final liquidatorio, al disolverse la sociedad, la mentada equivalencia conduce a que la causa determinante del cambio, naturaleza del dinero o expensa empleada, se corresponda con el efecto económico producido, y, por lo tanto, el incremento de valor así obtenido se subsuma en una naturaleza patrimonial idéntica a la de esa causa; así si la causa –dinero– es privativa de un cónyuge, el efecto producido –mejora de un bien privativo o común– será que la parte mejorada corresponde al titular del dinero, y si esa mejora se embebe o incorpora al bien de carácter dispar –dinero privativo que mejora un bien común– el titular privativo tendrá derecho al resarcimiento económico. c) *Sistemas de reembolsos*: Cuando por razones de política legislativa la norma innova el carácter del bien transformado, configurando un primitivo bien privativo como común pero mejorado, habrá de compensarse al titular particular en cierto modo expoliado, bien abonando el valor de dicho bien, o bien concediendo una expresa acción de reembolso o reintegro del valor satisfecho a costa del caudal propio. d) *Principio de equilibrio patrimonial y juego de la subrogación real:* Este equilibrio que también reaparece en los anteriores principios de equivalencia, conduce al uso de la subrogación real; en efecto, cuando acaece un cambio íntegro de un bien por otro hay que analizar la causa o proceso desencadenante de ese cambio: tanto lo sea de forma directa –*v.g.*, permuta– o indirecta, merced a una venta interpuesta y con su precio obtener una nueva adquisición subrogada: así, si se aporta un bien privativo y durante el matrimonio se permuta por otro, es claro, que la subrogación es literalista, al igual que si se adquiere dinero a título gratuito y luego se invierte en la adquisición de un bien, o se vende el privativo y con su importe se adquiere otro, también el objeto patrimonial así incorporado ha de mantener el carácter privativo de que trae causa. Por otro lado, en Sentencia de 14 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2840) , se expresa: «... en el elenco básico del artículo 1347, se refleja en sus diferentes casos, que *para el legislador, existen tres medios por los que un bien puede calificarse de ganancial:* 1. A través del *trabajo o industria* de cualquiera de los cónyuges –comunidad de esfuerzos–; 2. En razón al carácter principal de los bienes del matrimonio –comunes o propios– y a la exigencia de subvenir a las cargas del mismo que provocan la *accesoriedad* de los frutos derivados y

su imputación a esas cargas –comunidad en el sostenimiento de la sociedad–, y, finalmente 3. Dentro de las adquisiciones a título oneroso en el amplio juego de la *subrogación real*, todos aquellos bienes obtenidos o realidades económicas creadas merced a recursos comunes –ganancias o beneficios– que da lugar a la comunidad en el costo».

Principios a los que habría que añadir el hecho incontestable de que el carácter privativo o ganancial de un bien adquirido constante matrimonio se determinará con la legislación vigente al tiempo en el que se integra en el respectivo patrimonio [**SSTS de 4 de diciembre de 2002** (R. 10423), **24 de julio de 1996** (R. 6052) y **8 de febrero de 1993** (R. 688)]. Dice al respecto la **SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de julio de 2007** (AC 2008/20): «Examinadas nuevamente las actuaciones procede, en primer lugar, diferenciar los bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio y antes de 1981, del adquirido con posterioridad al mismo y al citado año. Tal distinción es precisa tanto por el origen de la adquisición de los bienes, hecho no discutido, como por la legislación aplicable en cada caso. La Ley 11/1981, de 13 de mayo (RCL 1981, 1151), que modifica el Código Civil (LEG 1889, 27), en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, vino a cambiar sustancialmente la regulación del régimen legal pero sin carácter retroactivo, por lo que siguen siendo aplicables las normas del Código Civil anterior a tal modificación en la calificación de los bienes adquiridos con anterioridad a la nueva norma. En tal sentido cabe recoger la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2485): "La base fáctica expuesta no puede dejarse de lado a la hora de la aplicación de la normativa procedente, a efectos de determinar el carácter privativo o ganancial del bien litigioso, adquirido constante matrimonio. En la fecha de la compra no regía el artículo que se denuncia inaplicado en el motivo, toda vez que fue introducido en el Código a medio de la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981 por lo que la legislación aplicable al tiempo de la adquisición e integración del inmueble en el patrimonio ganancial, es la anterior a la reforma dicha [Sentencias de 8 de febrero de 1993 (RJ 1993, 688) y 20 de junio de 1995 (RJ 1995, 4931)] y concretamente el artículo 1396 (sobre bienes privativos, en relación a los 1401 y 1408 –bienes gananciales–)". Así como la de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1939), cuyo interés a esta litis y en determinada cuestión controvertida es muy relevante».

I. LOS BIENES PRIVATIVOS

I.1. Bienes y derechos que pertenecieran al cónyuge al comenzar la sociedad de gananciales

– Son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes o derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad [**SSTS de 22 de diciembre de 2003** (R. 9203), **17 de abril de 2002** (R. 3293), **16 de octubre de 1999** (R. 7331), **18 de junio de 1999** (R. 4612) y **4 de junio de 1981** (R. 2495) y **SSAP de Madrid de 26 de marzo de 2007** (JUR 2007\313901), **Sevilla de 22 de marzo de 2005** (JUR 2005\141284), **Madrid de 30 de abril de 2004** (JUR 2004\316248), **Zaragoza de 3 de octubre de 2003** (JUR 2003\251669), **Sevilla de 16 de marzo de 2000** (AC 2000\1826) y **Madrid de 10 de junio de 1997** (AC 1997\1308)], con una excepción, la vivienda familiar comprada a plazos con anterioridad al matrimonio que, por remisión del artículo 1357.II al artículo 1354 CC, corresponderá *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge adquirente en proporción a sus respectivas aportaciones [**SSTS de 17 de abril de 2002** (R. 3386), **18 de diciembre de 2000** (R. 10396), **9 de marzo de 1998** (R. 1268), **7 de junio de 1996** (R. 4826), **23 de marzo de 1992** (R. 2224) y **31 de octubre de 1988** (R. 7038)]. Se evita, con ello, que la vivienda familiar adquirida por uno solo de los cónyuges a plazos, antes de celebrarse el matrimonio,

sea privativa por aplicación del artículo 1357.I, como en el caso resuelto (bajo el derecho derogado) por la **STS de 4 de junio de 1981** (R. 2495), que declara propiedad del marido el piso comprado por éste, pagando una cantidad ínfima como entrada con dinero que le había entregado su futuro suegro.

– No debe estimarse el carácter privativo de un inmueble comprado por uno de los cónyuges, antes del matrimonio, con dinero propio de aquél, en el supuesto en el que quede demostrado que la parte de precio que se pagó, antes del matrimonio, del inmueble en cuestión, conforme a documentos privados, obedeció al futuro enlace matrimonial «con evidente intención de compensación con otros gastos», lo que paladinamente demuestra que no podía atribuirse la exclusividad de la propiedad del dinero a dicho cónyuge, y, aun más, si así se deduce de los actos consiguientes, cuando al otorgarse la escritura pública de la referida compra, una vez contraído matrimonio, no se hizo constar, según se podía haber realizado, el carácter privativo, al menos parcial, del dinero invertido en la compraventa [**STS de 25 de marzo de 1993** (R. 2233)]. En el mismo sentido, la **STS de 30 de junio de 2005** (R. 5088) y **SAP de Cuenca de 27 de julio de 2005** (JUR 2005\190757).

En sentido contrario, debido a la prueba practicada en el procedimiento, se pronuncia la **SAP de Sevilla de 22 de marzo de 2005** (JUR 2005\141284) considerando que la aplicación de la teoría del título y el modo obliga a atribuir la titularidad del bien al cónyuge que lo adquiere con anterioridad al momento de contraer matrimonio: «La vivienda se adquirió por la apelada antes de contraer matrimonio, por lo que *ha de tener naturaleza privativa al no existir sociedad de gananciales cuando se adquirió*, sin que pueda presumirse, como correctamente analiza la sentencia recurrida, que por haber sido hecha tal adquisición poco antes de la celebración del matrimonio, que la adquisición se hizo precisamente por razón del futuro matrimonio, ya que ni siquiera es hecho probado que el destino del dinero que se recibió en préstamo fuera el pago del precio de la vivienda que se había adquirido y pagado con anterioridad, y ello aun cuando se consignase en el propio contrato ese objeto, ya que ni concuerdan las cantidades, ni puede entenderse que su finalidad, aun aceptando la tesis del recurrente, fuera pagar el precio de la compraventa sino –en todo caso– amortizar el préstamo concedido o anticipado por un familiar de la adquirente. *Nada tiene que ver el que el pago de los plazos de amortización del crédito se hiciera vigente la sociedad de gananciales y con sus fondos, lo que únicamente determinará un crédito por su importe total contra el titular, pero en modo alguno condiciona la adquisición de la propiedad, que se rige por el artículo 609 del Código Civil, que exige para ello no sólo el contrato, sino la entrega o* traditio *que nadie duda que existió con la propia formalización de la escritura pública* (artículo 1462.2 del Código Civil)». En similar sentido, las **SSAP de Sevilla de 31 de octubre de 1997** (AC 1997\2351) y **Madrid de 10 de junio de 1997** (AC 1997\1309).

– El acogimiento, en este ámbito, de la teoría del título y el modo (artículo 609 CC) nos lleva a afirmar que, en el caso de adquisición en documento privado, el hecho de que la elevación a público se realice una vez contraído matrimonio, y vigente la sociedad de gananciales, no significa que deba alterarse la calificación privativa del bien [**SSTS de 19 de septiembre de 2002** (R. 7834), **17 de abril de 2002** (R. 3293) y **16 de octubre de 1999** (R. 7331)]. Siempre, lógicamente, que tal título y modo se haya perfeccionado realmente, lo que no acontece en la **STS de 12 de noviembre de 2007** (R.8107).

– **Reactivación de negocio privativo con fondos gananciales**: Plantea la **STS de 29 de mayo de 1991** (R. 3943) un supuesto de reactivación, tras la guerra civil, de un establecimiento empresarial de carácter privativo.

La cuestión se centra en si la denominada reconstrucción del negocio, realizada con posterioridad a la guerra civil, tuvo la consecuencia de modificar la naturaleza del bien, punto en relación al cual la

sentencia de primera instancia se pronuncia negativamente porque «en 1939 no se constituye un nuevo negocio, sino que se rehace el ya existente procedente del abuelo paterno del actor»; se mantiene en el recurso, contrariamente, que «el origen del negocio es del todo irrelevante, si (...) se rehízo con fondos comunes del matrimonio». Rechaza el TS la pretensión del recurrente argumentando que: «a) Tanto el establecimiento como la propia actividad negocial o empresarial existían desde mucho antes y, si bien sus rendimientos tenían carácter ganancial (artículo 1401.2.º), no así la Agencia que los producía; b) La lógica interrupción de las operaciones mercantiles durante la guerra y la consecuente paralización del negocio, que condujo a la situación de "negocio deshecho", sólo significa que hubo de romperse la continuidad del giro comercial y, naturalmente, cuando fue posible su reanudación, se volvió a la situación anterior, *circunstancias económicas estas que no son susceptibles de producir un cambio en la naturaleza privativa del bien*; c) Ni siquiera hay constancia en autos de que se invirtiera dinero ganancial en "rehacer" el negocio –quiere decirse en la nueva iniciación de la actividad comercial–, sino que el propio Sr. U. G. manifestó en la escritura de 9 de octubre de 1959 que, si consiguió rehacer el negocio fue "gracias a la fiel y eficaz colaboración de su hijo Bernardo", el demandado en este proceso, lo que denota que los "grandes esfuerzos" –así los calificó D. Alfonso U.G. que fueron necesarios no tuvieron un contenido económico por vía de aportación de capitales, lo que se deduce también de la clase de negocio a que se dedicaba la Agencia –principalmente el registro de patentes y marcas– y d) *Aun en la hipótesis de que se hubiera invertido algún dinero ganancial en el negocio del Sr. U.G., tendría la consideración de "expensas útiles" y, por aplicación del artículo 1404.1.º a la sazón vigente, sólo estas sumas tendrían carácter ganancial y generarían un crédito, también ganancial, contra el marido titular privativo del bien*, conforme a la doctrina de la **STS de 25 de mayo de 1950** (R. 1004); por tanto, la no consideración como ganancial del bien a que nos venimos refiriendo, según resolvió la sentencia de instancia, fue correcta».

– La **usucapión** consumada constante matrimonio no favorece al consorcio cuando se inició por un cónyuge con anterioridad, esto es, cuando el cónyuge, al momento del comienzo de la sociedad de gananciales, tenía la posesión a título de dueño. Es el caso planteado por la **STS de 18 de marzo de 1961** (R. 963), donde una finca se encontraba ocupada, roturada y poseída constantemente durante un primer matrimonio. Durante el segundo matrimonio se produce la legitimación de la ocupación conforme al RD de 1 de diciembre de 1923. El TS atribuye la finca a la primera sociedad de gananciales por haber sido ocupada y poseída durante su vigencia, sin que el hecho posterior de la legitimación de la posesión pueda cambiar la condición de dicho bien.

– El hecho de que los bienes privativos se integren y confundan con los gananciales no supone una alteración de su calificación [**SAP de Sevilla de 26 de abril de 2005** (JUR 2005\137944)]. Así, adquirido un bien por ambos cónyuges, con anterioridad a haber contraído matrimonio, éste debe entenderse privativo, independientemente de que se hubiese explotado constante la sociedad legal de gananciales. Igualmente, en la **STS de 24 de septiembre de 1998** (R. 7067), donde quedó demostrada la existencia de una sociedad irregular antes del matrimonio, para su explotación, que habría de regirse, a tenor del artículo 1669 CC, por las reglas de la comunidad de bienes, siendo iguales las partes de cada uno por aplicación del párrafo segundo del artículo 393 CC.

I.2. Adquisiciones realizadas a plazos con anterioridad a la vigencia de la sociedad legal de gananciales

– Establece el artículo 1357, párrafo primero, una excepción a lo regulado en el artículo 1354 CC, al atribuir carácter privativo a los bienes comprados a plazos antes del comienzo de la comunidad por uno de los cónyuges (o por ambos), aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial [**SSAP de Toledo de 18 de julio de 2006** (JUR 2006\205363), **Málaga de 16 de**

junio de 2005 (JUR 2005\233818), **Ávila de 1 de junio de 2005** (JUR 2005\238763) y **Granada de 9 de febrero de 1998** (AC 1998\3258)]. Dice el artículo 1357.I CC: «Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial».

No obstante, alguna puntualización debe realizarse ya que, según se deriva de la **STS de 30 de junio de 2005** (R. 5088), pueden existir datos que revelen que la adquisición, aun habiéndose realizado con anterioridad a la vigencia del régimen de gananciales, se hizo para dicha comunidad y como tal debe entenderse que el bien tiene dicho carácter común. Así acontece cuando lo revelan una serie de datos relevantes, tales como que el documento privado de compra se formalizó el día anterior al matrimonio; se aplazó parte del precio y la escritura pública se otorgó cuatro años después con la atribución de la condición de ganancial. En este sentido, la **SAP de Cuenca de 27 de julio de 2005** (JUR 2005\190757) al incluir en el haber ganancial una finca comprada por el marido antes de contraer matrimonio, pero para su sociedad de gananciales: «... partiendo de que ambos cónyuges mantenían al tiempo de adquirir la finca cuentas bancarias conjuntas y que ésta fue adquirida en documento privado poco antes de contraer matrimonio, elevándose después dicho negocio a escritura pública y manifestando expresamente don Lucas que adquiría la finca para su sociedad legal de gananciales, mal puede progresar ahora el motivo de impugnación interpuesto, pretendiendo que se declare el carácter privativo del mencionado terreno siendo excluido del haber ganancial».

– El artículo 1357 tiene aplicación cuando el título adquisitivo es anterior al inicio de una sociedad de gananciales, antes del matrimonio o durante éste pero bajo un régimen distinto al de gananciales, con independencia de que la efectiva adquisición se produzca antes, durante o después de la vigencia sociedad de gananciales [**STS de 12 de marzo de 1993** (R. 1794)]. Señala expresamente la **STS de 27 de marzo de 2000** (R. 2487): «... al referirse el artículo 1357 a "los bienes comprados" ha de estarse a la fecha de celebración del contrato, no al de la adquisición del dominio por efecto de la tradición».

Salvo, claro está, que estemos haciendo referencia a la compraventa de bienes muebles sometida a la LVPBM, ya que tales contratos están configurados como reales, requiriéndose la entrega de la cosa y el pago del primer plazo para la perfección del contrato (artículo 16 LVPBM 28\1998, de 13 de julio); de ahí que, si el contrato queda perfeccionado con posterioridad a la entrada en vigor de la sociedad legal de gananciales, el precepto a aplicar debe ser el 1356 y no el 1357.

I.3. La vivienda familiar adquirida a plazos

– Si la vivienda familiar se adquiere durante la vigencia de la sociedad conyugal mediante precio aplazado, su carácter privativo o ganancial queda sujeto, según lo previsto en el artículo 1356 CC, al origen de la cuota inicial. Si la primera cuota del precio es dinero privativo, la vivienda será privativa, aun cuando el resto del precio se satisfaga con dinero ganancial [**SAP de Toledo de 18 de julio de 2006** (JUR 2006\205363)]; por el contrario, si la cuota inicial es ganancial, el hogar, aun cuando el resto se pague con dinero privativo, tendrá naturaleza ganancial [**STS de 12 de marzo de 1993** (R. 1794)], y por último, si la cuota inicial es en parte privativa y en parte ganancial, la vivienda tendrá el carácter pro indiviso ordinario entre uno de los cónyuges (o ambos) y la sociedad conyugal [**SSTS de 7 de julio de 1995** (R.5569) y **7 de abril de 1993** (R. 2992)].

El sistema expuesto no es aplicable cuando se trata de vivienda y ajuar familiar adquiridos con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales. Así, si un bien es adquirido a plazos por los cónyuges antes de comenzar la vigencia de la sociedad conyugal siempre será privativo, aun cuando

los plazos restantes se satisfagan, en su totalidad o en parte, con dinero ganancial, «salvo que se trate de la vivienda o ajuar familiar», pues en tal caso, según el párrafo segundo del artículo 1357 CC, la norma aplicable es el artículo 1354 del mismo texto legal, con lo que la vivienda pasa a ser un «pro indiviso ordinario o comunidad romana por cuotas entre uno de los cónyuges (o ambos) y la sociedad conyugal, en proporción a las respectivas aportaciones» [**SSTS de 16 de marzo de 2007, 17 de abril de 2002** (R. 3386), **18 de diciembre de 2000** (R. 10396), **3 de abril de 2000** (R. 2341), **9 de marzo de 1998** (R. 1268), **7 de junio de 1996** (R. 4826), **23 de marzo de 1992** (R. 2224) y **31 de octubre de 1988** (R. 7038); **STSJ de Navarra de 13 de diciembre de 1993** (R. 10096) y **SSAP de Madrid de 19 de febrero de 2007** (JUR 2007\152513), **Valencia de 19 de septiembre de 2006** (AC 2006\2342), **Valencia de 16 de marzo de 2006** (JUR 2006\179910), **Málaga de 7 de marzo de 2006** (JUR 2006\210467), **Burgos de 15 de febrero de 2005** (JUR 2005\76775), **Álava de 15 de marzo de 2005** (JUR 2005\201143), **Burgos de 16 de noviembre de 2004** (JUR 2004\6365) y **Guadalajara de 10 de febrero de 2003** (AC 2003\702)]. Se evita, con ello, que la vivienda familiar adquirida por uno solo de los cónyuges a plazos, antes de celebrarse el matrimonio, sea privativa por aplicación del artículo 1357.1, como en el caso resuelto (bajo el derecho derogado) por la **STS de 4 de junio de 1981** (R. 2495), que declara propiedad del marido el piso comprado por éste, pagando una cantidad ínfima como entrada con dinero que le había entregado su futuro suegro.

El carácter de vivienda habitual familiar debe quedar acreditado, pues es lo que permite aplicar el párrafo segundo del precepto, de lo contrario será aplicable el párrafo primero del artículo 1357. Así, la **SAP de Murcia de 25 de enero de 2000** (AC 2000\4049): «... si la vivienda se adquirió antes de contraer matrimonio (unos pocos días antes) con precio aplazado (el importe de la hipoteca) es de aplicación el artículo 1357 del Código Civil en su párrafo primero y no el 1354 ya *que no entra en juego la excepción de párrafo segundo pues la vivienda cuyo carácter privativo reclama nunca constituyó domicilio conyugal ya que en ella estuvo residiendo (mientras vivió) el padre del actor en virtud del usufructo que se había reservado, lo que ha quedado acreditado por el certificado del padrón del Ayuntamiento*».

Es explícita la **STS de 9 de marzo de 1998** (R. 1268) al señalar que «... consta, según la sentencia recurrida que el inmueble en cuestión: 1) Fue adquirido por el actor en estado de soltero. 2) La demandada contribuyó con veinticinco mil pesetas (25.000) para el precio total (testifical al folio 157 en relación con el documento número cinco de la contestación). 3) Los hermanos del actor aportaron en concepto de préstamo las sumas de sesenta mil pesetas (60.000) y quince mil (15.000), devueltas tras el matrimonio. 4) El precio total de compra fue de ciento sesenta mil pesetas (160.000). 5) No se ha discutido su carácter de vivienda familiar. Por tanto, su condición es mixta: la demandada pagó veinticinco mil pesetas (25.000) –lo que supone el quince con sesenta y dos por ciento (15,62%)–, con cargo a fondo ganancial se devolvieron las setenta y cinco mil pesetas (75.000) prestadas por los hermanos del actor –supone un cuarenta y seis con ochenta y ocho por ciento (46,88%)– y el resto, lo pagó el actor –treinta y siete con cinco por ciento (37,5%)–. Precisamente, conforme a los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida es el expresado carácter de la vivienda el que permite de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1357 CC, la aplicación del artículo 1354 en cuanto que los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial, y, en parte privativo, corresponden pro indiviso a la sociedad de gananciales en proporción al valor de las adquisiciones respectivas». Y puntualiza la **STS de 7 de junio de 1996** (R. 4826) que el precepto «no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por lo tanto, puede adquirirlo posteriormente, como demuestra el artículo 91.2 y 3 del Reglamento Hipotecario».

Incide en esta doctrina la **SAP de Guadalajara de 10 de febrero de 2003** (AC 2003\702): «Por lo que respecta al bien inmueble, la resolución de instancia declara su pertenencia pro indiviso a la sociedad

de gananciales y a don Luis Enrique en proporción a sus respectivas aportaciones; pronunciamiento fundamentado en lo dispuesto en los artículos 1357 y 1354 CC, al tratarse de una vivienda familiar adquirida por el esposo en estado de soltero antes de contraer matrimonio pagando parte del precio, y abonándose el resto con cargo al caudal ganancial (...) *nada se opone a esta calificación que al poco tiempo del matrimonio se elevara a público el documento privado de compraventa, pues la escritura pública no desvirtúa el hecho básico de tratarse de bienes privativos, en el caso contemplado en la resolución citada, ni tampoco el hecho de que en el Registro de la Propiedad se diga que tiene carácter ganancial;* naturaleza jurídica del bien que tampoco cambia por el hecho de que el entonces novio de la compradora hubiera aportado ayuda económica a la compra de los inmuebles, pues al no darse la condición aún de casados no existía sociedad de gananciales alguna, tal aportación si se demuestra su realidad y cuantía sólo concedería la posibilidad de reclamar como crédito la cantidad entregada (...) con independencia de lo que se hiciera constar en el documento público, está debidamente probado que la vivienda fue adquirida en estado de soltero por don Luis Enrique, así como que por éste se abonaron cantidades antes de contraer matrimonio, especificándose algunas en el contrato privado de compraventa; siendo el resto del precio aplazado abonado vigente la sociedad de gananciales, lo que patentiza la corrección de la calificación jurídica que en torno al bien efectúa la sentencia de instancia».

– La jurisprudencia acoge el concepto de vivienda habitual manejado por la doctrina. En este sentido, se considera que una vivienda se beneficia de tal calificativo cuando sirve de cobijo y alojamiento para la familia de forma usual [**STS de 31 de diciembre de 1994** (R. 10330) y **SSAP de Córdoba de 10 de mayo de 1993** (AC 1993\1050), **Barcelona de 12 de mayo de 1993** (AC 1993\1181) y **Granada de 12 de marzo de 1994** (AC 1994\467)].

– La actual normativa, señala la **STS de 8 de febrero de 1993** (R. 688), no es aplicable a la adquisición de una vivienda familiar ocurrida antes de la reforma de 1981. Así, será privativa la vivienda adquirida con anterioridad a haber contraído matrimonio, aunque posteriormente sea familiar y haya sido abonada en parte con la amortización de un préstamo hipotecario constante la sociedad de gananciales al ser aplicable el artículo 1396.1.º en su redacción anterior a la reforma [**STS de 3 de noviembre de 2006** (R. 9430)]. Doctrina ya señalada en la **STS de 4 de diciembre de 2002** (R. 10423): «... Es cierto que en el caso litigioso la fecha de adquisición (octubre de 1971) es casi concomitante con la del matrimonio (diciembre de 1971). Pero antes del matrimonio, es decir, antes de que existiese la sociedad de gananciales, vencieron dos letras, y después de la extinción de la misma, por separación de hecho de la actora, se siguieron pagando mensualmente por el demandado letras hasta el cumplimiento de la obligación por el precio aplazado. Aplicando, pues, la normativa que regía con anterioridad a la reforma de 1981, el piso se adquirió en octubre de 1971, con anterioridad al matrimonio, celebrado en diciembre siguiente. Nada tiene que ver el que el pago de varias letras en que se documentó el precio aplazado se hiciera una vez vigente la sociedad de gananciales y con sus fondos, lo que determinará un crédito por su importe total contra el titular, pero en modo alguno condiciona la adquisición de la propiedad, que se rige por el artículo 609 CC, que exige para ello no sólo el contrato, sino la entrega o *traditio*. La misma existió, pues el piso fue hogar común desde el inicio del matrimonio hasta la separación de hecho; nada se ha argumentado en contrario. Según la Audiencia, la adquisición del piso se ha de presumir que se hizo por razón de matrimonio, pero ello nada obsta a que la sociedad de gananciales no comenzase hasta la celebración del matrimonio (antiguo artículo 1693 CC). Por tanto nada pudo adquirir la sociedad de gananciales con anterioridad a su constitución, ni mucho menos es admisible que los plazos que hasta entonces corrieron se satisfaciesen con cargo a los fondos de la sociedad» [igualmente, **SSAP de Asturias de 24 de mayo de 2000** (AC 2000\1161) y **Vizcaya de 9 de febrero de 2000** (AC 2000\577)].

En sentido contrario, la **STS de 31 de octubre de 1989** (R. 7038) que aplica directamente el artículo 1357.2.º a una compraventa de vivienda acaecida en 1975.

– Como se ha señalado, el artículo 1357, y concretamente su párrafo segundo, se aplica, exclusivamente, a aquellos bienes adquiridos antes del matrimonio [**STSJ de Navarra de 13 de diciembre de 1993** (R. 10096)]. Y sólo a las adquisiciones a plazos. No obstante, aunque la adquisición al contado de una vivienda familiar a través de un préstamo simple o garantizado con una hipoteca sobre el inmueble no es en sentido estricto una adquisición a plazos que dé lugar a la aplicación del artículo 1357.2.º, ha entendido la **STS de 31 de octubre de 1989** (R. 7038) que «si las amortizaciones del crédito hipotecario con que se gravó el domicilio familiar fueron abonadas y liquidadas constante matrimonio y a cargo del mismo, hay que atribuir a tal hecho las lógicas y equitativas (artículo 3.2 CC) consecuencias jurídicas, acordes con el núm. 3 del artículo 1347 del propio Código, en aras todo ello de una justicia material rectamente entendida y superadora de ciertos excesos formalistas, propiciadores incluso del fraude de ley que podría suponer entender como decisivo y determinante el hecho formal de que quien compra una vivienda familiar en estado de soltería y en vísperas de contraer matrimonio, constituyendo al propio tiempo una hipoteca sobre aquél a pagar a lo largo de dicho matrimonio, pueda sostener, burlando el espíritu del párrafo 2.º del artículo 1357, que ese concreto bien (vivienda y ajuar familiares) es y sigue siendo privativo, pese a que las amortizaciones del crédito hipotecario constituido paralelamente se hagan efectivas en definitiva durante el matrimonio, resultando patentes en todo caso la *equiparación a estos efectos entre dichas amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos*» [igualmente, **STS de 18 de diciembre de 2000** (R. 10396); **STSJ de Navarra de 30 de junio de 2003** (R. 5405), y **SSAP de Cantabria de 12 de julio de 1994** (AC 1994\1361), **Badajoz de 25 de octubre de 1994** (AC 1994\1884), **Madrid de 10 de octubre de 1995** (AC 1995\2126), **Las Palmas de 3 de noviembre de 1997** (AC 1997\2252), **Madrid de 9 de marzo de 2004** (JUR 2004\249333) y **Cuenca de 26 de marzo de 2004** (JUR 2004\310206)].

Asimismo, entiende la **SAP de Málaga de 7 de marzo de 2006** (JUR 2006\210467) aplicable el artículo 1357, párrafo segundo, al peculiar supuesto en el que se produce la adquisición de la vivienda en una situación de separación de hecho seguida de un posterior divorcio y subsiguiente matrimonio con el propio ex cónyuge.

– No es relevante, a la hora de aplicar el párrafo segundo del artículo 1357, la cuantía de los desembolsos realizados por uno u otro patrimonio, privativo o ganancial. Pero sí deberá demostrarse su existencia. Así, la **SAP de Sevilla de 10 de febrero de 2004** (AC 2004\336): «En consecuencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1357 del Código Civil ha de estimarse la vivienda como bien privativo sin que se haya acreditado por la actora que hubiese satisfecho cantidad alguna tanto con anterioridad al matrimonio como que después de éste se hubiesen realizado pagos con cargo a los bienes gananciales, por lo que en consecuencia procede la desestimación en este sentido del recurso interpuesto».

Se encarga de aclarar la cuestión la **STS de 7 de junio de 1996** (R. 4826), donde se alegaba, entre otros, infracción de los artículos 1354 y 1357.2.º CC, argumentando sobre la base de que, si bien la vivienda familiar fue adquirida por precio aplazado por el marido en estado de soltero, uno de los plazos se pagó constante matrimonio, de ahí la pertenencia en pro indiviso ordinario a la sociedad de gananciales y al cónyuge adquirente.

No lo consideraron así las sentencias de instancia que, apoyándose en el artículo 3.1.º CC y la necesidad de interpretar las normas jurídicas según la realidad social, deniegan la situación de

proindivisión y asignan carácter privativo al inmueble en cuestión, sobre la base de: 1) La exigua cantidad pagada por la sociedad de gananciales respecto del total que se adeudaba por el fallecido esposo; 2) La compra del piso mucho tiempo antes de contraer matrimonio, y 3) El destino a hogar familiar fue muy posterior a la adquisición.

Por su parte, no duda el TS, partiendo de que la Audiencia da como probado que sólo uno de los plazos se pagó durante el matrimonio del causante, de que es necesario aplicar la excepción que señala el artículo 1357, párrafo segundo, para la vivienda familiar. Explica el Alto Tribunal: «Es claro que el artículo 1357 CC es una disposición reciente, pues data de la reforma del CC de 1981. Es peregrino que haya necesidad de esa "adaptación" a la realidad social, y todavía es más incomprensible que ello lleve a la no aplicación de una norma jurídica, expulsándola del sistema jurídico por quienes tienen el deber de aplicarla. Ciertamente que en el caso de autos se dan las circunstancias antes expuestas, a las que se puede añadir la de que el matrimonio se contrajo el 18 de octubre de 1988 y se disolvió por la muerte del esposo a los pocos meses, el 1 de marzo de 1989. Pero el juego de las mismas no puede conducir más que a una crítica del modo en que el legislador ha regulado el tema de la adquisición de la vivienda familiar, no a prescindir del precepto, el cual no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por lo tanto, puede adquirirlo posteriormente, como lo demuestra el artículo 91.2 y 3 RH. Además, los problemas que pueden originar la cotitularidad que impone el artículo 1354 son susceptibles de solución en la vía de la liquidación de la sociedad de gananciales, y no en este litigio, en el que se contiende sólo sobre qué bienes son gananciales y qué otros privativos».

– La adquisición por el bien de la naturaleza mixta (en parte ganancial y en parte privativa), que le asignan los artículos 1357.2 y 1354 CC, no se pierde una vez que deja de constituir el domicilio familiar, porque la razón de ser de los preceptos indicados no se basa exclusivamente en el destino familiar de la vivienda, sino además en el pago de los plazos con dinero común, teniendo el destino de la vivienda la única función de permitir el juego del principio de la subrogación real que es el que realmente determina la naturaleza ganancial de la porción de vivienda correspondiente a los plazos pagados con dinero del mismo carácter. El fundamento del artículo 1357.2 CC no es dispensar una protección exclusiva a la vivienda familiar, sino favorecer económicamente al patrimonio ganancial y, en consecuencia, puede sostenerse el mantenimiento de la naturaleza en parte común ya adquirida, pues que la vivienda deje de ser familiar no la priva del valor económico que le corresponde permaneciendo idéntico el interés de la sociedad de gananciales en que la vivienda forme parte de su patrimonio [**SSAP de Valladolid de 10 de octubre de 2005** (JUR 2006\143747) y **Málaga de 16 de junio de 2005** (JUR 2005\233818)].

– La aplicabilidad del artículo 1357.2.º puede plantear problemas en orden a la calificación de una misma vivienda, adquirida por precio aplazado, cuando constituye el hogar familiar respecto de sucesivas sociedades de gananciales, abonándose constante éstas parte de los citados plazos.

Es el problema planteado en la **STS de 12 de marzo de 1993** (R. 1794) en la que se discute la pertenencia de la vivienda a una determinada sociedad de gananciales, habida cuenta de que nos encontrábamos ante dos sociedades de gananciales no liquidadas. En efecto, el supuesto de hecho mostraba dos sociedades de gananciales sucesivas sin liquidar. Constante la primera de ellas, se adquirió en documento privado, por precio aplazado y con pacto de reserva de dominio, una finca que constituyó el domicilio familiar de aquélla hasta su disolución. Fallecida la esposa, el cónyuge contrajo nuevo matrimonio, pasando a constituir la citada vivienda el hogar familiar del segundo matrimonio. El precio había sido satisfecho: parte constante la primera sociedad, parte por el cónyuge

viudo, parte constante la segunda sociedad y los últimos plazos, una vez fallecido el marido, por uno de sus herederos.

Entiende el TS, ante la alegación de la segunda esposa recurrente de infracción, por inaplicación, de los artículos 1357 y 1354 CC, que nos encontramos ante un supuesto en el que el inmueble litigioso se adquirió por la primera sociedad de gananciales y, en consecuencia, a ella pertenecen, aunque la adquisición se realizase con pacto de reserva de dominio, sin perjuicio de que tal sociedad haya de abonar los créditos contra ella subsistentes por los desembolsos realizados para su adquisición, en la cuantía que se justifique por quienes los aleguen. Se cumple plenamente el supuesto normativo de adquisición del bien por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado y pago del primer desembolso con dinero ganancial, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo; de ahí que, el bien adquirido tenga carácter ganancial de la sociedad existente al tiempo de la adquisición.

Sin embargo, si aplicáramos estrictamente lo expuesto en el artículo 1357.2.º CC, nos encontraríamos con un bien que ostenta un doble carácter ganancial: es ganancial de la primera sociedad, al cumplirse lo dispuesto en el artículo 1356 CC, y es ganancial de la segunda sociedad, en la parte proporcional a los plazos pagados constante dicha sociedad, al cumplirse los requisitos, respecto del segundo matrimonio, expuestos en el párrafo segundo del artículo 1357. Como vemos llegaríamos al absurdo. Por ello, lo lógico sería aplicar la especial regla de liquidación de dos o más sociedades de gananciales expuesta en el artículo 1409 CC.

I.4. Bienes adquiridos, constante la sociedad de gananciales, a título gratuito

– Son bienes privativos los que cada cónyuge adquiera, con posterioridad al matrimonio, a título gratuito, debido a que a la causa de esta atribución no ha concurrido la conducta participativa del otro cónyuge, sino la exclusiva contemplación de la persona del atribuido en la voluntad del atribuyente (donación, herencia o legado) [**STS de 25 de julio de 2002** (R. 6938)].

– La atribución gratuita puede llevarse a cabo bien mediante: **1)** donación [**SSTS de 29 de noviembre de 2006** (R. 10030) y **10 de octubre de 2000** (R. 9191) y **SSAP de Murcia de 16 de mayo de 2006** (JUR 2006\195734), **Teruel de 16 de noviembre de 2005** (JUR 2006\898), **Álava de 29 de julio de 2005** (JUR 2005\243645) y **14 de marzo de 2005** (JUR 2005\193159), **Castellón de 8 de marzo de 1994** (ACAud 1994\1597), **Las Palmas de 6 de abril de 1993** (AC 1993\1809) y **4 de febrero de 1994** (RGD 1995, p.14218) y **Valencia de 6 de octubre de 1993** (RGD 1993, pp. 837-838)] y **2)** herencia o legado [**SSTS de 10 de octubre de 1988** (R. 7399), **29 de mayo de 1991** (R. 3943), **20 de octubre de 1992** (R. 8089), **14 de enero de 2003** (R. 1) y **12 de febrero de 2007** (R. 1380) y **SSAP de Cádiz de 1 de marzo de 1995** (AC 1995\560) y **23 de marzo de 2006** (JUR 2006\220891), **Murcia de 2 de julio de 2003** (JUR 2003\234518) y **Zaragoza de 27 de junio de 2006** (JUR 2006\191685)]. Aun cuando estas adquisiciones comporten pagos u obligaciones [**SAP de Cantabria de 4 de octubre de 2005** (JUR 2005\239744)] o la donación haya sido efectuada a favor de uno de los cónyuges con la obligación de subrogarse en la hipoteca que gravaba el inmueble donado ya que: «la donación aunque sea modal o por causa onerosa sigue manteniendo el criterio de que se trata de un acto de carácter gratuito» [**STS de 26 de febrero de 2002** (R. 2050)].

– Se plantea la duda en relación con las donaciones y legados remuneratorios. En nuestra opinión, deben estimarse gananciales al constituir retribución del trabajo, actividad o servicio prestado. Parece ser ésta la posición de nuestro TS en la **STS de 29 de noviembre de 2006** (R. 10030) al considerar

la existencia de donación ante una remuneración extraordinaria realizada al marido por la empresa en la que trabajaba por «sus actuaciones y diligencia en estos últimos días para llevar a término y organizar adecuadamente los procesos que se están desarrollando en la reestructuración interna de la sociedad (...)». La esposa, por el contrario, consideró que dichos trabajos se habían venido realizando a lo largo de todo el año 1991, por lo que esta gratificación debería considerarse ganancial. Considera el TS que «El argumento contrario a la inclusión dentro de la masa de los bienes gananciales estriba en que la remuneración en cuestión es un acto puntual de la Junta por unos trabajos concretos. No se trata de dividendos de las acciones, ni de sueldos que sí deberían haber sido incluidos en la masa de los gananciales. El texto del acuerdo es muy concreto: se trata de una remuneración especial y extraordinaria por «trabajos realizados estos últimos días» en relación con la reestructuración de la sociedad. Esta especial atribución acordada por la Junta de la sociedad Torrecid, SA *debe tener la consideración de acto a título gratuito, más cercana a las donaciones remuneratorias. No se ha probado, sin embargo, esta cualidad, por lo que debe aplicarse sin mayores disquisiciones lo establecido en el artículo 1346.2, que considera privativos los bienes adquiridos durante el matrimonio por título gratuito*». Esto es, parece indicar que si se hubiese probado la existencia de una donación remuneratoria el carácter privativo habría cedido a la condición de ganancial.

– Son privativas las cantidades adquiridas en concepto de renuncia a la herencia [**SAP de Asturias de 2 de abril de 2005** (JUR 2005\99405)].

– Es privativa la parcela adquirida por uno de los cónyuges en virtud de herencia del concesionario de su cultivo conforme al régimen especial de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario [**STS de 20 de octubre de 1992** (R. 8089)]. Calificación que no queda desvirtuada por el hecho del otorgamiento de escritura pública en la que se consigne la transmisión efectuada; ya que, la prueba documental no alcanza un valor superior a las demás pruebas, por lo que cabe que su valoración conjunta lleve a los juzgadores de instancia a conclusiones diferentes de las que parecerían, en principio, desprenderse del documento público, que es lo que sucede en el supuesto planteado por la señalada STS, en la que, tanto del resto de las pruebas, como de la interpretación del artículo 28 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y los correspondientes del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de 24 de diciembre de 1981 (RCL 1982\52 y ApNDL 346), cabe concluir que la verdadera función de la escritura no es otra que la consolidación documentaria de los derechos ya concedidos por el Estado al cultivador de la parcela, cultivador que, en un principio, fue un tío carnal de los demandados, y que por vía hereditaria transmitió tal finca al marido de la actora, razón por la que, como acertadamente razonan los Juzgadores de instancia, fue adquirida por ellos por vía sucesoria y no de compraventa.

– Cuando las cantidades adquiridas por un cónyuge excedan en mucho de lo que constituía su salario habitual, debe entenderse que son adquiridas a título gratuito y, consiguientemente, deben considerarse privativas. Es el caso presentado por la **SAP de Valencia de 6 de octubre de 1993** (RGD 1993, pp. 837 y 838) donde se admite que «no pueden integrar el activo de la sociedad de gananciales las cantidades que el difunto esposo percibió de sus padres por labores de campo, ya que la presunción de ganancialidad de los ingresos de un cónyuge no puede afectar a una suma que excede con mucho de lo que eran los ingresos del difunto, por lo que hay que estimar tales cantidades como adquiridas por el fallecido a título privativo y con carácter gratuito».

– La regla del artículo 1346.2.º se ve afectada por el contenido del artículo 1353 CC, el cual dispone que «Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiera dispuesto lo contrario». De

no existir esta regla, este tipo de bienes serían privativos de ambos cónyuges pro indiviso; no obstante el artículo 1353 los hace gananciales cuando se cumplen los requisitos fijados en el precepto. Esto es:

A) *La atribución debe ser realizada conjuntamente a ambos cónyuges*, bien por actos *inter vivos* [**SAP de Málaga de 9 de enero de 2006** (JUR 2006\151694)] *o mortis causa* y, en este último supuesto, nada obsta a que la atribución sea a título particular (legado) o universal (heredero) [**STS de 10 de octubre de 2000** (R. 9191)].

No se demostró la atribución a ambos cónyuges y sí exclusivamente al marido en la **STS de 4 de abril de 1997** (R. 2636), de ahí que no se considerara ganancial, y sí privativa la cantidad donada. Asimismo en la **STS de 9 de mayo de 2007** (R. 3561) en la que se señala expresamente que «Debe recordarse ahora, para reforzar lo dicho, que el artículo 1353 del Código Civil establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados por terceros a los cónyuges y exige para ello que concurran los requisitos previstos en el propio artículo, que son: a) que la liberalidad haya sido aceptada por ambos cónyuges; b) que el donante no haya establecido lo contrario, y c) que se trata de una presunción que admite prueba en contrario. En este caso, no consta que se cumpliera el primer requisito, sino que ha resultado probado que la liberalidad se efectuó únicamente a la esposa, por lo que ya no puede aplicarse el artículo 1353 del Código Civil que se cita como infringido, por no cumplirse las condiciones exigidas en él».

Sí parece demostrada la atribución a ambos cónyuges en la **SAP de Madrid de 23 de noviembre de 1993** (AC 1993\2603) ya que la liberalidad iba encaminada a la satisfacción de una deuda de la sociedad de gananciales, y, al tiempo, no había manifestación en contrario del donante, cuyo *animus liberandi* debe apreciarse al momento de producirse la entrega de lo donado, no con posterioridad donde las desavenencias conyugales aparecen.

B) *La atribución debe realizarse sin especial designación de partes*, de ahí que debamos acudir al artículo 983.2.º CC, en sede de acrecimiento sucesorio, para apreciar cuándo no existe especial designación de parte.

C) *Constante la sociedad:* lógico requisito, de lo contrario, se aplicaría el artículo 1336 CC referente a las donaciones por razón de matrimonio, de ahí que los regalos de boda realizados a un cónyuge se consideren privativos [**STS de 30 de enero de 2004** (R. 438)].

D) *Aceptación:* No basta la aceptación por uno solo de los cónyuges [**SAP de Murcia de 16 de mayo de 2006** (JUR 2006\195734)], en cuyo caso, y a expensas de disposición en contrario del disponente, éste adquiriría la totalidad del bien donado o dejado en testamento, en virtud del derecho de acrecer (artículos 637, 982 y 987 CC). Considera la falta de aceptación de uno de los cónyuges elemento suficiente para atribuir al bien carácter privativo la **SAP de Valencia de 7 de septiembre de 2005** (JUR 2005\275688).

Se entiende la existencia de una aceptación tácita de los cónyuges cuando lo donado se ingresa en una cuenta de carácter ganancial: «... el artículo 1353 del Código Civil dispone que los bienes dados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de parte, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuese aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario, por lo que aun considerando hipotéticamente acreditada la donación del cupón, que no lo está, como se entregó constante la

sociedad de gananciales, y sin mención en contra de la donataria, hay que entender que se hizo a ambos cónyuges conjuntamente, siendo aceptada, pues así resulta de su transferencia a una cuenta común de las partes, por lo que, aún, en el citado supuesto, su carácter sería de bien ganancial» [**SAP de Málaga de 9 de enero de 2006** (JUR 2001\151694)].

E) *Que el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario.*

Admite la existencia de todos los requisitos expuestos la **SAP de Oviedo de 11 de mayo de 1996** (RGD 1997, p.6688), en la que se estima que la transferencia efectuada por los padres de uno de los cónyuges a una cuenta corriente, de la que ambos eran cotitulares y estando vigente la sociedad legal de gananciales, constituye una donación a los cónyuges conjuntamente, al no constar especial designación de partes y ser aceptada por ambos sin que el donante dispusiera lo contrario, y sin que pueda calificarse de préstamo, de ahí que, la vivienda adquirida con dicho importe, al no constar en la escritura pública de adquisición ninguna manifestación sobre la privatividad del inmueble o del dinero abonado, se presumirá ganancial.

La declaración de ganancialidad del artículo 1353 CC es de máxima intensidad o grado y para desvirtuarla la prueba contraria ha de ser contundente, sin que pueda consistir en otras presunciones de mero hecho, simples conjeturas que carecen de la precisión y el rigor que la Ley asigna al precepto citado [**SAP de Valladolid de 10 de octubre de 2006** (JUR 2006\143747)].

I.5. La subrogación real

El párrafo tercero del artículo 1346 confirma en sede de gananciales el principio de subrogación real: todo bien habrá de tener la naturaleza de aquél al que sustituya. Principio que rige, tanto para los bienes privativos (artículo 1346.3.º) como gananciales (artículo 1347.3.º) evitando, con ello, el enriquecimiento de una masa patrimonial a costa de otra de las concurrentes en el matrimonio. Señala la **STS de 26 de septiembre de 2002** (R. 8485): «cuando acaece un cambio íntegro de un bien por otro hay que analizar la causa o proceso desencadenante de ese cambio: tanto lo sea de forma directa –*v. gr.*, permuta– o indirecta, merced a una venta interpuesta y con su precio obtener una nueva adquisición subrogada: así, si se aporta un bien privativo y durante el matrimonio se permuta por otro, es claro, que la subrogación es literalista, al igual que si se adquiere dinero a título gratuito y luego se invierte en la adquisición de un bien, o se vende el privativo y con su importe se adquiere otro, también el objeto patrimonial así incorporado ha de mantener el carácter privativo de que trae causa».

– La adquisición de bienes después de la enajenación de bienes privativos tendrán la condición de propios siempre que acaezca la indispensable prueba, en muchas ocasiones complicada, de que los fondos con los que se hizo la adquisición eran de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges, en tal caso sí podrá admitirse la subrogación y sustitución [**SSTS de 8 de marzo** (R. 1939), **21 de mayo** (R. 3882), **24 de julio de 1996** (R. 6052), **7 de julio de 1995** (R. 5569), **22 de julio** (R. 7241), **2 de junio** (R. 4573), **9 de diciembre de 1994** (R. 9435), **23 de febrero de 1993** (R. 1221), **15 de diciembre de 1989** (R. 8833), **3 de febrero de 1966** (R. 309) y **28 de noviembre de 1953** (R. 3142)]. En caso contrario no quedará destruida la presunción de ganancialidad prevista en el artículo 1361 CC. De este modo, no es suficiente para destruir la presunción de ganancialidad la declaración de uno de los cónyuges, aun en escritura pública, acerca del carácter privativo del dinero con el que se hizo el pago del precio [**SSTS de 27 de mayo de 2005** (R. 5760) y **18 de julio de 1994** (R. 6447)]. En estos mismos términos se manifiestan las **RRDGRN de 18 de octubre de 1999** (R. 7674), **13 de febrero de**

1999 (R. 628) y **21 de mayo de 1998** (R. 4456): «en el ámbito registral, y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el artículo 95 RH exige que, *en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública*. La simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. *El hecho de que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que un día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero pero no que sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro bien*. El que el Notario oficie al compañero que autorizó la escritura por la que el ahora adquirente enajenó un bien privativo; el que éste haga constar mediante nota en la matriz la manifestación del entonces vendedor; el que dicha constancia se le acredite al Notario ahora autorizante de la adquisición que se pretende inscribir como privativa, y el que dicha constancia se haga a su vez constar mediante diligencia en la escritura de compra implican una serie de precauciones que pueden y deben tener ciertos efectos que no vienen al caso enumerar, pero que no prueban el carácter privativo del precio o contraprestación satisfecho, ni destruyen la presunción de ganancialidad, no permitiendo, en consecuencia, inscribir el bien como privativo».

– El precepto no sólo contempla las adquisiciones onerosas realizadas con dinero privativo, sino otro tipo de situaciones, tales como la permuta, la expropiación, la indemnización por daños...

En este sentido, tan privativo es el fondo de inversión o el inmueble adquirido con la indemnización recibida por un accidente de circulación [**SSAP de León de 18 de mayo de 2005** (JUR 2005\217588) y **Murcia de 22 de septiembre de 2001** (JUR 2001\327397), respectivamente], como la maquinaria que sustituye a otra preexistente de carácter privativo [**SSAP de Córdoba de 27 de diciembre de 2004** (JUR 2004\146984) y **Asturias de 5 de abril de 2004** (JUR 2004\146640)].

– Son privativos los bienes adquiridos después de la separación conyugal [**SSTS de 14 de abril de 1989** (R. 3058) y **9 de diciembre de 1994** (R. 9435)], aun cuando ésta fuera de hecho [**STS de 27 de enero de 1998** (R. 110)].

– La **STS de 28 de noviembre de 1953** (R. 3142) considera privativo de un cónyuge lo comprado por el otro con numerario de aquél, aunque ambos aparecían como compradores.

Hay que entender que en estos supuestos de subrogación real no se toman en consideración las personas de los cónyuges que realizan la adquisición, ni el carácter con que intervengan, sino que la calificación jurídica de los bienes se realiza sobre la exclusiva base objetiva de la procedencia del dinero utilizado para la sustitución de unas cosas por otras [**SAP de Cantabria de 20 de octubre de 1994** (AC 1994\1791)]. En este sentido, la **STS de 11 de noviembre de 2004** (R. 7560), considera bastante la carta enviada por el marido a un tercero señalándole la procedencia de los fondos para la adquisición de unos bienes inmuebles inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad, así como los contratos de compraventa, para atribuir su titularidad al titular real de los fondos empleados en la adquisición.

– **Derechos de adquisición preferente**: Aunque el párrafo cuarto del artículo 1346 sólo hace referencia al derecho de retracto, no se debe olvidar la posibilidad de aplicación a otros derechos de adquisición preferente: tanteo y opción.

a) *Derecho de retracto de carácter privativo:* En aplicación del principio de subrogación real, adquieren carácter privativo todos aquellos bienes adquiridos como consecuencia del ejercicio de un derecho

de retracto (legal o voluntario) de análogo carácter; aunque la adquisición tenga lugar con fondos comunes, circunstancia que dará lugar al correspondiente derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales (artículo 1346, párrafo último) [**RDGRN de 14 de abril de 2005** (R. 5018) y **SAP de Cádiz de 19 de diciembre de 2005** (JUR 2006\168817)]. Precepto similar al presentado en el artículo 1352 CC [**STS de 24 de marzo de 2003** (R. 2917)].

Se presenta el supuesto de hecho en la **SAP de Segovia de 2 marzo de 1993** (AC 1993\408) en el que queda demostrado el carácter privativo de un inmueble, al ser adquirido como consecuencia del ejercicio de un derecho de adquisición preferente cedido por su titular, con carácter gratuito (por tanto, privativo), a uno de los cónyuges.

La similitud del derecho de tanteo con el de retracto hace que lo dicho para éste sirva para aquél.

b) *Derecho de opción:* Si la opción fue concertada con anterioridad al momento de entrada en vigor de la sociedad de gananciales habrá que atribuir carácter privativo al bien adquirido, pues, como señala la **STS de 7 de marzo de 1996** (R. 1881), «al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo». Con ello, se da plasmación a la doctrina jurisprudencial que considera que la opción de compra supone una compraventa conclusa que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo*, pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto [**SSTS de 29 de enero de 2007** (R. 1307) y **18 de julio de 2006** (R. 4949)], dependiendo la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante, que, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento, bastando que se opere esa manifestación de voluntad y que le sea notificada al optatario, para que sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción [**STS de 6 de abril de 1987** (R. 2494)]. Como dice la **STS de 14 de mayo de 1991** (R. 3670), es característica del contrato de opción de compra la de obligar al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el plazo que se ha señalado y a realizar la venta a favor del optante si éste utiliza la opción [asimismo, las **SSTS de 13 de noviembre** (R. 9398), **1** (R. 10244) y **22 de diciembre de 1992** (R. 10642), **17 de mayo** (R. 3801) y **22 de septiembre de 1993** (R. 6652)].

En cambio, si la opción fue contratada constante matrimonio, habrán de aplicarse las normas propias del principio de subrogación real, según el patrimonio o patrimonios que soporten la adquisición (artículos 1347.3.º y 1354 CC).

– La misma técnica de la subrogación real se aprecia en el artículo 1348 CC cuando señala: «Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagaderos en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito». El precepto se refiere tanto a los créditos o cantidades que pertenecían a uno de los cónyuges como propios al momento de comenzar la sociedad, como a los que haya adquirido con posterioridad a título gratuito o a costa o en sustitución de otros bienes privativos.

Lógicamente, la referencia que hace el precepto al matrimonio debe entenderse realizada a la vigencia del régimen económico matrimonial sociedad de gananciales. Asimismo, el hecho de que considere imputable al capital los plazos vencidos y cobrados reafirma la idea de que los posibles intereses tienen carácter ganancial sobre la base del artículo 1347.2.º CC.

I.6. Acciones, títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos

Aparece nuevamente el principio de subrogación real en el artículo 1352 CC, conforme al cual, «Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. Si para el pago de la suscripción se utilizaran fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho».

– Hasta la reforma de 1981 se habían originado importantes dudas sobre el carácter de las nuevas acciones adquiridas. Se había sostenido su privatividad, pero también que dichas acciones eran o podían ser gananciales, bien por el hecho de que en la suscripción se invirtiera dinero ganancial, o bien por la consideración del derecho de suscripción preferente como fruto de las acciones antiguas. En este sentido, la **STS de 24 de noviembre de 1960**, a la que hace referencia la **STS de 18 de octubre de 1996** (R. 7161), en la que se planteaba el tema de la naturaleza jurídica del derecho de atribución o suscripción preferente reconocido al antiguo accionista en los artículos 39 y 92 de la antigua LSA, mantuvo una solución contraria a la hoy adoptada por el precepto en cuestión [sobre la cuestión, las antiguas **SSTS de 4 de junio de 1881**, **9 de noviembre de 1891**, **8 de noviembre de 1893**, **14 de mayo de 1929**, **31 de mayo de 1930** (R. 973), **23 de enero de 1947** (R. 21) y **20 de diciembre de 1952** (R. 2711)].

– El artículo 1352, al hacer referencia a las empresas societarias, al contrario que el párrafo quinto del artículo 1347 que refiere a las empresas individuales, considera que: Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritas como consecuencia de la titularidad de otros privativos, serán también privativos y asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir, ya que si bien en muchos casos las nuevas acciones nacen con cargo a reservas o beneficios no repartidos, por lo que deberían tener las nuevas acciones emitidas el carácter de gananciales, sin embargo el precepto invocado altera la regla general, completando así lo dispuesto en el artículo 1346.3.º al señalar que son de cada cónyuge, las adquiridas a costa o en sustitución de bienes privativos **(SAP de Madrid de 21 de enero de 2005)**. En este sentido, la **STS de 15 de junio de 1982** (R. 3428) declara: «sobre la consideración de bienes gananciales de los beneficios, emisión de nuevas acciones y ampliaciones de capital de la primitiva sociedad limitada (convertida después en anónima) a partir de la fecha del segundo matrimonio, respecto de lo cual es preciso distinguir, pues en cuanto a los beneficios es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros, pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de emolumentos materiales y personales, para que fructifiquen y desde luego incluidos en el número tres del artículo 1401 CC (en su versión anterior), mientras que *por lo que se refiere a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones de capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es cierto que no pueden considerarse frutos o rendimientos del capital como a veces se sostuvo y a los efectos que aquí interesan, tendrán que tener la naturaleza del capital con el que se efectuaron, según establece la nueva redacción del artículo 1352 CC, siendo privativos si dicho capital tenía ese carácter*» [asimismo, **SAP de Sevilla de 7 de octubre de 1992** (AC 1992\1505)].

Esta innovación legislativa, tal como la describe la **STSJ de Navarra de 30 de marzo de 2002** (R. 5775), es desarrollada por la **STS de 24 de marzo de 2003** (R. 2917): «El precepto de nuevo cuño acoge el principio de la subrogación real: Las acciones o títulos suscritos –efecto o bien subrogado– como consecuencia de la titularidad de otros privativos –bien subrogante–; aunque, en realidad, en el supuesto de hecho no existe sustitución de unos bienes, los antiguos, por otros, los nuevos, sino que *éstos se incorporan al patrimonio del cónyuge respectivo en razón al derecho social que le corresponde por ser ya titular de otras acciones, se podría decir, como en el derecho de retracto, que la causa privativa es la titularidad del cónyuge, socio de la sociedad, en cuya virtud ejercita su derecho social a suscribir nuevos títulos, y por ello, su efecto o resultado de la suscripción también será privativo –principio de equivalencia–*. El artículo introduce dentro del Código Civil una institución propia del Derecho mercantil de sociedades, que por su frecuente acaecimiento en la actual vida de la familia y su indiscutible peso en el campo de los intereses entre las distintas masas patrimoniales ha exigido esta ordenación. *El derecho de suscripción preferente*, pues, está recogido en su amplio alcance: ya se trate de que el cónyuge titular –socio de la sociedad– suscriba nuevas acciones, ya se trate de otros títulos o participaciones. En todo caso, la atribución privativa de las nuevas acciones o el precio de enajenación del derecho de suscripción preferente en la esfera patrimonial del titular o cónyuge, obedece o es "como consecuencia de su titularidad sobre otras acciones o títulos también privativos", bien porque ya las aportó al matrimonio como propias, bien porque las adquirió después a título lucrativo o bajo el amplio campo de la subrogación real, o sea, siempre que en su adquisición de las originarias no existiera ninguna de las variantes de comunidad con su consorte: a veces puede bastar, como indicativo de esa titularidad, la mención nominal del cónyuge propietario en el título o en los resguardos de depósito, otras, precisará, además, la exigencia de acreditar la fecha de adquisición, sobre todo, si lo fue antes del funcionamiento de la ganancialidad, y otras, en fin, a través, por ejemplo, de la fórmula de la confesión del consorte del artículo 1324 al margen de su inoponibilidad a terceros –herederos o acreedores–. El párrafo final del artículo estructura una nueva manifestación del derecho de reembolso, garante del dogma de equilibrio entre las distintas masas de patrimonios, en el caso de que: 1.º) se pagase la suscripción de las nuevas acciones con fondos comunes, en donde sin perjuicio de mantener el mismo carácter las nuevas acciones suscritas con la de la titularidad de las pretéritas, se prescribe que la comunidad en el costo se resarza del importe o precio de la suscripción; 2.º) o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, que, inicialmente, puede contener alguna dificultad: es sabido que, en general, y por ello el artículo no lo incorpora a la esfera de privaticidad del cónyuge socio, los beneficios –dividendos o primas– a que tenga derecho el cónyuge como titular de las acciones, habrán de seguir la regla general de la ganancialidad del artículo 1347.2 (comunidad en las cargas y accesoriedad en la relación de los intereses a los bienes o acciones fructíferas), por lo que, cuando en el supuesto de hecho contemplado, esos beneficios no se han recibido y por ello la sociedad no los ha disfrutado y aplicado a subvenir a sus cargas, sino que –en una especie de autorización inversora– han servido para compensar el precio de las nuevas acciones así suscritas, parece lógico, con independencia, de que tales acciones prosigan su decurso privativo, se genere un derecho de reembolso a favor de la sociedad. Y esa llamada "autorización inversora", como acto de administración recayente en bienes comunes, no puede, en rigor, escamotearse por una decisión unilateral del cónyuge socio, que, como suele acontecer, sin conocimiento del consorte aplica tales beneficios al pago compensatorio de las acciones suscritas; esa conducta puede atacarla en vía de ineficacia el cónyuge no socio, puesto que semejante gestión inversora precisaría la participación conjunta –artículo 1375–; mas, en la praxis un serio obstáculo proviene del artículo 1384 al permitir la libre administración y disposición del cónyuge "a cuyo nombre figuran o en cuyo poder se encuentren los títulos valores" que –aparte de su defectuosa redacción– y riesgos para el consorte no actuante en esta materia, parece como si disipara el control reseñado e inutilizara la denominada "autorización inversora", máxime si, en la técnica bursátil o societaria, la aplicación de los beneficios al pago de la suscripción opera con

algún automatismo: la solución de coherencia estará en viabilizar esa práctica de decisión unilateral sin perjuicio de la eventual impugnación del consorte no actuante, con lo que se agiliza el tráfico mercantil y no se anteponen las cortapisas de la exigencia formal de esa autorización o aquiescencia previas por parte del otro cónyuge: ese remedio no hace sino reproducir en algún sentido aplicatorio el artículo 1.22 del nuevo Código». Con anterioridad, intuyeron esta doctrina las **SSAP de Barcelona de 15 de enero de 2003** (JUR 2003\111150) y **Alicante de 31 de julio de 2002** (JUR 2002\271364).

– Parte la **STS de 4 de julio de 1988** (R. 5555) de la separación matrimonial de un socio, con la consiguiente liquidación de gananciales y adjudicación a la esposa de la mitad de las acciones gananciales que estaban a nombre del marido. La sociedad, tras la reclamación de la esposa de entrega de los títulos, pretende ejercitar el derecho de retracto establecido en los estatutos sociales.

Estima el TS la imposibilidad de ejercitar el derecho de retracto ya que: «Admitido el carácter ganancial de las acciones, no hay enajenación ni transmisión, sino adjudicación especificativa por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real, lo que elimina el derecho de adquisición preferente previsto en los estatutos, en caso de transmisión de acciones a un extraño. Sería distinto si se tratara de acciones privativas suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas, pero pagadas con fondos comunes (artículo 1352 CC), ya que entonces, la sociedad de gananciales sólo justificará un derecho de crédito por el valor de lo desembolsado y si se produjere transmisión entre los cónyuges sí que habría lugar al ejercicio del derecho de retracto».

– La prueba del carácter privativo de los títulos o acciones originarios es imprescindible, de lo contrario entrará en juego la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC. Es indicativa la **STS de 24 de marzo de 2003** (R. 2917): «... la atribución privativa de las nuevas acciones o el precio de enajenación del derecho de suscripción preferente en la esfera patrimonial del titular o cónyuge, obedece o es "como consecuencia de su titularidad sobre otras acciones o títulos también privativos", bien porque ya las aportó al matrimonio como propias, bien porque las adquirió después a título lucrativo o bajo el amplio campo de la subrogación real, o sea, siempre que en su adquisición de las originarias no existiera ninguna de las variantes de comunidad con su consorte: a veces puede bastar, como indicativo de esa titularidad, la mención nominal del cónyuge propietario en el título o en los resguardos de depósito, otras, precisará, además, la exigencia de acreditar la fecha de adquisición, sobre todo, si lo fue antes del funcionamiento de la ganancialidad, y otras, en fin, a través, por ejemplo, de la fórmula de la confesión del consorte del artículo 1324 al margen de su inoponibilidad a terceros –herederos o acreedores–».

– El precepto no se ocupa del supuesto de adquisición de nuevas acciones o títulos en virtud de la titularidad ganancial de otros; no obstante, debe entenderse que la solución debe ser idéntica, y las nuevas acciones deben considerarse gananciales, incluso cuando se adquieran con dinero privativo de uno de los cónyuges.

– El párrafo segundo del artículo 1352 prevé dos supuestos: el empleo de fondos comunes para el pago de la suscripción y la realización de la ampliación con cargo a beneficios no distribuidos. A tal situación se refiere la **STS de 24 de marzo de 2003** (R. 2917): «El párrafo final del artículo estructura una nueva manifestación del derecho de reembolso, garante del dogma de equilibrio entre las distintas masas de patrimonios, en el caso de que: 1.º) se pagase la suscripción de las nuevas acciones con fondos comunes, en donde sin perjuicio de mantener el mismo carácter las nuevas acciones suscritas con la de la titularidad de las pretéritas, se prescribe que la comunidad en el costo se resarza del importe o precio de la suscripción; 2.º) o se emitieran las acciones con cargo

a los beneficios, que, inicialmente, puede contener alguna dificultad: es sabido que, en general, y por ello el artículo no lo incorpora a la esfera de privaticidad del cónyuge socio, los beneficios –dividendos o primas– a que tenga derecho el cónyuge como titular de las acciones, habrán de seguir la regla general de la ganancialidad del artículo 1347.2 (comunidad en las cargas y accesoriedad en la relación de los intereses a los bienes o acciones fructíferas), por lo que, cuando en el supuesto de hecho contemplado, esos beneficios no se han recibido y por ello la sociedad no los ha disfrutado y aplicado a subvenir a sus cargas, sino que –en una especie de autorización inversora– han servido para compensar el precio de las nuevas acciones así suscritas, parece lógico, con independencia, de que tales acciones prosigan su decurso privativo, se genere un derecho de reembolso a favor de la sociedad. Y esa llamada "autorización inversora", como acto de administración recayente en bienes comunes, no puede, en rigor, escamotearse por una decisión unilateral del cónyuge socio, que, como suele acontecer, sin conocimiento del consorte aplica tales beneficios al pago compensatorio de las acciones suscritas; esa conducta puede atacarla en vía de ineficacia el cónyuge no socio, puesto que semejante gestión inversora precisaría la participación conjunta –artículo 1375–; mas, en la praxis un serio obstáculo proviene del artículo 1384 al permitir la libre administración y disposición del cónyuge "a cuyo nombre figuran o en cuyo poder se encuentren los títulos valores" que –aparte de su defectuosa redacción– y riesgos para el consorte no actuante en esta materia, parece como si disipara el control reseñado e inutilizara la denominada "autorización inversora", máxime si, en la técnica bursátil o societaria, la aplicación de los beneficios al pago de la suscripción opera con algún automatismo: la solución de coherencia estará en viabilizar esa práctica de decisión unilateral sin perjuicio de la eventual impugnación del consorte no actuante, con lo que se agiliza el tráfico mercantil y no se anteponen las cortapisas de la exigencia formal de esa autorización o aquiescencia previas por parte del otro cónyuge: ese remedio no hace sino reproducir en algún sentido aplicatorio el artículo 1322 del nuevo Código».

I.7. Bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y no transmisibles *inter vivos*

Dos supuestos diversos se incluyen en el párrafo 5.º del artículo 1346 CC, bienes y derechos patrimoniales: 1) inherentes a la persona y 2) no transmisibles *inter vivos;* si bien pueden conjugarse en algunos supuestos. Constituyen los tradicionalmente llamados «bienes privativos personalísimos».

A) El complicado marco de las relaciones laborales

Todo parte de una necesaria distinción entre capacidad laboral y rendimientos del trabajo. Así, la capacidad laboral debe entenderse como un derecho integrado en la personalidad del trabajador, incluido en sus bienes inherentes a dicha personalidad, por lo tanto, de estricto carácter privativo, mientras que las consecuencias o productos de su trabajo, es decir, el rendimiento económico tiene carácter ganancial [**STS de 25 de marzo de 1988** (R. 2430)].

a) Despido

a) La controversia se centra en dilucidar si la indemnización percibida como consecuencia del despido, así como generalmente los salarios de tramitación, con posterioridad a la disolución de la sociedad legal de gananciales tiene carácter ganancial o privativo de su perceptor. En tales casos,

comúnmente, se aprecia carácter privativo en las **indemnizaciones por despido cobradas tras la disolución de la sociedad de gananciales por sentencia de separación o divorcio.**

El Tribunal Supremo es categórico al afirmar que el cónyuge separado o divorciado no tiene ningún derecho a exigir una parte de la indemnización de despido percibida por su cónyuge o ex cónyuge con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales.

En este sentido, afirma explícitamente la **STS de 29 de junio de 2005** (R. 4947) que «una vez producida la separación legal, es decir, disuelta la comunidad de gananciales (artículo 1392.3.º del Código Civil, háyase o no practicado la liquidación de la misma que se exige legalmente (artículo 1396), la percepción de una pensión de jubilación o de *una indemnización por despido* o una cantidad por un concepto análogo, relativo todo a la extinción de una relación laboral, no se conecta con ésta para ser considerada como bien ganancial (artículo 1347.1.º), sino que se estima que *es un bien adquirido una vez extinguida la comunidad de gananciales, por lo que no se imputa a ésta, ya inexistente*; ni siquiera puede llamarse bien privativo, puesto que la distinción entre ganancial y privativo ya no procede cuando ha dejado de existir aquella comunidad. Es un bien adquirido personalmente por la persona que tiempo atrás fue miembro de una comunidad, ya disuelta; es un bien propio, ajeno a aquélla». En la misma línea las **SSTS de 20 de diciembre de 2004** (R. 61) y **18 de febrero de 2004** (R. 1305).

El supuesto se presenta en la **SAP de Badajoz de 15 marzo de 2001** (AC 2001\438), donde la esposa pretende se declare ganancial la parte proporcional a la duración del matrimonio de la indemnización por despido conciliada por el marido: «Si bien se discute dentro de la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza de las indemnizaciones por despido conceptuadas tanto como un resarcimiento moral, cuanto como una reparación del daño material por la pérdida de poder adquisitivo, llegándose a considerar, en ocasiones, como de carácter ganancial cuando se percibe constante matrimonio, la misma es unánime en el caso de haberse percibido, como es el supuesto presente, después de la separación del matrimonio (SSAP de Madrid de 28 de noviembre de 1997 (AC 1997, 2560), Madrid 13 de marzo de 1998 (AC 1998, 5156), Zaragoza de 14 de abril de 1998 (AC 1998, 810) y Asturias de 11 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2423)], así pues, *decretada la separación del matrimonio y consiguiente disolución del régimen económico matrimonial por Sentencia de fecha 13 de marzo de 2000, no cabe duda de su carácter privativo*». El TS en **Sentencias de 29 de junio de 2000** (R. 5915) y **22 de diciembre de 1999** (R. 9141), contemplando supuestos similares relativos a la obtención de la pensión de jubilación e indemnización por prejubilación, respectivamente, niegan el carácter ganancial al considerar que se rigen por una rama especial del derecho con normas propias de carácter obligatorio y que con independencia de su naturaleza tendrá carácter privativo cuando se devenguen con posterioridad a la separación del matrimonio. Asimismo, la previa **SAP de Pontevedra de 19 de abril de 1993** (AC 1993\586), donde la esposa pretende que se declare como ganancial en todo o en parte la indemnización que percibió su ex marido por el despido en su puesto de trabajo acaecido cinco años después de la disolución de la sociedad de gananciales, en cuanto que para el cómputo de dicha indemnización se ha tenido en cuenta los años de antigüedad en el trabajo que transcurrieron durante el matrimonio. Califica la Audiencia como privativa dicha indemnización, consecuencia del carácter estrictamente personal y no patrimonial de la capacidad y derecho al trabajo, de ahí que, no pueda incluirse en el patrimonio ganancial al tiempo de la extinción de la sociedad como un bien o derecho valorable económicamente y transmisible, ni tampoco puede ahora (una vez disuelto) incrementarlo cualquier rendimiento que se obtenga por su ejercicio, cese o extinción. En el mismo sentido las **SSAP de Castellón de 29 de abril de 1997** (RGD 1998, p.1436), **Madrid de 28 de noviembre de 1997** (AC 1997\2560), **Zaragoza de 14 de abril de 1998** (AC 1998\810) y **Asturias de 11 de noviembre de 1999** (AC 1999\2423), **20 de noviembre de 2000** (AC 2000\2311), **16 de abril de 2003** (AC 2003\714), **14 de**

abril de 2004 (JUR 2004\146901) y **29 de marzo de 2005** (JUR 2005\130768), **Madrid de 12 de mayo de 2003** (JUR 2003\188867), **Valencia de 21 de septiembre de 2005** (JUR 2005\1042), **Málaga de 8 de octubre de 2005** (JUR 2005\23982), **Santa Cruz de Tenerife de 29 de noviembre de 2005** (JUR 2005\48036), **Madrid de 16 de enero 2007** (JUR 2007\159184) y **Sevilla de 22 de enero de 2007** (JUR 2007\177798). Dice esta última: «centrándose la cuestión litigiosa en determinar el carácter privativo (como se pretende por el apelante Sr. Agustín) o ganancial de la referenciada indemnización por despido de este último; lo cierto es, que esta Sala mantiene el criterio, de que *la indemnización que un trabajador cobra a cambio de quedarse sin trabajo, es una compensación por la pérdida de un bien exclusivamente personal e individual, su propio trabajo, desarrollo de su personalidad y resultado o consencuencia de una formación profesional propia, lo que no cabe confundir con los rendimientos que de éste se obtienen; el primero es un elemento esencialmente privativo y por tanto será privativa la indemnización que sustituye al trabajo perdido, siendo los rendimientos del trabajo de carácter ganancial*».

No obstante lo dicho, han existido pronunciamientos jurisprudenciales disidentes de la opinión expuesta, casi unánime, como son los únicos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo divergentes en **Sentencias de 25 de marzo de 1988** (R. 2430) y **26 de junio de 2007** (R. 3448), o en la **SAP de Córdoba de 19 de mayo de 1998** (AC 1998\5684) al afirmar que: «el rendimiento económico, derivado del despido cuya causa tuvo lugar constante matrimonio, es de carácter puramente ganancial, junto que comienza a trabajar constante matrimonio obteniendo la cantidad de 7.600.000 pesetas solamente mes y medio después de haber otorgado capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal, y ello después de diez años de matrimonio bajo el régimen de gananciales»; así como en las **SSAP de Cádiz de 14 de noviembre de 2000** (JUR 2000\49329) y **Guadalajara de 2 de noviembre de 2000** (JUR 2000\28268), o la **STSJ de Aragón de 24 de mayo de 1999** (R. 5598).

b) La naturaleza privativa o ganancial de la **indemnización percibida por uno de los cónyuges por despido improcedente, vigente la sociedad de gananciales**, es objeto de discusión doctrinal, entendiéndose, por un lado, que su carácter es ganancial por aplicación del artículo 1347.1.º del Código Civil, y quienes así razonan, resaltan que esos ingresos son efecto de una previa relación laboral y que los rendimientos del trabajo son los bienes gananciales por excelencia; mientras que, por otro lado, se considera privativa del cónyuge que la percibe por conceptuar que ese ingreso tiene una consideración de futuro y en tal sentido ajena a los principios del régimen de la sociedad de gananciales, debiendo mantenerse su naturaleza privativa ya se estime como un derecho patrimonial inherente a la persona o como un bien adquirido en sustitución del salario futuro.

Existen pronunciamientos en apoyo de una y otra posición.

Es clarificadora la **STS de 22 de diciembre de 1999** (R. 9141) cuando establece una diferenciación sustancial entre lo que es el trabajo, como bien o derecho de la persona individual, y el beneficio o ganancia que éste produce, de manera que mientras aquél es un derecho privativo, además de inherente a la persona y no susceptible de transmisión *inter vivos*, cuando menos en general, éste es ganancial por disponerlo el artículo 1347.1 CC, de ahí que cuando aquel derecho se pierde por razones socio-económicas o por despido sin readmisión por parte de la empresa, la indemnización a percibir lo es en sustitución de aquel derecho «genuinamente particular», consecuencia de lo cual será que ingrese en el mismo patrimonio privativo al que previamente pertenecía el bien o derecho extinguido, *ex* artículo 1346.3.º, considerándose como gananciales exclusivamente los frutos, rentas e intereses que de ellos deriven, por disposición de lo prevenido en el artículo1347.2 del mismo texto legal: «la indemnización de que se trata participa de la naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro

genuinamente particular, cual sería el salario futuro (artículo 1346)». En los mismos términos, la **STS de 29 de junio de 2000** (R. 5915), aún no abordando en profundidad la cuestión analizada declara que «la indemnización por despido no tiene el carácter de bien ganancial, dado que no es la retribución de trabajo alguno», añadiendo, en la de **29 de junio de 2005** (R. 4947), que «la indemnización se satisface por la pérdida del trabajo, no atendiendo al pasado, sino mirando al futuro, teniendo en cuenta que se deja de desarrollar un trabajo, derecho reconocido en la Constitución Española (artículo 35.1), y se le indemniza por ello». Tal doctrina jurisprudencial ya apunta claramente la diferencia entre el trabajo, como un derecho fundamental e individual, y el beneficio económico derivado de la actividad laboral. Y así como mientras que este último, obtenido durante la vigencia del matrimonio y del régimen económico, tiene un indiscutible carácter comunitario, pues así lo dispone el artículo 1347.1.º del Código Civil, aquél participa de la naturaleza de los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona, lo que determina su incardinación, como privativo, en el artículo 1346.5.º de dicho texto legal. Por lo cual, cuando de tal derecho queda privado uno de los cónyuges, a consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, la indemnización que éste pueda recibir por tal causa sustituye a aquel derecho privativo, o genuinamente particular, según lo califica el Tribunal Supremo. Nos encontramos, en consecuencia, ante un bien adquirido en sustitución de otro privativo, a tenor de lo que previene el artículo 1346.3.º, lo que conlleva igual calificación jurídica.

En este mismo sentido, la **SAP de Madrid de 15 de marzo de 2006** (JUR 2006\151293) toma «la decisión de considerar privativa del trabajador la cantidad recibida en concepto de indemnización por despido (...) toda vez que dichas indemnizaciones por razón de despido no constituyen, como es sabido, la retribución a prestación laboral alguna, sino que, de lo que se resarce al trabajador con meritada indemnización, es de la pérdida del empleo, derecho personalísimo al que es ajena la sociedad ganancial de los litigantes». Igualmente, la **SAP de Asturias de 16 de junio de 2006** (JUR 2006\187275), en el que el despido se produce con efectos de 31 de octubre de 2003, momento este en el que el proceso de separación estaba a punto de concluir mediante la sentencia de fecha 17 de noviembre de dicho año. Ante tal circunstancia, señala que «aconsejan decidir que se trata de una cantidad que merece la consideración de privativa, porque supone la "expropiación" del derecho al trabajo, que es "genuinamente particular", con expresión del propio Tribunal Supremo, y que no tiene encaje en el apartado 2.º del artículo 1347 CC». Asimismo, **SSAP de Madrid de 23 de abril de 2007** (JUR 2007\313597) y **7 de marzo de 2006** (JUR 2006\118369), **Salamanca de 13 de marzo de 2006** (JUR 2006\237184), **Ávila de 15 de febrero de 2006** (JUR 2006\168456), **Lugo de 24 de mayo de 2002** (JUR 2002\190844), **Ciudad Real de 23 de octubre de 2001** (JUR 2002\7680), **Badajoz de 15 de marzo de 2001** (AC 2001\438) y **Asturias de 20 de noviembre de 2000** (AC 2000\2311).

Por el contrario, asumen el carácter ganancial de la indemnización por despido, las **SSTS de 25 de marzo de 1988** (R. 2430) y **26 de junio de 2007** (R. 3448), y **SSAP de Asturias de 4 de diciembre de 1995** (ACAud 1996\689), **4 de febrero** (AC 1997\279) y **12 de marzo de 1997** (AC 1997\483) y **Cádiz de 14 de noviembre de 2000** (JUR 2001\49329), **Baleares de 21 de mayo de 2004** (JUR 2004\176683) y **Valencia de 17 de mayo de 2006** (JUR 2006\243013). En todas ellas se afirma que las rentas e indemnizaciones procedentes del trabajo (salarios, trienios, indemnizaciones por despido, derivadas de expediente de regulación de empleo, y las prestaciones de la Seguridad Social) siempre que se devenguen durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tienen naturaleza ganancial conforme a lo dispuesto en el artículo 1347.1.º Algo más explícita resultó la **STSJ de Aragón de 25 de noviembre de 1998** (R. 8597), al señalar posibles opciones. Así manifiesta que «Hipotéticamente podría suscitarse la cuestión de distribuir el *quantum* indemnizatorio en dos períodos: el correspondiente al tiempo en que la recurrente estuvo soltera y el lapso temporal en que permaneció casada, para distribuir aquella

indemnización proporcionalmente a uno y otro período, considerando privativo el primero y común el segundo. La adopción de tal sistema tendría su apoyatura en la consideración de que aquella indemnización eran salarios diferidos. Hoy no acontece así. La indemnización por declaración jurisdiccional de despido improcedente es una indemnización tasada, sin margen alguno discrecional (...) para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios que se presumen *ex lege* causados por el despido o derivados, sin más de éste, indemnizándose así por la mera ruptura del contrato y no por los perjuicios que éste causa, que pueden incluso no existir, aunque normalmente existan (...) *En resumen: aquélla más que un salario diferido constituye un resarcimiento por la pérdida del empleo. Y compensado económicamente constante matrimonio, justo es que su importe acreciente los bienes comunes pues frutos son del trabajo o la actividad, actualizados en momento idóneo*».

Como viene a señalar la **STS de 26 de junio de 2007** (R. 3448), se puede llegar a la conclusión de que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (Sentencias de 25 de marzo de 1988 y 22 de diciembre de 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter (Sentencia de 20 de diciembre de 2003).

Aplicando, pues, los criterios que han sido mantenidos por el TS, debemos considerar que estas indemnizaciones deben seguir el mismo régimen que el salario en relación a su condición de gananciales, ya que, si bien es cierto que el derecho a ser resarcido por la pérdida del trabajo tiene un fuerte componente moral, también lo es que, cuando se ha obtenido aun vigente la sociedad de gananciales, es una consecuencia económica del trabajo efectuado por su perceptor, que, además, debe calcularse según los parámetros referidos al salario percibido hasta aquel momento por el trabajador y no se pierde por la obtención de un trabajo posterior a la sentencia que la reconoce.

Esta conclusión viene avalada también por las regulaciones de otros regímenes económicos de comunidad, como ocurre con el artículo 28.2 de la Ley de Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad de Aragón, de 12 de febrero de 2003, que establece que ingresan en el patrimonio común durante el consorcio «las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional».

c) Se consideran privativas, en contra de lo ahora manifestado por la **STS de 26 de junio de 2007** (R. 3448), y en aplicación del principio de la subrogación real, las cantidades obtenidas en concepto de finiquito por terminación de la relación laboral en la **SAP de Valladolid de 5 de mayo de 2005** (JUR 2005\121801): «Se trata de una compensación económica, por la nueva situación laboral, de cese efectivo en la relación laboral, que pretende mitigar las posibles consecuencias de detrimento económico, que para el futuro, va a producir la nueva situación, ahora de inactividad laboral, o en los casos de despido, incertidumbre sobre la adquisición de un nuevo empleo. Casos, que si bien no pueden encontrar fácil acomodo en el núm. 5 o núm. 6 del artículo 1346 del Código Civil, (derechos patrimoniales inherentes a la persona o resarcimientos de daños inferidos), sí pueden contemplarse incluidos en el núm. 3 del mismo artículo, bienes adquiridos en sustitución de otros privativos».

b) Expediente de regulación de empleo y modificación de condiciones laborales

No se considera de carácter privativo la retribución mensual recibida por el cónyuge en un expediente de regulación de empleo al considerarse cantidades sustitutivas del salario hasta la llegada de la jubilación [**SAP de Zaragoza de 9 de noviembre de 2004** (JUR 2005\30929)]. Tampoco las **indemnizaciones obtenidas por razón del traslado de centro de trabajo con cambio de residencia** [**SAP de Burgos de 22 de abril de 1997** (AC 1997\988)].

c) Baja voluntaria

Las **SSAP de Huesca de 7 de mayo de 1997** (AC 1997\1083) y **Madrid de 13 de marzo de 1998** (AC 1998\5156) consideran de carácter privativo la **indemnización obtenida por baja voluntaria.** Se argumenta que la indemnización por baja voluntaria en el trabajo no puede ser considerada como una de las utilidades que derivan del trabajo mismo, ni, por consiguiente, puede encuadrarse en cualquiera de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1347 CC entre los gananciales. Y ello con independencia de que, para fijar su importe, se tomen en consideración circunstancias y datos derivados del desempeño del trabajo mismo, como son el salario diario y el tiempo trabajado. El puesto de trabajo es, por su naturaleza, intransmisible *inter vivos*, no se puede enajenar, ceder o gravar, por lo que debe incluirse entre los bienes privativos a los que se refiere el artículo 1346.5.º CC. **El hecho de que el puesto de trabajo se haya convertido en dinero no cambia su naturaleza privativa,** sin perjuicio de que las razones de equidad aducidas en algunos casos para repartirlo tengan su adecuada respuesta en pensión por desequilibrio económico del artículo 97 CC.

Asimismo, se discute en la **SAP de Valladolid de 24 de marzo de 1995** (AC 1995\474) cuál sea el carácter, ganancial o privativo, y la naturaleza jurídica de una **cantidad de dinero percibida por el demandado a consecuencia del plan de Bajas Voluntarias Incentivadas por enfermedad**, aplicado por la empresa para la que trabajaba. Admite la Sala el carácter privativo de la cantidad recibida por dos motivos: 1) porque, con independencia de la terminología que se use para designar dicha percepción económica, la realidad es que ésta sólo fue reconocida y entregada al demandado tiempo después de que se hubiere disuelto, incluso liquidado, el régimen económico matrimonial de sociedad legal de gananciales que le unía a la actora. Si cuando el demandado pide y le es reconocido y entregado dicho incentivo económico se había disuelto cinco años antes, en virtud de sentencia de separación (artículos 95 y 1392.3.º CC), la sociedad legal de gananciales, incluso meses antes liquidado la misma integrando en su activo los bienes gananciales existentes al momento de su disolución, según preceptúa el artículo 1397.1.º CC, parece evidente que dicho incentivo en principio y salvo que otra cosa se demostrara, ha de ser considerado como de propiedad exclusiva de dicho trabajador, por simple analogía con el sueldo o salario al que a fin de cuentas, vendría a sustituir, y 2) porque dicha suma no retribuye un trabajo o servicio prestado con anterioridad, sino que realmente viene a incentivar y estimular al trabajador para el abandono o dejación de su actividad laboral dentro de la empresa y a compensarle por su eventual pérdida de trabajo y diferencia salarial entre lo que venía percibiendo y la menor cantidad que en lo sucesivo vaya a percibir, supuesto que razonablemente debe entenderse comprendido, si no estrictamente, en el núm. 5.º del artículo 1346 CC, como un bien o derecho patrimonial inherente a otro de orden personal, cual es la capacidad laboral, sí al menos dentro del núm. 3.º del mismo precepto como **bien adquirido en sustitución de otro privativo cual sería su salario futuro.** En ambos casos se predica la naturaleza privativa y no ganancial de la mencionada percepción económica. Calificación que no queda desvirtuada ni alterada por el hecho de que en la fijación del *quantum* a percibir la empresa pagadora haya atendido a la antigüedad del trabajador, pues «lo determinante no es resarcir trabajos o servicios prestados en el pasado, sino

compensar en el futuro esa pérdida laboral producida y esa eventual merma de ingresos económicos en el trabajador» [en contra, **SSAP de Sevilla de 25 de enero de 1993** (AC 1993\83) y **Cádiz de 22 de septiembre de 2003** (JUR 2003\243387)].

d) Incapacidad

Se considera privativa la **indemnización** percibida por el esposo, tras la disolución de la sociedad de gananciales, como consecuencia de una **incapacidad permanente total derivada de enfermedad común**, producida constante matrimonio [**STS de 28 de noviembre de 1997** (R. 2560) y **SAP de Madrid de 1 de junio de 2001** (JUR 2001\232866), en contra la **SAP de Asturias de 4 de diciembre de 1995** (AC, 1996-II, núm. 689)].

No se estima lo mismo en supuestos similares como son la **indemnización obtenida en virtud de póliza que cubre el riesgo de invalidez permanente absoluta para todo trabajo** [**STS de 25 de marzo de 1988** (R. 2430)], o la **indemnización por incapacidad permanente parcial** que, según señala la **SAP de Valladolid de 2 de mayo de 2003** (JUR 2003\171414), debe incluirse en el párrafo primero del artículo 1347.1.º: «entrando en la controversia estrictamente jurídica que ambas partes proponen en relación con la *naturaleza de la indemnización*, considera esta Sala que cabe traer a colación la tesis de la sentencia del Tribunal Supremo que actora y demandado invocan en apoyo de sus respectivas posiciones (Sentencia de 25 de marzo de 1988), y si bien es cierto que debe distinguirse entre la capacidad laboral del demandado-apelante como derecho integrado en la personalidad del trabajador, que se incluye entre los bienes inherentes a dicha personalidad, y las consecuencias o productos de su trabajo, es decir, el rendimiento económico de ese trabajo, que el Código Civil incluye entre los bienes gananciales (artículo 1347.1.º), lo cierto es que la naturaleza pública (la satisfecha con cargo a la Seguridad Social), o privada (la percibida con cargo al seguro colectivo de accidentes), de las indemnizaciones percibidas por el trabajador no altera o modifica su condición o cualificación, pues si bien se trata en ambos casos de indemnizar la pérdida de capacidad laboral sufrida con motivo del accidente –que es un bien inherente a la personalidad del trabajador–, dichas percepciones tienen un carácter estrictamente económico o patrimonial, pues derivan de la relación de trabajo, generándose al amparo de la misma y carecerían de sentido o explicación si se prescindiese de dicha relación laboral, haciéndose común en el momento en que se perciben por el beneficiario trabajador y por consiguiente ingresadas en el patrimonio conyugal integrado al disolverse la sociedad ganancial en parte por estos bienes a liquidar y repartir entre los cónyuges».

B) Pensiones

a) Se considera estrictamente privativa la **pensión de jubilación** que se comienza a cobrar tras la disolución de la sociedad de gananciales por sentencia firme de separación, pues responde a un derecho personal del trabajador que no se incorpora al activo liquidatorio de la comunidad de gananciales.

Se presenta el caso en la **SAP de Asturias de 16 de mayo de 1995** (ACAud 1995\1749), donde tras un largo matrimonio 1959-1984, se comienza a cobrar la pensión de jubilación en 1988. La peculiaridad se centraba en que la pensión provenía de las cotizaciones realizadas por el cónyuge a la Seguridad Social como trabajador autónomo que desarrollaba su actividad en un negocio que constituía la única fuente de ingresos de la unidad familiar. Diferencia la Audiencia la propia pensión de jubilación, cuya naturaleza personal impide considerarla como bien ganancial, ya que consiste en un derecho que tiene el trabajador, como consecuencia del desarrollo de su vida laboral y de las

constantes cotizaciones a la Seguridad Social, del hecho indubitado de que las señaladas cotizaciones se han hecho con cargo a las ganancias del negocio familiar, es decir, se han abonado por completo con dinero ganancial. Vistas así las cosas, se resuelve el carácter privativo de la pensión de jubilación, con independencia de que la sociedad de gananciales tenga un derecho de crédito por el montante total de las cotizaciones realizadas con cargo al negocio familiar. Solución no muy afortunada, desde el momento en que las necesidades de previsión, según el artículo 1362.1.º, son de cargo de la sociedad de gananciales tal y como manifiesta la **STS de 20 de diciembre de 2004** (R. 61) [igualmente, **SAP de Sevilla de 2 de febrero de 1996** (RGD 1996, p. 12543)].

Vuelve a plantearse el supuesto en las **SSTS de 20 de diciembre de 2004** (R. 61), **20 de diciembre de 2003** (R. 9199) y **29 de junio de 2000** (R. 5915): «*la cotización es de derecho necesario*, de forma que todo trabajador dependiente o autónomo tiene que estar afiliado a la Seguridad Social y debe pagar la cuota con arreglo al baremo, que el propio régimen de seguridad establece, y *en los supuestos de los empresarios autónomos y en virtud de ese carácter forzoso, la cuota es en realidad un gasto de explotación y nunca un concepto que se pague con las ganancias del empresario-trabajador, calculándose las ganancias o beneficios deducidos entre otros gastos los de la Seguridad Social, por lo que nunca la cuota ha sido ganancial* y por lo tanto falla la argumentación del motivo del recurso. No siendo de aplicación la doctrina de la sentencia citada que se refiere a una póliza de seguro privado sino la de 22 de diciembre de 1999, que entiende que la indemnización por despido no tiene el carácter de bien ganancial, porque no es retribución de trabajo alguno». Con independencia del momento en el que se produce la disolución de la sociedad de gananciales la **SAP de Asturias de 20 de noviembre de 2000** (AC 2000\2311).

b) La **STS de 22 de diciembre de 1999** (R. 9141), en relación a una cantidad cobrada en **concepto de prejubilación,** rechazó que se tratara de un bien ganancial, afirmando que «sobre tales bases debe concluirse que la indemnización de que se trata participa de la naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual sería el salario futuro (artículo 1346.3 del Código Civil)». En el mismo sentido, las **SSAP de Málaga de 15 de febrero de 2006** (JUR 2006\193904), **Asturias de 7 de febrero de 2005** (JUR 2005\92188) y **28 de octubre de 2002** (AC 2002\1883), **Castellón de 7 de julio de 2001** (AC 2001\1591) y **Ciudad Real de 5 de diciembre de 2000** (JUR 2001\64612). Destaca la **SAP de Asturias de 28 de octubre de 2002** (JUR 2002\1883): «... sobre esta cuestión del carácter privativo o ganancial de las indemnizaciones percibidas por pérdida de empleo, no se oculta a este tribunal de apelación la existencia de criterios judiciales discrepantes, incluso en el ámbito de esta misma Audiencia Provincial, y de los que ya tuvimos ocasión de hacernos eco en nuestra Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2000 (AC 2000, 2311), en la que ya se hacían constar que desde la sentencia número 178\1994, nos habíamos decantado por estimar que tales indemnizaciones tienen una naturaleza privativa, en criterio que había venido a ser confirmado por la Sentencia del TS de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9141) que considera que esta indemnización por jubilación anticipada "no retribuye un trabajo precedente, ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que las consecuencias de la nueva situación laboral del trabajador que ha obtenido después de la separación legal de su esposa, sólo a él afectan, con la consiguiente repercusión no comunitaria, de la indemnización por prejubilación que posee una clara proyección de futuro y es ajena en este sentido a los principios del régimen de la sociedad de gananciales", concluyendo así que "... la citada indemnización participa de la naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual será el salario futuro". En definitiva y como ya se razonaba por esta Sala en la precitada Sentencia de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9346), en doctrina que ahora se ratifica al no existir razón alguna que aconseje su modificación «... se ha de partir de la distinción entre lo que es el trabajo,

como bien o derecho de la persona individual, y el beneficio o ganancia que éste produce. Mientras aquél es un derecho privativo, además de inherente a la persona y no susceptible de transmisión *inter vivos*, cuando menos en general, éste es ganancial por disponerlo el artículo 1347.1.º De ahí que cuando aquel derecho se expropia, es decir, se pierde por razones socio-económicas (caso de prejubilación) o por despido sin readmisión por parte de la empresa, *la indemnización a percibir lo es en sustitución de aquel derecho genuinamente particular"*, como bien afirma la precitada sentencia del Alto Tribunal. Como consecuencia lógica, este nuevo bien (en este caso la indemnización por prejubilación) que ingresa en el mismo patrimonio privativo al que previamente pertenecía el bien o derecho extinguido, caso de producir rendimientos (frutos rentas o intereses), habrán de reputarse gananciales por disposición del núm. 2.º del citado artículo 1347, pero diferenciando en todo caso los frutos del derecho que los produce, pues según este último precepto, lo que se dice ganancial no es el propio trabajo considerado en sí mismo como un bien o derecho y cuya pérdida es lo que en el presente se indemniza, sino lo obtenido como consecuencia o por el trabajo o industria».

Idéntica calificación privativa merece para la **SAP de Ciudad Real de 11 de mayo de 2005** (JUR 2005\134086) la indemnización o incentivo recibido por el trabajador para que abandone su actividad habitual de transportista: «En el supuesto que nos ocupa, la Orden del Ministerio de Fomento de 24 de mayo de 2001 establece que se trata de una ayuda destinada a fomentar el abandono de la profesión de los transportistas de edad avanzada del sector del transporte público por carretera (artículo 1.º) y que, para su percepción, el beneficiario, entre otros requisitos, ha de comprometerse a dejar dicha actividad en nombre propio [artículo 10.c)]. Por tanto ha de catalogarse la suma aquí discutida como una subvención o indemnización, recibida por una sola vez, producto de una iniciativa personalísima del ex esposo, cual es dejar su actividad que desarrollaba hasta esos momentos, tomada tras varios años de la separación matrimonial, por lo que es claro se halla directamente relacionada con su capacidad laboral habida cuenta que la obtención de dicha subvención lleva consigo la imposibilidad de dedicarse a lo que era su profesión habitual y la pérdida de tal condición (la de transportista) afecta exclusivamente en su detrimento patrimonial, a cuya compensación está enfocada la percepción de la suma asignada».

c) Las indemnizaciones reconocidas al esposo con anterioridad a la celebración del matrimonio como consecuencia de su jubilación participan de naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, sin perjuicio, claro está, de que los frutos devengados por dicha indemnización encuentren su justificación en el artículo 1347.2 CC, que atribuye naturaleza ganancial a los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales [**SAP de Barcelona de 27 de octubre de 2003** (JUR 2004\3756)].

En conclusión, puede decirse que el Tribunal Supremo, hasta hoy, mantenía una unánime doctrina jurisprudencial que determinaba el carácter privativo de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral:

1) Cualquiera que sea su causa (despido, jubilación anticipada u otra similar) percibida vigente el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales. Carácter privativo debido tanto a su consideración como derecho patrimonial inherente a la persona (artículo 1346.5.º CC), o como bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual sería el salario futuro (artículo 1346.3.º CC). No obstante, este criterio ha sido puesto en duda por la **STS de 26 de junio de 2007** (R. 3448) al afirmar, siguiendo los pasos de la **STS de 25 de marzo de 1988** (R. 2430), que «estas indemnizaciones deben seguir el mismo régimen que el salario en relación a su condición de gananciales». Tendremos que estar atentos a la posterior evolución.

En cambio los frutos, rentas o intereses que, en su caso, produzca dicha indemnización durante la vigencia de los gananciales tienen carácter ganancial en virtud de lo establecido en el artículo 1347.2.º CC.

2) Disuelta la sociedad de gananciales, tal indemnización no puede siquiera llamarse bien privativo, puesto que la distinción entre ganancial y privativo ya no procede cuando la sociedad de gananciales ha dejado de existir. El cónyuge divorciado no tiene ningún derecho a exigir una parte de las indemnizaciones o retribuciones descritas percibidas por su ex cónyuge con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales.

C) Propiedad intelectual

Es opinión común distinguir, dentro de la propiedad intelectual, entre aspecto moral\aspecto patrimonial. Distinción que hoy día tiene refrendo legal (artículo 2 de la LPI) y jurisprudencial. «La propiedad intelectual constituye un derecho subjetivo, señala la **STS de 2 de marzo de 1992** (R. 1834), de carácter absoluto, con monopolio jurídico, temporalmente limitado y que no tiene exclusivamente naturaleza patrimonial o económica, pues junto a tal aspecto, tiene un contenido extrapatrimonial que no es otro que el derecho moral antes aludido, con facultades personalísimas, aunque no sea derecho de la personalidad por carecer de la nota indispensable de la esencialidad, al no ser consustancial o esencial a la persona, dado que no toda persona es autor» [**SSTS de 3 de junio de 1991** (R. 4407) y **30 de octubre de 1995** (R. 7653)].

Tomando en consideración la distinción apuntada, es opinión general atribuir carácter estrictamente privativo a las denominadas facultades morales, consecuencia de su inherencia a la persona del autor y a su carácter intransmisible *inter vivos*. Este conjunto de facultades constituye la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra [**SAP de Málaga de 27 de noviembre de 2001** (JUR 2002\62196)].

Cuestión distinta resulta en relación con las denominadas facultades patrimoniales, integradas por los derechos de explotación (Sección 2.ª LPI) y por los que la LPI denomina *otros derechos* (Sección 3.ª)

La inembargabilidad de los derechos de explotación (artículo 53.2 LPI), unida a la cesión del uso de tales derechos presentada por el artículo 43 LPI como transmisibilidad *inter vivos* de éstos, nos hace decantarnos por el carácter privativo de dichos derechos. En el mismo sentido, sobre la base del párrafo quinto del artículo 1346, en relación a los derechos de participación (artículo 24 LPI), sólo transmisibles *mortis causa*, y al derecho de remuneración por copia privada (artículo 25 LPI), de carácter irrenunciable.

Del mismo modo será privativa la obra creada. Si bien, hay que distinguir entre «la obra literaria, artística o científica creada por el autor como objeto de protección individualizado y los posteriores ejemplares o reproducciones realizados, bien por el propio autor o por sus causahabientes en uso del derecho de explotación que les reconoce el artículo 17 de la LPI» [**STS de 26 de octubre de 1992** (R. 8286)].

Por regla general, la doctrina admite que los rendimientos económicos de la propiedad intelectual pertenecen a la sociedad de gananciales; no obstante, no hay unanimidad sobre el fundamento de tal atribución, bien por su consideración como rendimiento del trabajo o industria (artículo 1347.1.º),

bien por su estimación como frutos (artículo 1347.2.º) [**SAP de Pontevedra de 18 de enero de 1997** (AC 1997\195)]. Ahora bien, podría plantearse la posibilidad de que en aquellos supuestos en los que se produce una cesión en exclusiva a precio alzado de los derechos de explotación el precio obtenido podría tener carácter privativo por sustitución, conforme al artículo 1346.3.º CC.

Es ejemplificativa la **SAP de Málaga de 27 de noviembre de 2001** (JUR 2002\62196): «a las diversas "obras de arte" como motivos de su pretendida necesaria inclusión en el activo de la sociedad de gananciales se opone la condición enteriza *del derecho moral de autor (artículo 7 Ley de Propiedad Intelectual), cuya patrimonialidad corresponde en exclusiva a su artífice.* No cabe argumentar contra esa línea interpretativa la hipótesis de establecer frente la unicidad del derecho de autor –revestida no obstante de plurales facultades, diversificadas como relativas al reconocimiento de derechos de explotación, de naturaleza patrimonial o económica, o al reconocimiento de derechos de contenido extrapatrimomial (derecho moral de autor) de naturaleza personalísima (artículo 53 de la citada LPI)– la recognoscibilidad de una categoría jurídica plenamente autónoma sea en lo objetivo o subjetivo concerniente a la existencia separada y escindida de alguna otra y diferenciada clase de derechos sobre el objeto artístico *per se* o bien *sensu stricto*, y que aun con producir un desbordamiento absoluto del alcance del derecho de autor en cualquiera de sus mencionadas proyecciones incluibles, y así, al ultra pasando las, mantenga empero del todo incólumes tanto la eficacia de los derechos de explotación como la índole personalísima de los derechos morales sobre la obra artística en sí misma considerada, de modo que en adelante cupiere admitir tal posible categoría y los derechos que desde ella pudieren abarcarse como singularmente merecedores de una ordenación jurídico-patrimonial diferente a la de aquéllos.

Tercero. – Siendo indiscutido en la presente litis que ninguna de las obras artísticas sobre las que se polemiza se hallan económicamente liquidadas, es decir, traducidas a rendimiento económico, o lo que es igual, no han llegado a producir ganancias, por lo que así claramente quedarían fuera de la regla de ganancialidad del artículo 1347.2.º (frutos, rentas o intereses tanto de bienes privativos como gananciales), el solo hecho físico de que, mediante matrimonio, el intrínseco talento artístico de su artífice se haya plasmado en ellas a través de algún tipo de soporte idóneo a la concreta naturaleza de la creación de que se trate (aquí empleando bastidores, lienzos, pinturas y barnices), no puede convertir tal materialización de resultado o plástica en una entidad ya al completo desprendida y sustancialmente ajena a la condición de habilidad, capacidad o cualidad inherente a la persona del artífice, mostrando su obra como el objeto artístico *per se* o bien *sensu stricto* del todo aislado de la *inventio* de su hacedor y por todo subsumido al preciso auxilio técnico o expresivo que fuera empleado en la *inventio* de su producción o en la limitada forma representativa a que finalmente vino contraída. Una semejante perspectiva hermenéutica conduciría a extraer de la órbita de la privaticidad patrimonial del artículo 1346.5.º, con vaciamiento radical de la globalidad de su contenido y dimensiones facultativas, el derecho de autor sobre una creación literaria o científica concebida y lograda mientras se hallaba unido a otra persona en matrimonio, a razón de la exclusiva circunstancia de que para su ejecución, aun cuando aquélla todavía se hallara pro manuscrito e incluso hasta permaneciendo inédita, requirió valerse objetualmente de algún medio o sistema para pasar del puro reino de las ideas o la imaginación al tópico y crónico de la concreta realidad. Ha de fenecer, pues, lo instado por la recurrente en su confusión de bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y atribución de ganancialidad a los mismos en calidad de bienes y derechos referibles en la dicción del artículo 1347.1.º, como así también debe entenderse declarado en STS de 20 de noviembre de 2000».

Atribuye carácter privativo a los derechos de autor la **SAP de Madrid de 16 de marzo de 2007** (JUR 2007/149110): «La representación procesal de doña Catalina alega como motivo de su recurso

de apelación el carácter de bienes gananciales que tienen los derechos patrimoniales del derecho de autor, naturaleza atribuible de los correspondientes a la sociedad conyugal de la Sra. Catalina y don Ángel Jesús que ha de liquidarse por fallecimiento del esposo. El pronunciamiento que se recurre es el relativo al apartado 1.º del FALLO de la sentencia apelada que excluye de la liquidación de dicha sociedad los derechos de autor incluyendo únicamente los beneficios y productos obtenidos hasta la muerte del Sr. Ángel Jesús por entenderse que los derechos de autor son inherentes a la persona del causante y como tales, privativos a tenor de lo dispuesto en el artículo 1346.5 CC de modo que serían gananciales sus frutos o rentas según el artículo 1347.2 del mismo cuerpo legal, pero no aquellos otros derechos. Si bien la apelante alude a la extemporaneidad de esa declaración por deberse insertar en la previa liquidación de la sociedad de gananciales, lo que constituye causa de impugnación es esa naturaleza privativa que se confiere a los derechos de autor y que sólo sería predicable respecto del componente moral como manifestación de su personalidad. Al propio tiempo y al escindirse del núcleo integral del derecho de autor el componente patrimonial que se canaliza por los cauces de cualquier objeto de tráfico con aplicación de las instituciones de la propiedad común, este ámbito deviene en un elemento más de los considerados bienes obtenidos por el trabajo o industria de uno de los cónyuges (artículo 1347.1 CC). Segundo.– La ganancialidad del elemento patrimonial sería, pues, compatible con los rendimientos pero en todo caso separable e independiente de los segundos. Ahora bien, dentro del planteamiento doctrinal favorable a la inclusión del componente patrimonial de los derechos de autor en la masa ganancial cabe insistir en la específica previsión del núm. 5 del artículo 1346 CC porque no se trata de reproducir una escisión entre componente moral y patrimonial del derecho de autor y centrar este segundo aspecto en su afectación ganancial por contener una posible cuantificación económica si así sucede constante matrimonio sometido a este régimen; el apartado 5.º ya incluye una calificación del derecho inherente a la persona. Es un derecho patrimonial y por ello no se puede desvincular de esa consecuencia cualquiera que sea el acto que realice el autor. Cuando se concreta un derecho como patrimonial y se vincula a la persona es porque a la actividad exclusivamente creativa se añade aquella otra trascendencia económica porque de lo contrario la norma no habría calificado el derecho inherente a la persona. De esta manera ese "plus" característico excluye el carácter ganancial. En este sentido la Sala comparte los seis puntos que sobre esta cuestión refería el Auto de 9 de septiembre de 2005 de esta Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª): la propiedad intelectual corresponde al autor por el solo hecho de su creación (artículo 1 de la LPI); es autor la persona que crea la obra (artículo 5.1 de la LPI); esta condición no puede transmitirse ni *inter vivos* ni *mortis causa;* como la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación al autor (artículo 2 de la LPI) es indudable que los llamados derechos morales del autor son irrenunciables e incluso los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí sus frutos o productos (artículo 53.2 de la LPI); por tanto la patrimonialidad del derecho moral del autor corresponde a su artífice y el derecho de autor tiene naturaleza personal y por ello debe considerarse bien privativo (el tan repetido artículo 1346.5 del CC); los rendimientos económicos de ese derecho serían gananciales en virtud de lo dispuesto en el artículo 1347.2 del CC. En definitiva sería, como ya se expuso con anterioridad, la patrimonialidad del derecho la nota característica que permite aplicar los precedentes puntos y que conducen a la desestimación del recurso».

D) Seguros

a) Seguro de vida

La contratación de un seguro de vida cuyo beneficiario sea uno de los cónyuges puede suponer que se aparten de la división por mitad cierta cantidad de bienes, lo que resulta contrario a la idea

general del régimen de comunicación. Aún así, las **STS de 30 de enero de 2004** (R. 438) **y SAP de Madrid de 8 de junio de 2004** (JUR 2004\15895) confirman su carácter privativo, tanto su titularidad como el derecho de rescate de éste. Como afirma la **SAP de Valladolid de 1 de junio de 2007** (JUR 2007\294255): «la doctrina jurisprudencial ha venido señalando reiteradamente que, en efecto, en materia de planes de pensiones y seguros de vida, la pensión o el capital son privativas, al resultar de aplicación el artículo 1346.5 del Código Civil, por tratarse de derechos patrimoniales intransmisibles *inter vivos*, y por cuanto que tales derechos se configuran de modo individual en favor de su titular, sin que quepa la titularidad compartida, dado que los eventos que determinan el pago deben referirse siempre a una sola persona, de manera que la titularidad de tales seguros de vida, y en su consecuencia, el derecho al capital o producto derivado de la aplicación de las pólizas en cuestión debe considerarse de carácter privativo».

La cuestión ya se planteó en la lejana **STS de 22 de diciembre de 1944** (R. 1392) en la que se declaraba, entre otras circunstancias, que el derecho del beneficiario trae causa del asegurador y no del asegurado, planteando el problema de la relación entre el seguro de vida para caso de fallecimiento contratado por uno de los cónyuges en favor del otro y cuyas primas se pagan con fondos comunes existente la sociedad de gananciales. Se dilucida la titularidad del contrato de seguro cuando éste se celebra y el importe de la indemnización cuando llega el momento de pagarla, así como si el consorcio tiene derecho a recuperar las cantidades satisfechas a su costa para pago de las primas.

En relación con la primera cuestión, considera el TS que la titularidad es privativa, aunque las primas se satisfagan con dinero ganancial. Por lo tanto, la facultad de designar beneficiario y de rescatar las primas es personalísima del cónyuge asegurado.

Así, en nuestra actual regulación, el artículo 88 de la LCS establece que la prestación del asegurador debe ser entregada al beneficiario [la póliza de seguro, destaca la **STS de 8 de mayo de 1957** (R. 1611), constituye una forma especial de estipulación a favor de tercero] a pesar de las reclamaciones que puedan efectuar herederos o acreedores del tomador del seguro. El precepto no hace otra cosa que dar plasmación legal a la interpretación jurisprudencial seguida hasta el momento. Ya la antigua **STS de 22 de octubre de 1927,** en un recurso que versaba sobre si el artículo 428 CCom permitía el pago al beneficiario del importe de la póliza del seguro de vida judicialmente embargada en procedimientos seguidos contra la persona que contrató el seguro, sin afectar al cesionario o beneficiario sustituido que debe recibir el valor de la póliza, declara el TS que «el texto del precepto no da lugar a duda racional respecto de que su finalidad fue establecer un excepcional y privilegiado título de dominio en favor de la persona asegurada, sin que contra su derecho puedan prevalecer las reclamaciones de los acreedores del que contrató el seguro, ni aun la fundada en título de tan notoria eficacia jurídica, como el de proceder de los herederos legitimarios (...) que los categóricos términos, de dicho precepto, denotan que se quiso crear y se creó un derecho de tan singular índole que fuese verdaderamente inatacable e indiscutible para el ejercicio de acción alguna ni de procedimiento de ninguna clase proviniente de obligaciones del que contrató el seguro».

Por lo que respecta a la segunda cuestión (reembolso de primas), aunque el artículo 1362.1.º incluye como carga del matrimonio las atenciones de previsión [**SAP de Asturias de 15 de mayo de 2006** (JUR 2006\872)], la **STS de 30 de enero de 2004** (R. 438) considera obligatoria la reintegración de las primas satisfechas con dinero común para pago de las primas del seguro: «El motivo tercero denuncia infracción del artículo 1353 del Código Civil (LEG 1889, 27) en cuanto que la sentencia recurrida y en relación con la póliza de seguro de vida concertada por el recurrido accede a la pretensión de éste de que "se reduzca el importe del rescate de la prima del seguro de vida".

Indudablemente la sentencia recurrida incurre en error cuando se refiere "al rescate de la prima", como valor a satisfacer por el marido a la sociedad de gananciales; *lo que debe reembolsar el recurrido a la sociedad de gananciales son las cantidades por él satisfechas con dinero ganancial para el pago de las primas del seguro de vida por él concertado y no la cantidad percibida como rescate del seguro*» [**SSAP de Cantabria de 1 de marzo de 2004** (JUR 2004\84099), **León de 29 de mayo de 2003** (JUR 2003\233791), **Madrid de 10 de junio de 2002** (JUR 2002\224435) y **Ciudad Real de 23 de octubre de 2001** (JUR 2002\7680)].

Peculiar supuesto plantea la **STS de 7 de junio de 1996** (R. 4826) en el que la recurrente reclama la devolución por la madre y hermanas de su fallecido esposo, recurridas, del capital del seguro de vida que habían cobrado de la aseguradora, en virtud del contrato de seguro colectivo o de grupo concertado por la empresa, a la que su esposo prestaba sus servicios, para sus trabajadores, figurando entre los eventos asegurados la muerte del trabajador.

En la fundamentación del motivo se sostiene la tesis de que, si bien el fallecido esposo designó como beneficiarias a su madre y hermanas, tal designación se realizó antes de contraer matrimonio, para el período cubierto por la póliza (1 de marzo de 1988 a 28 de febrero de 1989). Una vez contraído estaba obligado a contar con la esposa para seguir manteniendo la designación, porque el importe de la prima del seguro, aunque lo pagaba la empresa, ya se denomine salario en especie o beneficio marginal, era una contraprestación del trabajo y por lo tanto bien ganancial de acuerdo con el artículo 1347.1 CC. Entiende la recurrente que «debió dejar sin efecto la disposición unilateral de salario en especie que venía realizando (el esposo) a favor de su madre y hermanas, y estaba obligado a designar a los nuevos beneficiarios conjuntamente con su esposa, o por lo menos a anular los realizados con anterioridad al matrimonio, hasta que ambos cónyuges llegaran a un acuerdo para designar a los mismos u otros beneficiarios». Como resultado de sus argumentaciones, afirma que la designación unilateral era nula desde el momento de contraer matrimonio, y que no designados con su esposa nuevos beneficiarios, en virtud de las cláusulas del seguro, era ella la que debía de haber cobrado el capital asegurado.

El motivo se desestima porque la tesis sobre la que se construye carece de la mínima base legal en los artículos citados como infringidos, y olvida que la póliza, en la que el esposo era un asegurado más con facultad de designar beneficiarios, entró en vigor meses antes de que contrajese matrimonio con la recurrente el 18 de octubre de 1988, es decir, cuando era soltero. No hay ningún precepto legal que sustente que el matrimonio posterior suponga por sí mismo una ineficacia de la designación hecha antes si no cuenta con el asentimiento de su cónyuge para mantenerla, ni puede obtenerse tal efecto por la vía indirecta de considerar la prima como salario, y por ello como bien ganancial, pues el día 1 de marzo de 1988, cuando entra en vigor el nuevo período de vigencia del seguro colectivo, el esposo de la recurrente era soltero, luego el beneficio que le concedió la empresa materializado en la concertación del seguro de grupo, con su correspondiente conjunto de derechos de los que hizo uso, lo recibió en ese estado. Es gratuito afirmar que se ha producido un cambio en su naturaleza (bien privativo), transformándose en ganancial meses después, y que se han modificado automáticamente los efectos del contrato de seguro, válido y eficaz cuando fue contratado.

b) Seguro de invalidez

Destaca la **SAP de Zaragoza de 20 de octubre de 2005** (JUR 2006\1963) el carácter privativo de la indemnización percibida en razón al seguro concertado en cumplimiento de lo pactado en convenio colectivo: «Con independencia de la polémica existente en la jurisprudencia laboral sobre el régimen jurídico de los seguros colectivos cuando éstos tienen por causa un contrato de trabajo, los mismos

tienen la naturaleza de mejora voluntaria de la Seguridad Social, y están sometidos a los principios generales del sistema (Sentencias de la Sala Cuarta del TS de 25 de septiembre de 1995 y 13 de julio de 1998). Por tanto *esta prestación está encaminada a reparar un daño personal*, la patología invalidante, que debe primar frente a la naturaleza común que podría atribuírsele a la contraprestación que funda estas coberturas, aquí la prima que abonaría la empresa, por más que la misma sea una contraprestación beneficiaria de una relación laboral por cuenta ajena. En realidad no debería existir un tratamiento diferente de estos mecanismos de cobertura de contingencias que nacen del vínculo laboral con las prestaciones mismas del sistema público de la Seguridad Social. Éste es esencialmente contributivo y con la misma razón podría defenderse que las pensiones que nazcan de esas contribuciones, sea por la cuota empresarial sea por las cuotas obreras, aun cuando beneficio derivado del trabajo, no por ello la pensión ante la producción de la contingencia pasa a ser un bien común ni, reconocida su carácter privado, se puede defender un crédito a favor del consorcio por el valor de aquellas cuotas. El plan de pensiones en su modalidad de sistema de empleo y *el seguro de vida e invalidez, pactados en convenio colectivo de empresa, aunque sean mejoras voluntarias y respondan, para el primer caso, a un sistema de capitalización, no dejan de ser instrumentos con los que atender las mismas necesidades, con lo que la razón de ser para defender su carácter privativo sería el mismo que el de las pensiones que surgen del sistema público obligatorio de la Seguridad Social*».

E) Planes de pensiones

La suscripción de un plan de pensiones por uno de los cónyuges, o ambos, con aportaciones durante la vigencia del régimen económico supone que, normalmente, se nutren con aportaciones de naturaleza ganancial, sea directa a través del salario o retribución por el trabajo o con éste en especie cuando se trata de planes de pensiones de empresa, lo que en principio implicaría su carácter de bien común al igual que otros bienes o productos financieros o de ahorro adquiridos por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común. Y así, no falta alguna resolución, como la **SAP de Zamora de 22 de enero de 2003** (JUR 2003\67268), que los considera gananciales por su estrecha vinculación con el trabajo del cónyuge (artículo 1347.1 CC).

Sin embargo, aunque el dinero aportado al plan de pensiones sea ganancial, su titularidad, según viene configurado el propio plan, ha de ser, necesariamente individual, mas no cabe la titularidad compartida, dado que los eventos que determinarán su pago, jubilación, muerte, incapacidad, desempleo, siempre han de referirse a una sola persona, lo que nos lleva a la conclusión que aunque las aportaciones se hagan con dinero ganancial la titularidad del plan ha de considerarse privativa de cada uno de los esposos. Por lo tanto, debe considerarse que, dadas las acusadas peculiaridades de los planes de pensiones y su régimen jurídico, vinculados a una concreta persona, deben ser considerados de titularidad privativa del cónyuge titular (artículo 1346.5.º CC), por lo que ni el plan mismo ni el valor de los derechos consolidados pueden ser incluidos en el activo ganancial, todo ello sin perjuicio de los correspondientes reintegros por las aportaciones dinerarias gananciales [**SSAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de julio de 2007** (JUR 2007\342563), **Barcelona de 8 de mayo de 2007** (JUR 2007/269822), **La Coruña de 30 de marzo de 2006** (JUR 2006\144325), **León de 7 de diciembre de 2005** (AC 2005\2367), **Vizcaya de 23 de noviembre de 2005** (JUR 2005\72314), **Valencia de 14 de diciembre de 2004** (JUR 2005\67143) y **Palencia de 23 de junio de 2000** (AC 2000\4100)]. Afirma la **SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de julio de 2007** (JUR 2007\342563): «los planes de pensiones, como el que es objeto de esta litis, no tienen la consideración jurídica de salario, por cuanto si bien se trata de prestaciones económicas a favor del trabajador, no producen ningún incremento en su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de pensiones que será gestionado por un tercero. Fondo de pensiones sobre el que los partícipes no sólo no tienen

ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente Fondo, sino que el beneficiario sólo podrá obtener los beneficios de dicho Plan de Pensiones si se cumplen las condiciones previstas. Distinto sería el supuesto en que el plan de pensiones se hubiese nutrido, durante la convivencia matrimonial, de aportaciones económicas de procedencia ganancial, en cuyo supuesto debería operar necesariamente lo prevenido en el artículo 1397.3.º del citado Código, a cuyo tenor habría de comprenderse en el activo de la sociedad en liquidación el importe actualizado de las cantidades pagadas por aquélla que fueran de cargo sólo de un cónyuge».

Plantea la cuestión la **SAP de Zaragoza de 20 de octubre de 2005** (JUR 2006\1963), sobre la base del texto legal de la Compilación aragonesa, al debatir si un plan de pensiones concertado en la empresa en la que desarrollaba su trabajo el cónyuge, en virtud de convenio colectivo y con aportaciones realizadas por la empresa (plan no contributivo en el que la totalidad de las aportaciones las realizó esta última), así como sus plusvalías tienen o no carácter común o privativo. A tales efectos señala que «El plan de pensiones es un contrato especial de estructura compleja en el cual los partícipes se comprometen a realizar determinadas aportaciones a una cuenta de capitalización con la finalidad de garantizar a los beneficiarios la percepción de prestaciones económicas cuando se produzcan contingencias pensionables. Los planes de pensiones son instrumentos de previsión social voluntaria, carácter que trae causa de tener por objeto la cobertura, no de cualesquiera contingencias, sino específicamente de contingencias sociales. La Exposición de Motivos de la Ley 8/1987, de 8 de junio, reguladora de los Planes y Fondo de Pensiones, y bajo cuya vigencia se gestó el plan del sistema de empleo en el que el apelado era partícipe, explicará la finalidad sustancial de los mismos: "se configuran como instituciones de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado pueden o no ser complemento del preceptivo sistema de la Seguridad Social obligatoria, al que en ningún caso sustituyen", invocando a continuación la misma exposición que tales instrumentos de previsión armonizan con el artículo 41 de la Constitución al proclamar que la asistencia y las prestaciones complementarias al régimen público de la Seguridad Social serán libres. De esta Ley se desprende con claridad que con los planes de pensiones se ha querido generalizar la previsión individual mediante técnicas de fomento. Y aquí se plantea la cuestión que ahora interesa, a saber, si debe primar el carácter común que cabría imputar a aquello que nutre el plan, aportación de la empresa al fondo de pensiones en razón al convenio colectivo, lo que no deja de ser un rendimiento, aun indirecto, del trabajo, lo que *ex* artículo 37.2 de la Compilación lo haría común, también a la plusvalía de ese fondo de pensiones (ordinal tercero del mismo precepto), o bien en tanto con aquellos planes se pretende reparar o compensar un perjuicio personal, como lo son todas las contingencias pensionables, debe considerarse privativa (artículo 38.5.º de la Compilación). Y la Sala, sin desconocer las dudas que esta cuestión puede propiciar, y que ya tienen solución expresa en la vigente regulación (serán privativas las pensiones cualquiera que sea su naturaleza), considera que *debe primar el aspecto compensador de un perjuicio personal, como lo es la merma física, cuya etiología es aquí por enfermedad común, que le anula de manera absoluta su capacidad laboral*. No es óbice para esta conclusión el hecho de que el mecanismo reparador de esa contingencia se realice a través de una técnica voluntaria o relativamente voluntaria, en tanto que pactada en convenio colectivo, ni que lo sea a través de instrumentos mercantiles o de mecanismos de ahorro y de capitalización, dado que no dejan de ser las mismas fórmulas con las que subvenir a la finalidad de cobertura de unas contingencias personales. Y no cualquier contingencia sino, y esto quizá pueda ser lo relevante, sólo las pensionables: jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez (artículo 1 de la Ley 8\1987, de 8 de junio). Y atendida esa naturaleza prevalente es indiferente que el rescate del capital lo fuera en cuota única y que el mismo se produjera constante matrimonio, no resultando convincente a criterio de la Sala, a los efectos de la Compilación, la distinción que se propone en el recurso entre enfermedad común y accidente de trabajo, y que se basa en la subrayada etiología

común de la enfermedad invalidante del esposo apelado para negarle el carácter privativo, pues tan daño personal es la misma como la que tenga su origen en un accidente de trabajo. En ambos casos un estado físico del trabajador que no lo hace apto para desarrollar ningún tipo de trabajo. La expresión "daños inferidos...a la persona de un cónyuge" del ordinal quinto del artículo 38 de la Compilación no merece una interpretación tan restrictiva como la que se contiene en el recurso, en la que se viene a equiparar a accidente, esto es un acontecimiento súbito y externo a la persona del cónyuge que le provoque una merma física, excluyendo así a la enfermedad, interpretación con la que se produce un reduccionismo en la aplicación de la norma y que lleva a, en el caso concreto, un resultado disímil del tratamiento de la compensación de la situación invalidante de uno de los cónyuges atendiendo a su etiología que no encuentra justificación ni es coherente con el sistema ni la finalidad de los planes de pensiones». En el mismo sentido, **SAP de Zaragoza de 31 de enero de 2006** (JUR 2006\62).

Aborda el supuesto la **STS de 27 de febrero de 2007** (R. 1632) configurando el plan de pensiones de manera análoga a la pensión de jubilación, manifestándose en los siguientes términos: «La primera nota que distingue los Planes de Pensiones de los salarios está en que si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de Pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente Fondo. En el caso concreto que se discute en este recurso, don Lucio sólo podía obtener los beneficios del Plan de Pensiones si se cumplían los condicionantes previstos, que eran la jubilación del partícipe, la invalidez absoluta y permanente, la viudedad y la orfandad y que mientras estas contingencias no se produjeran, no tenía ningún derecho a obtener ninguna cantidad. Además, el Plan de Pensiones tenía la naturaleza de Plan del sistema de empleo en el que el promotor, la empresa Ibercaja, efectuaba la totalidad de las aportaciones; por ello debe concluirse que *no entra dentro de las prestaciones salariales que deban tener la naturaleza de bienes gananciales»*.

A la misma conclusión han llegado las sentencias de esta Sala relativas a la naturaleza de la pensión de jubilación, derecho análogo al Plan de Pensiones, ya que la finalidad principal del contratado por el empleador del recurrente, tenía la función de completar sus pensiones de jubilación. La sentencia de 20 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9199) resolvió un motivo planteado sobre la pensión de jubilación, en el que la recurrente consideraba que dicha pensión debería tener carácter ganancial por el «hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad social durante el tiempo legal, pues esta cotización se realiza con dinero ganancial»; la sentencia desestima el motivo porque «la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo)». Así mismo, la Sentencia de 20 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 61) consideró que no es ganancial la pensión del marido «ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358». Pues bien, «*siendo la función del Plan de Pensiones, cuya ganancialidad se discute en este recurso, la de completar las pensiones de jubilación a que tendría derecho el partícipe/trabajador, don Lucio en el momento de su retiro, debe considerarse que no forma parte de los bienes gananciales por las mismas razones que esta Sala ha expresado en relación a la pensión de jubilación* y por ello, deben estimarse los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo del recurso de casación presentado por don Lucio y *declararse que el Plan de Pensiones concertado a su favor por la empresa donde éste presta sus servicios profesionales tiene la consideración de bien privativo del marido*».

Parece invertir la presunción de ganancialidad prevista en el artículo 1361 CC la **SAP de Palencia de 23 de junio de 2000** (JUR 2000\4100): «Por lo que se refiere al Plan de Pensiones de don Arturo

J.H., lo único que nos consta (folio 430) es que en el Banco de Santander tenía el Plan de Pensiones núm. ..., que fue traspasado con fecha 5 de junio de 1999 a otro Plan de Pensiones Santander Bolsa, bajo el número de orden..., y cuyo saldo al día 13 de mayo de 1999 era de 3.245,60 euros. *El Plan de Pensiones, por su propia naturaleza, no tiene carácter de ganancial y sí privativo conforme a artículo 1346.5.º del Código Civil, dado que se trata de una inversión exclusiva del partícipe, que no puede rescatar a su libre voluntad, sino sólo cuando se dan las contingencias exigidas de fallecimiento, jubilación, o invalidez, pudiendo ser el beneficiario una persona distinta del propio partícipe. Además en los Planes de Pensiones hay que distinguir entre lo que son las aportaciones y lo que es el capital acumulado. Puesto que los Planes de Pensiones se adscriben a un Fondo, en función del tipo de Fondo de que se trate, el capital acumulado puede ser superior o incluso inferior al dinero aportado, riesgo que en todo caso sólo asume el partícipe. Lo único que puede significar un crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge que hizo un Plan de Pensiones, son las aportaciones que se fueron haciendo constante la sociedad legal de gananciales y con dinero ganancial, conforme al artículo 1397.3.º del Código Civil.* En nuestro caso no consta que las aportaciones al Plan de Pensiones lo fueran con dinero ganancial (ni siquiera consta si tales aportaciones fueron antes, durante el matrimonio o después de separado el matrimonio), ni consta la cuantía de tales aportaciones (diferenciadas del capital acumulado), por lo que no puede accederse a la inclusión de este Plan de Pensiones entre el activo de la sociedad de gananciales, tal y como pretendía la parte actora».

F) Derechos de arrendamiento y usufructo. Concesiones administrativas

– Dentro de los derechos no transmisibles *inter vivos*, el supuesto más claro viene constituido por los derechos de uso y habitación que, en consecuencia, serán siempre privativos. Lo que no resulta tan claro es que lo sea el **derecho arrendaticio** adquirido por uno solo de los cónyuges constante matrimonio, supuesto en el que la calificación, ganancial o privativo, es importante, especialmente, para poder calificar como ganancial o privativo el inmueble adquirido como consecuencia, en su caso, del ejercicio del correspondiente derecho de retracto, o, en orden a determinar el carácter de la indemnización a la que pueda tener derecho el arrendatario (artículo 34 LAU).

Concertado el arrendamiento constante la sociedad legal de gananciales debe estimarse ganancial [**SAP de Asturias de 28 de octubre de 2002** (AC 2002\1883)]. No obstante, el TS no siempre ha considerado que el arrendamiento concertado constante matrimonio ostenta carácter ganancial. Lo rechaza cuando de aquella condición (ganancial) quieren beneficiarse familiares del cónyuge no titular para acceder a una subrogación no comprendida en los antiguos artículos 58 y 59 de la LAU (1964). Son los supuestos contemplados en las **SSTS de 24 de febrero** (R. 1116) y **4 de diciembre de 1956** (R. 3857), **23 de marzo de 1957** (R. 1567) y **3 de junio de 1987** (R. 5917). En todos ellos se afirma que «sólo es titular del derecho arrendaticio quien celebró el contrato de arrendamiento, quien aparece como contratante del mismo». Consecuencia de ello, se adquiere un derecho de índole personal que, ni se comunica al otro cónyuge, ni se convierte en ganancial por el hecho de adquirirse vigente el régimen que lo precede.

Por el contrario, el Alto Tribunal resuelve a favor de la ganancialidad cuando se trata de excluir la naturaleza de precario de la posesión de la mujer [**STS de 3 de noviembre de 1960** (R. 3454)]; o cuando se quiere reconocer los derechos de los herederos del cónyuge no titular frente a los actos de disposición realizados unilateralmente por el cónyuge viudo titular del arrendamiento [**STS de 26 de febrero de 1981** (R. 611)].

Es ejemplificativa la **STC de 6 de octubre de 1989** (BOE de 7 de noviembre de 1989) en la que el TC, frente a la solicitud del arrendador-demandante (que había sido acogida en primera instancia)

de que se resolviera el contrato de arrendamiento por traspaso inconsentido tras la atribución en la liquidación a la mujer de la empresa ganancial instalada en el local arrendado por el marido, estima el amparo porque ambos cónyuges son cotitulares del derecho de arrendamiento constituido vigente la sociedad conyugal y no ha existido traspaso inconsentido. Declara el TC: «en el anterior contexto normativo era, (...), prácticamente imposible que el legislador arrendaticio pudiera prever una excepción al régimen común del traspaso del local de negocio en base a una sucesión *inter vivos* de los derechos del arrendatario por causa judicial de la esposa (...) en el actual derecho de familia no sólo se ha pasado a un régimen general de cogestión de la sociedad de gananciales (lo que obliga a replantearse si la titularidad de la relación arrendaticia corresponde exclusivamente al marido) sino que la mujer ha recuperado su plena capacidad de obrar no sólo sobre los propios bienes gananciales (e incluso los pendientes de liquidación), de entre los que hay que entender incluidos los derechos arrendaticios, con lo que se hace obligado dilucidar si la interpretación restrictiva del artículo 31.1.ª LAU que efectúa la Audiencia conculca o no el principio de igualdad o, dicho en otras palabras, ¿goza de algún género de justificación objetiva y razonable la inaplicación del artículo 31.1.ª LAU a los supuestos de cesión de la relación arrendaticia a los hijos y esposa como consecuencia de una separación legal? La respuesta ... ha de ser forzosamente negativa».

Apunta la **STS de 20 de enero de 1997** (R. 116) cómo la situación no está contemplada en los artículos 1346 y 1347 CC, que se refieren más bien a derechos personales o reales, pero no a relaciones complejas de uso y disfrute comunicado por razón del matrimonio. Por ello, ante un arrendamiento de local de negocio concertado por uno de los cónyuges, dicho derecho arrendaticio debe considerarse ganancial, «como es el negocio instalado en el local, salvo que se hubiese demostrado que se trataba de bien privativo de uno de los cónyuges, por lo que la sociedad ganancial es la titular del derecho, obligada al pago de la renta del contrato, con independencia de que la relación se titule y contraiga personalmente por uno de los cónyuges, circunstancia que no prejuzga su carácter privativo o ganancial» [**SSTS de 26 de marzo de 1962** (R. 1789), **26 de febrero de 1981** (R. 611), **11 de mayo de 1988** (R. 2430) y **5 de abril de 1989** (R. 2993), en la misma línea emprendida por las **SSTC de 31 de octubre de 1986** (RTC. 135) y **6 de octubre de 1989** (BOE de 7 de noviembre de 1989) y **SAP La Coruña 16 de octubre de 2001** (JUR 2001\15773)].

– Es el carácter ganancial del derecho de arrendamiento el que exime de notificación de una posible subrogación en el arrendamiento al cónyuge supérstite, ya que «... no podemos olvidar que el contrato de arrendamiento cuya resolución se pretende se suscribe el día 1 de mayo de 1978 por el esposo de la demandada ya fallecida estando en estado de casado con la referida demandada, lo que implica *que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1347 del Código Civil los derechos y obligaciones derivados del citado contrato de arrendamiento tenían la naturaleza de ganancial y pertenecían por tanto en cuotas indivisas a ambos cónyuges*, no podemos olvidar tampoco que conforme a lo dispuesto en el artículo 1367 del mismo cuerpo legal los bienes gananciales responden en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento expreso del otro, por lo que dicha sociedad de gananciales está también afecta al pago de las rentas devengadas en el contrato de arrendamiento, por ello y en consecuencia *no es necesaria la subrogación de la esposa en los derechos de su marido cuando ella era tan titular como él inicial arrendatario y había adquirido los derechos de arrendamiento desde el mismo momento de la suscripción del contrato en virtud del juego de la sociedad de gananciales*, ello no implica sin embargo conforme establece el impugnante del recurso de apelación, que quede sin efecto la institución de la subrogación en el contrato a favor del cónyuge, ya que no podemos olvidar en modo alguno que habrá supuestos en que el contrato de arrendamiento no tenga carácter ganancial por haber sido suscrito inicialmente por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio o en aquellos supuestos en que no existan sociedades gananciales entre los cónyuges sino régimen de separación de bienes

supuestos en los que tendrá pleno efecto y valor la institución de la subrogación en el contrato pero no como dijimos en supuestos como el presente en que en virtud de la adquisición ganancial de los derechos y obligaciones del arrendamiento ha de considerarse tan titular al esposo como a la esposa de dichos derechos y en consecuencia el contrato se mantendrá para con ésta sin necesidad de acudir a la institución de la subrogación» [**SAP de Madrid de 23 de febrero de 2001** (JUR 2001\129351)].

– No hay cuestión en cuanto al **usufructo** adquirido durante la sociedad de gananciales a costa del caudal común, sea por uno o ambos cónyuges, que debe estimarse ganancial, y, por tanto, mientras no haya adjudicación en la disolución, requiere para su disposición el consentimiento de los herederos del premuerto [**RDGRN de 25 de febrero de 1993** (BOE de 26 de marzo)]. Distinto es el supuesto de la **RDGRN de 21 de enero de 1991** (R. 592), donde se pacta la adquisición del usufructo con carácter conjunto y sucesivo, en cuyo caso, ante el fallecimiento de uno de los cónyuges no habría que incluir en la liquidación de la sociedad de gananciales el usufructo correspondiente al supérstite.

No se considera ganancial el usufructo sobre montes vecinales donde es imprescindible para ser titular ostentar la condición de vecino del pueblo [**SAP de Cantabria de 13 de octubre de 2005** (JUR 2005\273711)].

Por su parte, el artículo 1349 CC contempla que «El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales». Artículo de carácter especial respecto al artículo 1348. Así lo define la **SAP de Ciudad Real de 14 de junio de 2002** (JUR 2002\62406): «no puede desconocerse cómo la regla de determinación de ganancialidad contenida en el artículo 1349 CC ostenta el carácter de régimen especial respecto al contenido del artículo 1348 CC, viniendo aquel precepto a dar naturaleza de bien ganancial a las pensiones que se vayan devengando constante el matrimonio».

La **STS de 20 de diciembre de 2003** (R. 9199) considera aplicable el precepto a la pensión de jubilación, en contra de lo expresado en una jurisprudencia constante a favor de su privatividad manifestada en las **SSTS de 20 de diciembre de 2004** (R. 2005\61) o **29 de junio de 2005** (R. 4947).

El precepto es utilizado por la **SAP de Las Palmas de 21 de junio de 2001** (JUR 2001\269701) para determinar, en contra de la doctrina jurisprudencial mayoritaria, que los planes de pensiones tienen carácter ganancial cuando se realizan aportaciones de fondos comunes.

– Parte de la doctrina piensa que al ser hipotecables las **concesiones administrativas** en consideración a su naturaleza de bienes inmuebles (artículo 334.10.º CC, en relación al artículo 107.6.º LH), no hay obstáculo para su posible ganancialidad; otra parte de la doctrina considera insuficiente tal argumento, toda vez que la transmisión implica un cambio subjetivo en la relación jurídico-obligacional y, por tanto, necesita el consentimiento del otro contratante, que además es un ente público, en base al artículo 1205 CC; sin cuyo requisito, no es posible que pueda entrar en el patrimonio ganancial, porque es doctrina reiterada que los concesionarios sólo ostentan un derecho de posesión y disfrute legítimo [**SSTS de 22 de mayo** (R. 2839) y **21 de junio de 1930** (R. 2930), **17 de junio de 1950** (R. 950) y **19 de noviembre de 1956** (R. 3612)] participando de alguna manera en el carácter inalienable de los bienes y servicios públicos, como señaló la **STS de 11 de diciembre de 1980** (R. 4746), por lo que no parece adecuado hablar de un bien ganancial. Resuelve en estos términos la **SAP de Barcelona de 7 de marzo de 1996** (AC 1996\492), donde se presenta la cuestión de si la licencia de auto-taxi concedida a uno de los cónyuges es bien ganancial o no.

I.8. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos

Tiene carácter privativo, no sólo la acción de reclamación, sino la indemnización recibida [**STS de 26 de diciembre de 2005** (R. 1213) y **SSAP de Navarra de 20 de diciembre de 2004** (JUR 2005\50523) y **Barcelona de 9 de octubre de 2002** (JUR 2003\110619)].

Constituye un bien de naturaleza privativa, pues la indemnización recibida halla su razón de ser en la reparación que se procuró dar al perceptor por los perjuicios que se le causaron, primordialmente en su cuerpo, y ello hace que esa reparación tenga naturaleza de bien propio y exclusivo de quien la recibe [**SSTS de 14 de enero de 2003** (R. 1) y **29 de mayo de 2001** (R. 3440)].

Así, deben considerarse privativos los derechos de indemnización que le puedan corresponder al cónyuge en un procedimiento penal tramitado a consecuencia de accidente laboral [**SAP de León de 7 de mayo de 1993** (AC 1993\1492)] o no laboral que origina la declaración de invalidez permanente [**SSTS de 14 de enero de 2003** (R. 1) y **29 de mayo de 2001** (R. 3440) y **SAP de Burgos de 31 de enero de 2005** (JUR 2005\768)]; o la indemnización obtenida por las lesiones y daños sufridos en accidente de circulación [**STS de 26 de diciembre de 2005** (R. 1213) y **SSAP de Madrid de 23 de abril de 2007** (JUR 2007\313597), **Murcia de 14 de noviembre de 2005** (JUR 2006\91716) y **Cáceres de 15 de diciembre de 1997** (AC 1997\2471)].

I.9. Ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor

Con independencia de cual sea el carácter del dinero empleado en su adquisición, privativo o ganancial, son de carácter privativo de cada uno de los cónyuges las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor [**SSAP de Asturias de 11 de marzo de 2003** (JUR 2003\117472) y **22 de enero de 1998** (AC 1998\2620) y **Murcia de 5 de septiembre de 1994** (AC 1994\1503)]. Lo confirman las **SSAP de Cantabria de 20 de septiembre de 2006** (JUR 2006\257826), que considera de uso personal joyas por valor de nueve mil euros; o **SAP de Tenerife de 31 de octubre de 2005** (JUR 2005\272070) cuando señala: «Y así, las alhajas cuya realidad es discutida, en cualquier caso carecerían, según el detalle que de las mismas se da, del concepto de objetos de extraordinario valor que permitiese su consideración como ganancial y no como lo que realmente son, objetos de uso personal y regalos de costumbre»; o **SAP de Salamanca de 12 de abril de 2006** (JUR 2006\249285) que considera privativo el abrigo de visón valorado en 2.073 euros, o aquellos bienes que no superen el valor de 6.000 euros, como señala la **SAP de Granada de 3 de marzo de 2006** (JUR 2006\213298).

De la inversión de dinero ganancial no surge el correspondiente derecho de reembolso (artículo 1346, *in fine*).

I.10. Instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio

Con la intención de no privar a una persona de sus instrumentos de trabajo, éstos serán siempre privativos, con independencia de que los fondos empleados en su adquisición sean comunes; en cuyo caso, surgirá el correspondiente derecho de reembolso por el valor satisfecho (párrafo último del artículo 1346). En todo caso, debe de tratarse de instrumentos *necesarios* para el ejercicio de la profesión u oficio. Así, considera la **SAP de Madrid de 28 de diciembre de 1998** (AC 1998\9029) que las instalaciones, aparatos, utensilios e instrumental médico de una Clínica son de carácter privativo, siendo de aplicación el artículo 1346, número 8, del Código Civil. Igualmente los instrumentos y

mobiliario empleados en la actividad de esteticista por la esposa [**SAP de Murcia de 26 de julio de 2006** (JUR 2006\205260)].

El precepto señala una excepción: «aquellos instrumentos que, aun siendo necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común». Pero, ¿qué debe entenderse por establecimiento o explotación de carácter común?, ¿el fundado a expensas de fondos comunes por cualquiera de los cónyuges?, o, ¿el establecimiento en el que ambos cónyuges desempeñan conjuntamente la profesión? Más bien parece lo primero: establecimiento fundado, vigente la sociedad, a expensas de fondos comunes por cualquiera de los cónyuges.

II. LOS BIENES GANANCIALES

En el elenco básico del artículo 1347, se refleja en sus diferentes casos, que para el legislador, existen tres medios por los que un bien puede calificarse ganancial: 1) A través del trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges (comunidad de esfuerzos); 2) En razón al carácter principal de los bienes del matrimonio (comunes o propios) y a la exigencia de subvenir a las cargas del mismo que provocan la accesoriedad de los frutos derivados y su imputación a esas cargas (comunidad en el sostenimiento de la sociedad), y, finalmente, 3) Dentro de las adquisiciones a título onerosos en el amplio juego de la subrogación real, todos aquellos bienes obtenidos o realidades económicas creadas merced a recursos comunes (ganancias o beneficios) que dan lugar a la comunidad en el costo [**STS de 14 de marzo de 2002** (R. 2840)]. Con la particularidad de que la calificación de determinados bienes como gananciales ha de hacerse aplicando las normas vigentes al tiempo de su adquisición [**SSTS de 10 de julio de 1995** (R. 5557) y **8 de febrero de 1993** (R. 688) y **SAP de Granada de 3 de noviembre de 1994** (RGD 1995, pág. 12735)].

II.1. Bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges

A) Trabajo e industria

El artículo 1347.1.º atribuye el carácter de bienes gananciales a los «obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges» constante la sociedad de gananciales, nunca tras la disolución de ésta ya que tal carácter no puede prorrogarse tras ella, adquiriendo así esos beneficios la condición de exclusivos de quien los genera [**SSAP de Córdoba de 29 de abril de 2005** (JUR 2005\142937), **Málaga de 21 de junio de 2002** (JUR 2002\16897) y **Madrid de 7 de mayo de 1999** (AC 1999\955)]. Estamos ante la más importante fuente de ganancialidad derivada de la llamada «comunidad de esfuerzos» [**SSTS de 23 de octubre de 2003** (R. 7762) y **14 de marzo de 2002** (R. 2840)].

En el concepto *trabajo*, como primera fuente de ganancialidad, debe encuadrarse cualquier actividad de los cónyuges (intelectual o física, temporal o indefinida, por cuenta propia o ajena) que genere retribución (salario, retribución en especie, donaciones y legados remuneratorios). Distinguiendo, eso sí como ya hemos señalado anteriormente, entre la capacidad laboral y los rendimientos del trabajo. Así, la capacidad laboral debe entenderse como un derecho integrado en la personalidad del trabajador, incluido en sus bienes inherentes a dicha personalidad, por lo tanto

de estricto carácter privativo, mientras que las consecuencias o productos de su trabajo, es decir, el rendimiento económico del trabajo tiene carácter ganancial [**SSTS de 29 de junio de 2005** (R. 4947), **29 de junio de 2000** (R. 5915), **22 de diciembre de 1999** (R. 9141) y **25 de marzo de 1988** (R. 2430)].

Por *industria* debe entenderse, bien la actividad personal, que no constituya específicamente trabajo, bien el conjunto de actividades organizadas. Bajo la primera acepción, algún sector doctrinal ha incluido en este primer párrafo del artículo 1347 las adquisiciones por usucapión iniciada constante matrimonio; no así las comenzadas con anterioridad [**STS de 18 de marzo de 1961** (R. 963)].

El problema principal se centra en determinar en qué momento los rendimientos económicos debidos al trabajo e industria de los cónyuges entran en la masa ganancial. Fuera de algunos supuestos conflictivos (propiedad intelectual e industrial), se atribuye automáticamente el carácter ganancial a dichos ingresos; aunque, respecto de éstos, hay que tener en cuenta las amplias facultades de administración de su perceptor (fundamentalmente, artículos 1384 y 1385 CC). Indudablemente, como ya se ha manifestado, los ingresos obtenidos por el trabajo o actividad profesional dejan de ostentar el carácter ganancial una vez disuelta la sociedad de gananciales [**SSAP de Córdoba de 29 de abril de 2005** (JUR 2005\142937), **Málaga de 21 de junio de 2002** (JUR 2002\16897), **Murcia de 10 de julio de 2000** (JUR 2000\258281), **Málaga de 26 de enero de 2000** (AC 2000\345) y **Madrid de 7 de mayo de 1999** (AC 1999\955)].

Distingue la **SAP de Santa Cruz de Tenerife de 9 de julio de 2007** (JUR 2007\342312) entre los ingresos obtenidos por el trabajo o la industria de uno de los cónyuges (párrafo 1.º) y la empresa o establecimiento constante matrimonio (párrafo 5.º), al hilo de la inclusión, o no, de las rutas comerciales explotadas por el cónyuge en el activo de la sociedad de gananciales, señalando que «la recurrente pretende la inclusión en el activo de las "rutas comerciales" de distribución, por entender que es un negocio que fue construido a lo largo del matrimonio. La controversia requiere decidir si la naturaleza de aquéllas constituye propiamente una empresa a la que se refiere el punto 5.º del artículo 1347 del Código Civil, o por el contrario no pasa de ser el trabajo o industria a que se alude en el apartado 1.º de dicho precepto, pues en el primer caso, en cuanto integra un elemento patrimonial, habrían de incluirse en el activo las rentas generadas por las mismas; en el segundo, al no participar de esa naturaleza y haber cesado el fundamento mismo de la sociedad ganancial (que es la convivencia entre los cónyuges en concordancia, Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987, 23 de diciembre de 1992 y 27 de enero de 1998, entre otras) debe excluirse. La Sala se inclina por la segunda opción, pues la diferencia fundamental entre la actividad propia de la empresa y la del trabajo personal o industria radica en el grado de incidencia del sujeto en su desarrollo; en el primer caso, la labor del titular es secundaria, lo esencial es esa unidad patrimonial que lo caracteriza y esa posibilidad de funcionamiento actual o más o menos inmediato, pudiendo diferenciarse con un mínimo de nitidez los recursos del mismo de los derivados del esfuerzo o trabajo de quien lo regenta; en la segunda hipótesis, lo fundamental es la dedicación del sujeto y lo accesorio los elementos o bienes que precisa para desplegar su actividad, hasta el punto de que los frutos del negocio son los mismos que los rendimientos de su trabajo personal, que se confunden, de suerte que si no fuera por su esfuerzo no produciría dicha renta. En este sentido, pues, ha de compartirse el criterio de la Juzgadora *a quo*, que resalta la ausencia de frutos o rentas, dado que el contrato que liga al ex esposo con la entidad Aguas de Vilaflor, SA debe ser considerado como productor de percepciones del trabajo personal. En este sentido, el oficio de dicha entidad (folio 91 de las actuaciones señala que existe un contrato de distribución como autónomo, desde diciembre de 2001, en el que se le asigna un área geográfica, siendo la responsabilidad comercial de Aguas de Vilaflor). En el caso que nos ocupa, pues, no nos hallamos ante un verdadero negocio o empresa dedicada a

la distribución, sino ante el simple ejercicio de una actividad profesional o trabajo personal por el esposo».

B) Relación laboral y ganancialidad

Ya hemos hecho referencia, al hilo del tratamiento de los bienes de carácter privativo, a la conflictividad que presenta la relación laboral y el carácter privativo o ganancial de algunas de las percepciones recibidas por el trabajador derivadas, de alguna forma, de la existencia de dicha relación. Allí llegamos a las siguientes conclusiones:

Puede afirmarse que el Tribunal Supremo, hoy por hoy, mantiene una unánime doctrina jurisprudencial que determina el carácter privativo de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral: 1) Cualquiera que sea su causa (despido, jubilación anticipada u otra similar) percibida, vigente el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales. Carácter privativo debido tanto a su consideración como derecho patrimonial inherente a la persona (artículo 1346.5.º CC), o como bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual sería el salario futuro (artículo 1346.3.ºCC). No obstante, este criterio ha sido puesto en duda por la **STS de 26 de junio de 2007** (R. 3448) al afirmar, siguiendo los pasos de la **STS de 25 de marzo de 1988** (R. 2430), que «estas indemnizaciones deben seguir el mismo régimen que el salario en relación a su condición de gananciales». Como ya señalamos, tendremos que estar atentos a la posterior evolución. En cambio, los frutos, rentas o intereses que, en su caso, produzca dicha indemnización durante la vigencia de los gananciales, tienen carácter ganancial en virtud de lo establecido en el artículo 1347.2.º CC; y 2) Disuelta la sociedad de gananciales, tal indemnización no puede siquiera llamarse bien privativo, puesto que la distinción entre ganancial y privativo ya no procede cuando la sociedad de gananciales ha dejado de existir. El cónyuge divorciado no tiene ningún derecho a exigir una parte de las indemnizaciones o retribuciones descritas percibidas por su ex cónyuge con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales.

No obstante, no está de más indicar someramente algunos supuestos contradictorios con la doctrina, entiendo mayoritaria, de nuestro Tribunal Supremo.

– **Indemnización obtenida por un cónyuge por razón del traslado de centro de trabajo con cambio de residencia**: Las indemnizaciones percibidas por los trabajadores por traslados con cambio de residencia tienen más bien carácter retributivo de su actividad profesional (aunque no tengan la consideración de salario según el artículo 26.2.º ET) que puramente indemnizatorio, pues forman parte de las relaciones jurídicas del contrato de trabajo con fundamento en el poder de dirección del empresario, quien puede acordarlo por las causas y con las limitaciones que establece el artículo 40 ET, y ahora sin necesidad de autorización administrativa previa como exigía el citado precepto legal en su primitiva redacción. En dicho artículo se reconoce al trabajador el derecho a percibir una compensación económica que comprenderá tanto los gastos propios como los familiares a su cargo, por lo que, siendo la familia una de las circunstancias que contribuyen a fijar el montante de la indemnización, no puede ser aquélla ajena al beneficio económico que la compensación percibida reporte al trabajador. Debe, por tanto, estimarse el carácter ganancial de la indemnización satisfecha por la empresa [**SAP de Burgos de 22 de abril de 1997** (AC 1997\988)].

– Estiman las **SSTS de 25 de marzo de 1988** (R. 2430) y **26 de junio de 2007** (R. 3448), el carácter ganancial (bien de conquistas, pues se plantea en supuesto propio de Derecho foral navarro en el caso de la STS de 1988) de la **indemnización obtenida en virtud de póliza que cubría el**

riesgo de invalidez permanente absoluta para todo trabajo. Se puede llegar a la conclusión, indica la **STS de 26 de junio de 2007** (R. 3448), de que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (Sentencias de 25 de marzo de 1988 y 22 de diciembre de 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales tendrán este carácter (Sentencia de 20 de diciembre de 2003).

Aplicando, pues, los criterios que han sido mantenidos por el TS, debemos considerar que estas indemnizaciones deben seguir el mismo régimen que el salario en relación a su condición de gananciales, ya que, si bien es cierto que el derecho a ser resarcido por la pérdida del trabajo tiene un fuerte componente moral, también lo es que, cuando se ha obtenido aun vigente la sociedad de gananciales, es una consecuencia económica del trabajo efectuado por su perceptor, que, además, debe calcularse según los parámetros referidos al salario percibido hasta aquel momento por el trabajador y no se pierde por la obtención de un trabajo posterior a la sentencia que la reconoce [**SAP de Asturias de 4 de diciembre de 1995** (AC 1996\689)]. Asimismo, la **indemnización por incapacidad permanente parcial** que, según señala la **SAP de Valladolid de 2 de mayo de 2003** (JUR 2003\171414), debe incluirse en el párrafo primero del artículo 1347.1.º

En esta misma línea, afirman las **SSAP de Asturias de 4 de diciembre de 1995** (ACAud 1996\689), **4 de febrero** (AC 1997\279) y **12 de marzo de 1997** (AC 1997\483) y **Cádiz de 14 de noviembre de 2000** (JUR 2001\49329), **Baleares de 21 de mayo de 2004** (JUR 2004\176683) y **Valencia de 17 de mayo de 2006** (JUR 2006\243013) que las rentas e indemnizaciones procedentes del trabajo (salarios, trienios, indemnizaciones por despido, derivadas de expediente de regulación de empleo, y las prestaciones de la Seguridad Social) siempre que se devenguen durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tienen naturaleza ganancial conforme a lo dispuesto en el artículo 1347.1.º.

– La consideración de la **indemnización obtenida por baja voluntaria** como utilidad derivada del trabajo, lleva a la **SAP de Sevilla de 25 de enero de 1993** (AC 1993\83) a ubicarla dentro de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1347, dotándola así de carácter ganancial [en contra, la **SAP de Huesca de 7 de mayo de 1997** (AC 1997\1083)].

– Se considera de carácter ganancial la retribución mensual recibida por el cónyuge en un expediente de regulación de empleo al considerarse cantidades sustitutivas del salario hasta la llegada de la jubilación [**SAP de Zaragoza de 9 de noviembre de 2004** (JUR 2005\30929)].

– Se estima el carácter ganancial de una parte de la indemnización percibida por el esposo tras la disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia de una incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, producida constante matrimonio. Destaca la **SAP de Asturias de 4 de diciembre de 1995** (AC 1996\689), con remisión específica a la **STS de 25 de marzo de 1988** (R. 2430): «No cabe sino estimar ganancial esta prestación en la porción que legalmente correspondería al demandante de haberse extinguido el contrato de trabajo en la fecha de la firmeza de la separación,

toda vez que la porción correspondiente a los meses trabajados, disuelto el régimen económico-matrimonial, tiene carácter y naturaleza privativa».

– Bajo la misma línea argumental, se considera ganancial la **subvención por la titularidad de rebaño de ovejas**, ya que, bien debería considerarse ganancial como ingreso procedente del trabajo e industria, o bien, como fruto, renta o interés producido por bien ganancial o privativo (artículos 1347.1.º y 2.º CC) [**SAP de Valladolid de 11 de abril de 1997** (AC 1997\723)].

– Considera la **SAP de León de 22 de enero de 2003** (JUR 2000\115010) que no pueden estimarse las cotizaciones realizadas a la Seguridad Social como bienes gananciales puesto que: «... las cotizaciones son obligatorias y no son derechos de crédito, sino el resultado de una acción protectora del sistema público de Seguridad Social. Según la STS de 29 de junio de 2000, "la cuota no es un concepto que se pague con las ganancias del empresario-trabajador, calculándose las ganancias deducidas entre otras las cuotas de la Seguridad social, por lo que nunca ha sido ganancial"; y desde luego no cabe equipar como parece hacer el apelante, los derechos económicos que amparan al apelado, con los derechos económicos que se pudieran derivar de otros actos patrimoniales tales como los provenientes de la suscripción de cualesquiera otras pólizas de seguro. Las aportaciones efectuadas no se han realizado con dinero procedente de la retribución salarial, por lo que no pueden tener carácter ganancial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1347.1 CC, no generando entonces, el derecho de la sociedad a su reembolso. En segundo lugar, las aportaciones realizadas no son ni van a ser disfrutadas en exclusiva por el esposo, sino que durante el período al que se hace referencia por la parte recurrente toda la familia estuvo cubierta de una serie de contingencias, asistencia sanitaria, accidentes laborales, bajas por enfermedad común, etc., generándose además el derecho a percibir la pensión de jubilación (viudedad y orfandad, en su caso) de la que se detrae la pensión compensatoria que percibe la recurrente. Luego las cotizaciones, o las cantidades aportadas cubrieron a la recurrente y la siguen protegiendo, se puede decir que se emplearon en levantar las cargas del matrimonio, por lo que su división y liquidación nos llevarían a consecuencias absurdas y jurídicamente insostenibles pues no se pueden dividir las aportaciones realizadas por obtener unas utilidades que se derivan del trabajo mismo».

– Ostenta carácter ganancial **la cartera de clientes conseguida por agente de seguros**, ya se considere como bien obtenido por el trabajo o industria del cónyuge, como fruto, renta o interés de dicho trabajo o como fondo comercial de la empresa establecida durante la vigencia de la sociedad de gananciales y de la que esencialmente vivía la familia [**SAP de Alicante de 11 de febrero de 1998** (AC 1998\311)].

C) Cuentas corrientes

– **Cuentas bancarias indistintas**: En relación al tema de las cuentas bancarias de titularidad indistinta, en relación con la propiedad de sus saldos, la doctrina jurisprudencial [**SSTS de 8 de febrero de 1991** (R. 1156), **23 de mayo de 1992** (R. 4280), **15 de julio de 1993** (R. 5805), **19 de diciembre de 1995** (R. 9425), **7 de julio de 1996** (R. 4826), **29 de septiembre de 1997** (R. 6825), **5 de julio de 1999** (R. 5966), **29 de mayo de 2000** (R. 3922), **14 de marzo de 2003** (R. 2748) y **5 de febrero de 2007** (R. 784) y **SAP de Zaragoza de 31 de enero de 2006** (AC 2006\62)] ha venido pronunciándose de manera unánime en el sentido de que la facultad que tiene cada titular indistinto para disponer con su sola firma, en todo o en parte, de los fondos o valores depositados, no significa que ostente sobre dichos bienes derecho dominical alguno, pues la facultad solidaria de operar sobre la cuenta es sólo una modalidad de ejercicio del derecho de crédito frente al Banco, que no incide sobre la titularidad real

de los bienes depositados, señalando que la apariencia derivada de la susodicha titularidad indistinta supondría, cuando más, una simple presunción de copropiedad, que los interesados podrán desvirtuar o confirmar de acuerdo con las relaciones que medien entre ellos. En estos mismos términos, **STS de 25 de mayo de 2001** (R. 3872), al señalar que «la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta».

La cotitularidad de las cuentas bancarias no implica el condominio de sus saldos sino sólo su mera disponibilidad por sus titulares [**SSTS de 9 de marzo de 2006** (R. 1070) y **14 de marzo de 2003** (R. 2748)]. Sólo el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC permite imputar los fondos al patrimonio común.

Así, es factible, probar la privatividad de los fondos y destruir dicha presunción. Es el caso de la **SAP de Cuenca de 6 de julio de 2004** (JUR 2004\201783) en la que se estima probado el carácter privativo de los fondos ingresados por el marido en una cuenta conjunta al provenir éstos de lo recibido en una campaña agrícola realizada con anterioridad al matrimonio; o el presentado por la **SAP de Zaragoza de 31 de enero de 2006** (JUR 2006\62) en la que se afirma que «apreciando los ingresos habituales del matrimonio y los gastos de todo orden efectuados, es de considerar que aquéllos son claramente insuficientes en su conjunto para soportar los segundos, siendo pues aportaciones a veces más significativas que otras, pero siempre en todo caso demostrativas de la insuficiencia de los bienes consorciales para hacer frente a tan importantes cargas, necesitando de un constante aporte del capital propio del marido para atenderlas, por cuya consideración debe entenderse atinada la conclusión contenida en la Sentencia del Juzgado, y lo mismo debe sostenerse respecto de los fondos de inversión y de los planes de pensiones, que se nutren de cantidades muy importantes, desde luego claramente superiores a aquellas que el marido ingresaba por razón de su sueldo, *cuyo origen no puede explicarse sino acudiendo a los bienes recibidos por sus familiares, por lo que la presunción (de ganancialidad) dicha debe entenderse igualmente destruida en el caso presente*».

En sentido contrario, no basta con que los fondos estén depositados en una cuenta de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges para poder afirmar que son de carácter privativo y destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC: «No basta, por ejemplo, con ingresar el salario (sobre cuyo carácter ganancial ninguna discusión cabe) en una cuenta bancaria de titularidad exclusiva para convertir, por esta sola circunstancia, en privativo el saldo existente en dicha cuenta» [**SSAP de Cuenca de 27 de julio de 2005** (JUR 2005\190757) y **20 de septiembre de 2002** (JUR 2002\255594)].

– El depósito bancario constituido con anterioridad del matrimonio es privativo, no así los rendimientos de éste que serán comunes [**SAP de Zamora de 8 de noviembre de 2004** (JUR 2004\301834)].

– La apertura de un depósito bancario a nombre de ambos cónyuges no presume la voluntad de donar la mitad del saldo a la esposa al ser privativo del esposo [**SAP de Barcelona de 23 de julio de 2001** (JUR 2001\289539)].

II.2. Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales

– Son gananciales los «frutos rentas e intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales» [**SSTS de 24 de abril de 1999** (R. 2826) y **14 de marzo de 2002** (R. 2840) y **SAP de Madrid de 1 de marzo de 2006** (JUR 2006\175723)]. Destacan las **SSTS de 23 de octubre de 2003** (R. 7762) y **14 de marzo de 2002** (R. 2840): «... dada la adscripción accesoria de tales frutos, rentas o intereses a los bienes de que proceden, constituyen un exacto beneficio enmarcado en la delimitación objetiva del 1344, y por tanto su atribución ganancial». Esto no quiere decir que la sociedad ostente el usufructo sobre los bienes gananciales, lo que no quita que pueda acudirse a su normativa para resolver cuestiones análogas que resulten dudosas en sede de gananciales.

Pese al carácter ganancial de los frutos, el cónyuge titular de los bienes tiene la libre disposición de aquéllos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1381 CC.

– A la vista del precepto se ha defendido que los frutos sólo son gananciales una vez liquidados, ya porque sólo cabe calificar como ganancial la ganancia efectiva, ya porque, en puridad, mientras no se depuran las deudas y gastos no hay frutos y ganancias propiamente dichos. Por esta razón, la jurisprudencia no autorizaba al marido a ocupar por sí los producidos por los bienes de la mujer y obligaba a ésta a entregárselos [**SSTS de 30 de septiembre de 1958** (R. 3402) y **11 de marzo de 1965** (R. 1847)].

No obstante, considera la **SAP de Cáceres de 7 de noviembre de 2005** (JUR 2006\1344) que la naturaleza de los rendimientos del Fondo de Inversión no puede depender del momento en que se proceda a su reembolso: «es decir, si el Fondo se hubiera reembolsado vigente la sociedad de gananciales, no existiría duda alguna de que los rendimientos producidos durante la vigencia del régimen económico-matrimonial tendrían la condición de bienes gananciales conforme al número 2 del artículo 1347 del Código Civil, por cuanto que se incardinarían, incuestionablemente, como frutos, rentas o intereses producidos por un bien privativo, de modo que ese carácter no puede modificarse por el hecho de que el reembolso hubiera tenido lugar una vez declarada la disolución del régimen económico-matrimonial, sobre todo porque sus rendimientos, con el máximo rigor, no son bienes adquiridos "a costa o en sustitución" de un bien privativo, lo que impide la aplicación del número 3 del artículo 1346 del Código Civil. A este efecto, no puede desconocerse que el hecho de que la entidad bancaria garantice una cierta rentabilidad si el fondo se mantiene hasta una determinada fecha no empece para que el reembolso pueda producirse en cualquier otro momento anterior, circunstancia que, si tiene lugar, el único efecto que irradia es que la rentabilidad del Fondo es menor, lo que significa que los rendimientos se producen durante todo el período de tiempo en el que se mantiene la inversión, de manera que el rendimiento que hubiera producido el Fondo durante la vigencia del régimen económico-matrimonial debe considerarse ganancial conforme al número 2 del artículo 1347 del Código Civil».

– Se analizan en la **STS de 10 de noviembre de 1988** (R. 8429) los criterios para determinar el importe de los frutos, rentas de diversos pisos, y las deducciones que son necesarias tener en cuenta para poder determinar el valor real de los frutos, llegando a la conclusión de que «cualquier percepción que tenga su origen en frutos o ganancias, conlleva la previa deducción de los gastos realizados para su obtención».

– No cabe duda de que son gananciales los beneficios obtenidos, durante el matrimonio, derivados de la participación que un cónyuge tiene por su cualidad de **socio cooperativista;** sin embargo, no

cabe entender que el total de las cantidades acumuladas tenga carácter ganancial, pues únicamente son gananciales las cantidades devengadas constante el matrimonio, excluyéndose, por tanto, la aportación inicial y los beneficios generados hasta la fecha del matrimonio y los posteriores a la disolución de la sociedad (**SAP de Bilbao de 23 de octubre de 1989**). Es más, categóricamente, debe afirmarse que no tendrán el carácter ganancial los frutos generados una vez disuelta la sociedad de gananciales (**SAP de Sevilla de 31 de octubre de 2003** (JUR 2003\272266)].

Igualmente son gananciales los beneficios obtenidos por sociedad mercantil cuyas participaciones corresponden a uno solo de los cónyuges [**SAP de Jaén de 28 de abril de 2006** (JUR 2006\230837)].

Obviamente, señalan las **SSTS de 21 de marzo de 2001** (R. 6636) y **20 de noviembre de 2000** (R. 9346), deben ser considerados como bienes gananciales los rendimientos de todo tipo que por el trabajo u ocupación, como por prestaciones o bienes de la persona, se obtengan durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y lógicamente se comprenden los incrementos económicos que se producen en los resultados patrimoniales como consecuencia del prestigio, valía y dedicación a la actividad profesional.

– Plantea la **STS de 23 de diciembre de 1992** (R. 10689) el peculiar supuesto en el que se discute el carácter ganancial de una plantación de eucaliptos realizada durante la vigencia del primer matrimonio, así como el de las sucesivas rentas y producciones derivadas de la plantación tras la liquidación de la sociedad de gananciales.

En relación con la primera cuestión, destaca el TS que han quedado fuera del patrimonio ganancial de la recurrente y de su *ex* esposo las plantaciones realizadas, por pertenecer al régimen de gananciales del citado señor y su primera esposa, además de por haberse operado la transmisión de dichos aprovechamientos como consecuencia de ello, a la única heredera de la referida señora y de su ex marido, su hija, a cuyo nombre se encuentran.

Sigue, sin embargo, subsistiendo el problema relativo al derecho de la actora-recurrente sobre las sucesivas cortas que reclamaba en su demanda, bien que limitado ahora, a las que puedan realizarse sobre los eucaliptos plantados en la única parcela integrada en el régimen ganancial en liquidación de ella y su ex esposo, que ha quedado debidamente determinada. A tales efectos, destaca el TS, no debe olvidarse, que los árboles plantados en ésta pertenecen a la clase o categoría de los eucaliptos, los cuales, aún cortados se renuevan con vástagos que brotan de sus cepas; resulta por ello en extremo dificultoso determinar si las referidas plantaciones pueden ser incluidas entre las de árboles maderables, tallares o fructíferos o si constituyen una mezcla de todas ellas, dado que además de producir una renta como consecuencia de las cortas dispuestas sistemáticamente de acuerdo con el convenio celebrado en el Ayuntamiento de S, ha de tenerse en cuenta la posibilidad que este tipo de árboles tiene de admitir después de cortados sucesivas renovaciones.

Considera el TS que para poder determinar el carácter de los frutos o rentas hay que distinguir dos momentos en la liquidación del patrimonio ganancial: el ya iniciado de su liquidación y el que surge como consecuencia de la adjudicación a uno y otro ex cónyuge de la mitad de éste una vez concluidas todas las operaciones liquidatorias. Por lo que al primero de dichos momentos se refiere, que es en el que se encuentra actualmente la cuestión, resulta evidente: a) que nos encontramos ante una sociedad de gananciales en liquidación; b) que como consecuencia de ello, aun cuando dicha sociedad haya dejado de existir a título de estricto patrimonio dinámico, esto es, productor de beneficios, cargas o gravámenes que sus bienes originaban, unos y otros seguirán beneficiándole

o gravándolo mientras subsista la fase liquidatoria, bien que ya no con sujeción a las normas que lo regulaban cuando era patrimonio ganancial propiamente dicho; c) consiguientemente, si durante esta fase liquidatoria la citada plantación produjere rentas o frutos, éstos habrán de integrarse en el haber a liquidar.

Otra cosa es la solución respecto de esos productos una vez concluida la liquidación del patrimonio ganancial, a lo que también parece aludir el recurso cuando nos habla de gananciales futuros, ya que en dicho supuesto lo primero a tener en cuenta sería, lógicamente, que dicha plantación pudiese ser adjudicada a uno solo de los ex cónyuges ya que en tal caso con ello quedaba resuelta la cuestión, mas si esto no fuera posible por su cuantía en relación con el total del haber ganancial y dada la imposibilidad de su venta en pública subasta, al tratarse de una plantación realizada a virtud de una concesión del Ayuntamiento –o de la junta vecinal– de S, habría de atribuirse a los dos. En este último caso, orienta el TS sobre las soluciones a aplicar, estimando que se trata de una cuestión a resolver por los propios interesados que podrían optar, bien por una comunidad de tipo romano o por cuotas, bien por una sociedad, bien por cualquier otra forma legalmente admisible.

– No tiene el carácter de fruto las cantidades obtenidas como compensación a la renuncia de unos derechos hereditarios [**SAP de Asturias de 11 de abril de 2005** [JUR 2005\99405)].

– Se consideran gananciales los saldos de las cuentas bancarias vinculadas al negocio de carácter privativo, bien por su consideración de frutos, rentas o intereses de bienes privativos o bien han de reputarse obtenidos por el trabajo o industria del cónyuge titular [**SAP de Alicante de 19 de mayo de 2005** [JUR 2005\200348)].

II.3. Las adquisiciones a costa del caudal común. El derecho de retracto de carácter ganancial

– No cabe duda de que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, en el que se integran los bienes obtenidos por el trabajo de cualquiera de los cónyuges mientras la sociedad de gananciales exista [**STS de 11 de julio de 2006** (R. 4975) y **SAP de Las Palmas de 22 de septiembre de 2006** (AC 2006\2158)].

– Señalado en el Registro de la Propiedad el carácter ganancial de un determinado bien inmueble, que se adquiere con dicho carácter y naturaleza, sin que conste que en aquella documentación se hiciera reserva alguna sobre el carácter o procedencia del dinero, debe entenderse, entonces, que las partes otorgantes deciden voluntariamente otorgar aquella condición ganancial al inmueble, objeto de compra, que sólo podrá ceder ante prueba fehaciente de su carácter privativo [**SAP de Madrid de 11 de abril de 2006** (JUR 2006\193347)]. Es el caso presentado en la **SAP de Baleares de 10 de octubre de 2002** (JUR 2003\28920) en el que, aun constando el bien inscrito en el Registro de la Propiedad «para la sociedad de gananciales», el presunto carácter ganancial cede ante la prueba practicada, así se afirma que «el bien adquirido por el esposo lo fue con dinero proveniente de la venta de bienes privativos adquiridos antes de comenzar la sociedad, y que al otorgarse la escritura pública de compraventa se hizo constar que adquiría la vivienda para su sociedad conyugal cuando los esposos se hallaban separados de hecho, la única cuestión que se somete a la decisión de este tribunal es la de si, como entiende la sentencia apelada, es de aplicación al caso el pacto de ganancialidad que prevé el artículo 1355 del Código Civil, o si, por el contrario y como mantiene la

parte apelante, prevalece la condición de bien privativo que recoge el número 3.° del artículo 1346 al haber sido adquirido "a costa o en sustitución de bienes privativos". Pues bien, en primer lugar, la afirmación contenida en la escritura pública de compraventa que don Luis C.M. compra la finca para su sociedad conyugal y la posterior inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad a favor de los esposos no puede prevalecer frente a la realidad extrarregistral al quedar plenamente probado que la adquisición se llevó a cabo después de la separación de hecho de los esposos y con dinero propio del marido proveniente de la venta de otros bienes privativos, y a que como recuerda la reciente STS de 7 de septiembre de 2001 "es evidente que la escritura relativa a la vivienda litigiosa fue inscrita en el Registro de la Propiedad número ... de Granada 'para la sociedad de gananciales' de los litigantes, de manera que opera aquí la presunción de veracidad de los asientos del Registro establecida en el artículo 38, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria , que es una *praesumptio iuris* del tipo de las *iuris tantum* y, por consiguiente, susceptible de ser desvirtuada mediante la prueba de que el Registro está equivocado por discordancia con la realidad jurídica extrarregistral, y...", ya que, en definitiva, la escritura pública da fe de las manifestaciones de la parte pero no de la veracidad de las mismas, que pueden ser destruidas mediante prueba en contrario. En segundo lugar, el ámbito de aplicación del pacto de ganancialidad del artículo 1355 del Código Civil, al disponer que "podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a las bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazo en que se satisfaga...", queda limitado a permitir a los cónyuges optar por la calificación de ganancial de un bien cuando su carácter de tal no venga determinado por aplicación de las normas imperativas de los artículos 1346.3 y 1347.4, y en el caso, aparte de no existir acuerdo de los cónyuges al realizarse la adquisición sólo por el esposo separada de hecho, lo cierto es que el carácter de privativo viene legalmente determinado por lo dispuesto en los citados artículos de aplicación preferente o imperativa, "son bienes privativos ... *son bienes gananciales...* ", *los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos (artículo 1346.3°), los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno de los esposos (artículo 1347.3.°)* Por todo lo expuesto procede estimar el recurso y revocar íntegramente la sentencia de instancia *al no existir duda alguna de que el bien fue adquirido a costa de bienes privativos del esposo, y estimarse que el hecho de que las escrituras públicas se hayan otorgado durante la unión matrimonial legal, no atribuye el carácter ganancial que se predica respecto a dicho inmueble, pues además de no existir acuerdo alguno de los cónyuges de atribuir dicha condición a la referida vivienda (artículo 1355 del Código Civil), la misma sólo da fe de lo manifestado por el comprador pero no de la realidad de la calificación del bien adquirido como privativo y no ganancial* –SSTS de 24 de febrero de 2000 y 23 de febrero de 1993». Asimismo en la **SAP de Cádiz de 22 de enero de 2007** (JUR 2007\158085).

– Destacar que la indicación realizada por alguno de los cónyuges al momento de la adquisición de que ésta se realiza para la sociedad de gananciales no vincula, como acto propio, al que la realiza [**STS de 8 de marzo de 1996** (R. 1939)], pero, puede entenderse, en tal caso, operativa la presunción de veracidad de los asientos del Registro establecida en el artículo 38, párrafo primero, de la LH [**STS de 7 de septiembre de 2001** (R. 6633)].

Tampoco es relevante el hecho de que, al momento de otorgar capitulaciones matrimoniales de separación de bienes, se haga manifestación de la inexistencia de bienes gananciales, pues si éstos existen así deben considerarse [**STS de 11 de julio de 2006** (R. 4975)].

Valga para este apartado lo señalado al comentar los párrafos tercero y cuarto del artículo 1346, así como lo indicado en relación a la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC.

II.4. Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad

– El párrafo quinto acepta como único criterio para la calificación de la empresa la procedencia de los fondos. Lo esencial es el origen del capital. Hay que señalar que sólo se hace referencia a la constitución, no a la adquisición de la empresa, en cuyo caso se deberá de estar a lo dispuesto en el párrafo tercero (subrogación real), en relación con el artículo 1354 CC [**STS de 10 de noviembre de 1995** (R. 8116)].

Ahora bien, el artículo 1347.5.ª CC, se refiere únicamente a la empresa que no está organizada como persona jurídica. En esta última el patrimonio social nunca puede tener la condición ganancial, y ello, por una razón muy simple: las personas jurídicas, no se han de confundir con sus socios. La actuación de aquéllas, se cita la **STS de 31 de mayo de 1994** (R. 3768), es independiente de la de éstos. Por lo tanto, cuando el artículo 38 del Código Civil expone que «las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las Leyes y reglas de su Constitución», es evidente, claro, que no se refiere a las personas físicas de los que las forman. Así, no es correcto incluir en el activo ganancial una sociedad mercantil pues quedan limitados los derechos del consorcio matrimonial a las acciones, participaciones o aportaciones sociales [**STS de 18 de septiembre de 1999** (R. 6603)], siempre, claro está, que aquéllas gocen de la condición ganancial.

– **La empresa**: La jurisprudencia, por regla general, ha mantenido la concepción de la empresa como un «conjunto organizado de elementos susceptibles de ser transmitidos como un todo unitario». Define la **STS de 21 de diciembre de 1965** (R. 5957): «la empresa mercantil carente de regulación en nuestro derecho positivo, ha venido configurándose en la doctrina como una unidad patrimonial propia de la persona individual o colectiva que la crea y mantiene, integrada no solamente por determinados elementos singulares ... sino también por la organización que como elemento preponderante tiende a que con el conjunto de bienes materiales y dinamismo creador se desarrolle una actividad en la esfera de la producción económica, o sea, como un conjunto organizado dotado de vida propia e independiente y diferenciada de los elementos que la integran, susceptible de ser cedida, traspasada o arrendada, y en suma, como una organización viva y no como un conglomerado inerte de cosas y derechos idóneos para el tráfico jurídico». Concepto que ya se había acogido en las **SSTS de 13 de marzo de 1943** (R. 308), **13 de enero de 1944** (R. 120), **23 de marzo de 1946** (R. 275), y que nuevamente se recoge en la **STS de 7 de marzo de 1994** (R. 2197).

En contra de la línea expuesta, señala la **STS de 13 de febrero de 1992** (R. 842) que «frente a la concepción puramente organicista de la empresa, se suele distinguir en los momentos actuales la actividad del organizador, como aspecto meramente subjetivo, de imposible trasmisión, pues siempre que se reemplaza un empresario por otro en el ejercicio de su actividad económica, profesional y organizada, desaparece una empresa naciendo otra nueva, aunque ésta se valga de los mismos medios instrumentales que la anterior, que constituyen, como conjunto coordinado de bienes y servicios (aspecto objetivo), lo que se suele denominar establecimiento comercial, industria, negocio, explotación o en la concepción jurídica francesa *fonds de commerce* y en la italiana *azienda*, que es por el contrario, lo que realmente se puede transmitir; más el establecimiento, el fondo de comercio, así entendido, está formado por innumerables elementos, cual es el trabajo del personal asalariado, bienes inmuebles, bienes muebles, corporales e incorporales, fungibles o no fungibles, propiedad comercial, propiedad industrial, derechos reales o de crédito, clientela, marcas, rótulos, patentes, etc, ... de forma que sobre cada uno de ellos puede recaer una relación jurídica distinta, cual es la propiedad, el usufructo, el arrendamiento, préstamo, comodato u otros diferentes, pudiendo

transmitirse el total conjunto o sólo parcialmente, sin que en la realidad cuando se excluya algún elemento puede hablarse de que no se transmitió el establecimiento o fondo comercial».

En cualquier caso, lo que sí queda claro tras la reforma de 1981 es que, a los efectos de la sociedad de gananciales, la empresa constituye un bien en sí mismo, considerado por el derecho como una *universitas*, como un bien único, lo define la jurisprudencia, ganancial, privativo o mixto, sin distinguir entre sus diversos componentes. Así lo manifiesta la **STS de 20 de noviembre de 2000** (R. 9346): «al consistir la empresa o negocio en un bien, en una cosa nueva, distinta de cada uno de los elementos –entre ellos bienes o cosas materiales– que lo integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario». Y lo explicita la **SAP de Asturias de 14 de enero de 2002** (JUR 2002\71498), en relación a una explotación ganadera, al señalar que: «... la decisión de la Sala es una cuestión esencialmente jurídica y no otra que la de determinar si partiendo de la citada situación de hecho indiscutida, de la preexistencia de una explotación ganadera propiedad de los padres de la esposa, que el matrimonio incrementó con su trabajo y determinados elementos, debe la misma ser calificada de privativa o ganancial.

Pues bien, al respecto debe comenzar por señalarse que, como ha puesto de manifiesto la más autorizada doctrina, *en nuestro derecho en la regulación de la sociedad de gananciales efectivamente se contempla la empresa individual como un bien unitario, como un único objeto de derecho en los artículos 1347.5°, 1360, 1406.2.° del CC. Objeto unitario que, como señala entre otras la reciente Sentencia del TS de 20 de noviembre de 2000, con cita de precedentes, se entiende como un bien diferente que surge de la organización del empresario de un conjunto de bienes de diversa índole. Por ello la calificación que corresponda al citado bien (privativo o ganancial), de acuerdo con las normas especificas del CC, se refiere al conjunto y no a cada uno de los elementos que lo componen, bien que tal calificación unitaria no implica que los diferentes elementos pierdan el régimen jurídico que les corresponda. De ahí que la titularidad que recaiga sobre la empresa no hace desaparecer las titularidades de cada uno de los elementos que la integran* (cfr. Resolución de la DGRN de fecha 20 de marzo de 1986).

Ello no obstante en este caso no puede dejar de señalarse que, cuando de explotaciones agrícolas se trata surge una primera dificultad para la aplicación de este concepto unitario de empresa. Dificultad que deriva del hecho de que ordinariamente en las mismas tienen mayor valor los elementos que la integran, sobre todo las fincas que constituyen su principal base operativa, que el todo, y por ello los incrementos de la explotación durante el matrimonio, bien en fincas, nuevas instalaciones, maquinaria, etc., no suelen calificarse de aumentos de empresa a efectos de aplicar al conjunto el régimen jurídico postulado por el esposo y aplicado en la recurrida, ni el que más propiamente sería procedente, que no es otro que el previsto en el artículo 1354 o, en su caso, el de los incrementos patrimoniales de los artículos 1359 y 1360, todos del Código Civil. Antes al contrario, precisamente por ese mayor valor de sus elementos, en este tipo de explotaciones los bienes que las integran se califican aisladamente como privativos o gananciales, según sea ganancial o privativo el dinero con el que se pagaron los mismos, que es en definitiva lo que aquí han hecho los interesados con las fincas, aparejos, instalaciones fijas y maquinaria adquiridos constante matrimonio, siendo ésa la razón que explica la ausencia de declaración separada de la explotación ganadera por la esposa en el impuesto de sucesiones de su padre.

En todo caso, aun cuando pudiera ser calificada la explotación ganadera litigiosa como un empresa agrícola, esto es, como un bien unitario con un valor económico distinto e independiente de los elementos que la integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario, el criterio de calificación de la misma como privativa o ganancial lo da el número 5 del artículo 1347 del Código Civil, atendiendo a que «su fundación» se hubiere llevado a cabo «durante la vigencia de la sociedad

por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes», lo que impediría en este caso su calificación como ganancial y ello porque con la referencia expresa que tal precepto hace a la «fundación», es evidente que su ámbito de aplicación se circunscribe a aquellas empresas individuales creadas *ex novo* vigente la sociedad de gananciales por cualquiera de los cónyuges y además a expensas de los bienes comunes, requisitos ambos que aquí no concurren, desde el momento en que es un hecho indiscutido el que la fundación de la casería fue previa a la celebración del matrimonio al venir ya explotándola los padres de la esposa.

Tercero.– Cuestión distinta es el tratamiento que haya de darse a los incrementos derivados del trabajo de uno o de ambos cónyuges en la misma y a las inversiones que en ella se hicieron con fondos del consorcio durante la vigencia del matrimonio y de la sociedad de gananciales. Cuestión que viene regulada en los artículos 1359.2 y 1360 del CC, otorgando a tales incrementos idéntica naturaleza jurídica que al bien principal, en este caso privativa, pero reconociendo a la sociedad el derecho al reintegro por el valor del incremento que con ellos hubiera tenido la empresa o explotación, cuestión sobre la que nada se plantea en este caso sin duda porque todos los bienes aportados por el matrimonio a la casería han sido introducidos en el inventario del consorcio con su valor actual».

– No ubica bajo el concepto de empresa, o establecimiento ganancial con vida propia, la **SAP de Vizcaya de 6 de julio de 2005** (JUR 2005\240118) al negocio de representaciones artísticas ya que no se contaba con elementos patrimoniales de mínima relevancia, siendo por el contrario decisiva la dedicación personal de quien la desarrollaba, y no constando además que ningún bien común, en los términos que exige el artículo 1347.5.º del CC se invirtiera en la fundación del negocio. Por su parte, la **STS de 28 de mayo de 1992** (R. 4392) considera gananciales los tres establecimientos dedicados a un negocio de venta al por menor de electrodomésticos, que instalados en distintas lonjas forman una unidad económica a los efectos del artículo 1406 CC [en el mismo sentido, **SSTS de 13 de diciembre de 1982** (R. 9033), **5 de abril de 1989** (R. 2993), **13 de febrero de 1992** (R. 841) y **18 de junio de 1993** (R. 4685)]. Lo que no significa, como manifiesta la **RDGRN de 20 de marzo de 1986** (R. 1562), que los diferentes elementos que la integran constituyan un solo objeto de derecho, sino que cada uno de ellos, en principio, puede seguir sujeto al régimen jurídico que le corresponda, aunque su calificación como bien privativo o ganancial sea unitaria. La **STS de 10 de junio de 1993** (R. 5403) integra la empresa en un conjunto económico al que le asiste la cualidad de bien ganancial, por lo que le concede tal naturaleza, y, en consecuencia, le aplica la regulación propia de la sociedad de gananciales.

– La empresa es ganancial, o presuntivamente ganancial, cuando cualquiera de los cónyuges la funde constante la sociedad de gananciales con fondos no privativos, aunque uno solo de ellos sea el comerciante [**SSTS de 13 de diciembre de 1982** (R. 9033), **10 de octubre de 1988** (R. 7399), **5 de abril de 1989** (R. 2993), **13 de febrero de 1992** (R. 841), **10** (R. 5403) y **18 de junio de 1993** (R. 4685) y **21 de mayo de 1994** (R. 3728)].

– La **STS de 29 de mayo de 1991** (R. 3943) considera privativa la empresa constituida cuando el comerciante era soltero, pero que destruida en la guerra civil se rehizo vigente la sociedad de gananciales, de modo que sigue siendo privativa, aunque surja un crédito a favor de la sociedad de gananciales si se han realizado *expensas útiles* de carácter ganancial.

– **El establecimiento**: Surge la duda sobre si el término *establecimiento* señalado en el párrafo quinto del artículo 1347 hace referencia a la sede física de la empresa o, en sentido diverso, debe entenderse como conjunto organizado de bienes. Esta segunda opción parece acoger la **RDGRN**

de 23 de octubre de 1959 (R. 3516), relativo al antiguo artículo 1413 CC, al señalar que el concepto de establecimiento mercantil puede entenderse en un sentido primario y vulgar, «como base física de la empresa, acepción que, por incompleta no debe admitirse, o como un conjunto de elementos organizados que integran una unidad patrimonial caracterizada por el fin industrial o mercantil perseguido con vida propia y aun independiente de sus distintos componentes». Igualmente, la **STS de 12 de julio de 1983** (R. 4217).

– El artículo 1347.5.º va referido, únicamente, a la empresa individual, no a aquellas que están organizadas con forma societaria en las que el patrimonio social, consecuencia de la personalidad jurídica de la sociedad, no puede ser ganancial, quedando limitados los derechos del consorcio conyugal a las acciones, participaciones o aportaciones sociales.

– **La titularidad administrativa o fiscal**: El TS ha señalado en varias ocasiones que la titularidad administrativa o fiscal no modifica la titularidad civil. Así, la **STS de 13 de diciembre de 1982** (R. 9033) declara que el carácter consorcial de un negocio no se ve modificado por el alta fiscal; o la **STS de 5 de abril de 1989** (R. 2993) al señalar que los aspectos fiscales y tributarios no pueden afectar a los derechos civiles. Igualmente, la **STS de 14 de abril de 1993** (R. 3550) manifiesta que «la posesión de la licencia fiscal (...) no es más que un requisito sin ninguna incidencia sobre la titularidad civil». Inciden en la distinción entre titularidad civil y administrativa las **SSTS de 27 de marzo de 2000** (R. 2487) y **14 de mayo de 2003** (R. 4748).

– **Oficina de farmacia**: Surgen problemas cuando un solo cónyuge está habilitado, profesional o administrativamente, para el ejercicio empresarial. Es el caso de la oficina de farmacia. La **STS de 26 de febrero de 1979** (R. 525), tras afirmar que la farmacia es una empresa, considera que, como tal, si se funda a expensas de bienes comunes, es de carácter ganancial. En efecto, el carácter de las oficinas de farmacia ha sido expuesto por la jurisprudencia contencioso-administrativa [**SSTS de 22 de noviembre de 1991** (R. 8841) y **4 de abril de 1987** (R. 4220)] señalando que, el farmacéutico, además de ser un profesional que ejerce su actividad en un local determinado, ha creado en éste un acervo patrimonial, constituido por elementos materiales necesarios para desarrollar su actividad, como la clientela y las expectativas: en definitiva, ha establecido una empresa. Constituye algo más que un establecimiento sanitario, **es una empresa mercantil** constituida por un conjunto de elementos materiales entre los que cabe destacar el local o base física de ésta, técnicos, para el adecuado ejercicio de dicha profesión, y humanos cuales son el farmacéutico y la clientela; y como tal empresa tiene un tratamiento unitario [en su consideración de negocio las **SSAP de Murcia de 23 de mayo de 2006** (JUR 2006\195555) y **Valencia 5 de mayo de 2006** (JUR 2006\280139)]. Incide en esta idea la **STS de 14 de mayo de 2003** (R. 4748): «Es necesario determinar en primer lugar la naturaleza del determinado negocio de farmacia, y en este sentido hay que distinguir dos facetas. La primera, viene determinada en el Real Decreto 909\1978, de 14 de abril (RCL 1978, 980), cuando en él se dice que la oficina de farmacia tiene unos elementos no patrimoniales respecto a los cuales el traspaso y autorización administrativa, están regulados por dicho Decreto que desarrolla la Base decimosexta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional (RCL 1944, 1611). Pues bien, en dicho Real Decreto, se establece con carácter taxativo que "sólo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia". Al igual que la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 (RCL 1986, 1316), que en su artículo 103, define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios y prescribe en su párrafo cuarto que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público. Todo ello aparece concretado en la Sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1987, que dice que el Real Decreto 909\1978 es "una norma puramente administrativa sin posible incidencia

en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia". La segunda faceta, está constituida por la denominada base económica de la farmacia, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físicos-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia. Pues bien, esta segunda faceta es la que perfectamente puede ser considerada con posibilidad de constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos para ser enclavados en alguno de los tipos especificados en el artículo 1347 del Código Civil (LEG 1889, 27). Centrando ya la cuestión, hay que decir, en contra de la tesis de la sentencia recurrida, que la farmacia controvertida, en principio, puede ser estimada como bien ganancial, ya que constituye una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que regía el aspecto patrimonial del matrimonio, cuyos elementos personales son ahora las partes procesales. Y en el presente caso, no sólo se puede estimar tal farmacia como bien ganancial, sino que así debe ser considerado, ya que aparte de ser un dato incontrovertido la naturaleza de bien adquirido en constante matrimonio, el aspecto o faceta de base económica del negocio de dicha farmacia debe ser catalogado y enclavado como bien ganancial».

Por ello, las farmacias se constituyen como locales de comercio en los que se ejercita una actividad puramente mercantil, como así lo tiene declarado la jurisprudencia [**SSTS de 26 de febrero de 1979** (R. 525), **25 de marzo de 1964** (R. 1715) y **31 de enero de 1962** (R. 608)], al afirmar que en ellas se realiza, con establecimiento abierto, una actividad comercial, consistente en la preparación y venta de productos medicinales con el lógico deseo de obtener una ganancia, así como el adquirir en los centros productores toda clase de específicos y géneros farmacológicos para igualmente conseguir un lucro con su reventa, función esta propia del CCom en cuanto va incluida en el concepto de actos mercantiles que define su artículo 325, sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de esta actividad negocial a las personas que se hallen en posesión del correspondiente título haga perder la condición de mercantil a la función que éstas ejercen. Por tanto, como manifiesta la **STS de 26 de febrero de 1979** (R. 525), la cuestión a resolver no lo constituye la intangibilidad e intransmisibilidad de un título universitario ni las atribuciones o facultades inherentes a éste, ni los que de cara a la Administración se deban cumplir, sino la naturaleza, en el orden civil, del fondo negocial que constituye la base económica y si éste tiene o no condición ganancial o privativa [**SSAP de Las Palmas de 6 de abril de 1993** (AC 1993\1809) y **5 de octubre de 2005** (JUR 2005\274214)].

Por el contrario, la **SAP de Alicante de 11 de febrero de 2002** (JUR 2002\100935) niega el carácter ganancial de la oficina de farmacia argumentando en los siguientes términos: «Un primer problema que nos asalta es el de determinar si la "Oficina de farmacia" creada o adquirida durante un matrimonio en régimen económico de sociedad de gananciales y a costa del caudal común es idónea de ser calificada como un bien ganancial, o si por el contrario, ésta debe ser considerada como un bien privativo de naturaleza patrimonial inherente a su persona. Con ello no hacemos más que situar el marco legal dentro de los números 5 de ambos artículos citados. Si se trata de un bien privativo porque la "farmacia" es un bien inherente a la persona (artículo 1346.5), o si se trata de un bien ganancial porque es una empresa fundada vigente la sociedad a expensas de bienes comunes (artículo 1347.5).

La Sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1997 se pronunciaba en un supuesto semejante de la siguiente manera:

> «El farmacéutico ejerce una profesión liberal que tiene como misión la elaboración de fórmulas magistrales, la expedición de medicamentos y la venta de productos en general re-

lacionados con la salud. Las oficinas de farmacia, desde que entró en vigor la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 (RCL 1986, 1316) tienen la consideración de establecimientos sanitarios, cuyo objeto lo constituye la custodia, conservación y dispensación de medicamentos, como expresamente declara el artículo 103 de la citada Ley, la cual reserva para los farmacéuticos la facultad de regentar las oficinas de farmacia ya que conforme al artículo citado en su número 4 sólo estos profesionales podrán ser propietarios y titulares de farmacias abiertas al público. *Las farmacias no pueden considerarse como un establecimiento comercial o industrial en el que se realiza una actividad mercantil, que tienen un ánimo de lucro y que se rigen por el Código de Comercio.* La farmacia no es un negocio mercantil pues ni los productos farmacéuticos son mercaderías, ni existe libertad de comercio, ni libertad de circulación, ni de dispensación de los mismos, pues conforme a los artículos 95 y siguientes de la Ley de Sanidad los medicamentos y demás productos y artículos sanitarios le corresponde a la Administración Sanitaria del Estado autorizar su circulación, su uso, y controlar su calidad. Sin este control administrativo no pueden circular, ni prescribirse por los facultativos médicos, ni, por supuesto, dispensarse por los farmacéuticos, y de hacerlo los mismos incurrirían en las responsabilidades administrativas y penales a que hubieren lugar, como expresamente dispone la Ley de Sanidad. Por consiguiente, las oficinas de farmacia no pueden considerarse como un establecimiento comercial o industrial, como tampoco lo puede ser una notaría, el despacho de un Corredor de Comercio, la clínica de un médico, o el bufete de un Abogado, pues en todos ellos el profesional ejerce una actividad personalísima unida a una función de evidente interés público, por afectar a la salud de las personas y estar sometidos a un riguroso control administrativo para su instalación y funcionamiento, como se desprende de los artículos 29 y 30 de la Ley de Sanidad, rigor que se manifiesta hasta el punto que cuando la defensa de la salud de la población lo requiera, las Administraciones Sanitarias competentes podrán establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios.»

A ello debemos añadir, para negarle carácter ganancial, que entre los elementos que configuran la Oficina de Farmacia está el título del farmacéutico, que como privativo e intransferible le habilita para el ejercicio profesional, la autorización administrativa, que le permite su ejercicio en un lugar determinado, y la clientela, que sólo aparece y se desarrolla merced a las aptitudes y cualidades personales y profesionales del farmacéutico y a la confianza que el público deposita en él. *Todos estos elementos pertenecen al titular de la oficina de farmacia como derechos inherentes a su persona, y por lo tanto la Farmacia, como tal, no sería nunca un bien de carácter ganancial. Sólo tendrían dicha cualidad los restantes elementos componentes de la misma que siendo de naturaleza patrimonial no son inherentes a la persona de su titular, como el local, las existencias, etc.*

La sentencia de la Sala antes mencionada concluye que, por consiguiente, *las oficinas de farmacia no pueden considerarse como una empresa o un establecimiento a los que el artículo 1347.5 les atribuye la condición de bienes gananciales, y sí tendrían este carácter el local donde se ejerce la profesión, los medicamentos, los artículos sanitarios, el utillaje de la farmacia, si no se encuentran estos bienes entre los privativos de uno de los cónyuges.*

Aun a pesar de todo ello, podemos estar conformes en que la función que se ejerce en la Oficina de Farmacia es un acto mercantil definido en el artículo 325 del Código de Comercio, sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de esa actividad a las personas que se hallan en posesión del correspondiente título haga perder el carácter mercantil a la función que las mismas ejercen».

No plantea problemas el supuesto presentado en la **STS de 24 de septiembre de 1998** (R. 7067), donde quedó demostrada la existencia de una sociedad irregular antes del matrimonio, para su

explotación, que habría de regirse, a tenor del artículo 1669 CC, por las reglas de la comunidad de bienes, siendo iguales las partes de cada uno por aplicación del párrafo segundo del artículo 393 CC.

– **Derechos de concesión y explotación de parada de taxi**: Cabe confirmar que la jurisprudencia de forma prácticamente unánime sostiene el carácter ganancial de las licencias de taxi, en cuanto se hayan adquirido a título oneroso y a costa del caudal común (artículo 1347 CC).

Se planteó por vez primera la cuestión en la **SAP de Cantabria de 6 de noviembre de 1995** (AC 1996\112), donde se discute su carácter ganancial, llegándose a la conclusión de que ha de partirse de la presunción general de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio (artículo 1361), lo que implica un desplazamiento de la carga de la prueba, quedando obligado quien mantenga su carácter privativo a acreditar tal circunstancia. Al margen de tal presunción, tales bienes y derechos entran dentro del ámbito objetivo del artículo 1347.5.º CC, que atribuye el carácter de gananciales a las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Teniendo la acepción de empresa la consideración de todo conjunto organizado de bienes al servicio de una actividad económica con vida propia y susceptible de ser explotada inmediatamente, dicha circunstancia debe ser apreciada en la explotación del negocio del taxi [**STS de 26 de febrero de 1979** (R. 525)]. En el mismo sentido, las **SSAP de Murcia de 22 de mayo de 2006** (JUR 2006\195624), **Madrid de 1 de marzo de 2006** (JUR 2006\175723), **Santa Cruz de Tenerife de 23 de enero de 2006** (JUR 2006\580), y **Barcelona de 8 de mayo de 2007** (JUR 2007/269822). Igualmente en la **SAP de Murcia de 30 de noviembre de 2004** (JUR 2004\74347) en la que, atribuyendo carácter ganancial, se viene a puntualizar que «... ha de distinguirse entre la titularidad administrativa, correspondiente al esposo a cuyo nombre está expedida la licencia, y la titularidad civil, que puede presentar carácter ganancial de conformidad con lo establecido en el artículo 1347.3.º del Código Civil al tratarse de bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, aunque la adquisición se hubiera hecho para uno solo de los esposos como dicha norma establece, como lo son también por aplicación del apartado 5.º del artículo 1347 las empresas fundadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales; todo ello sin perjuicio de que en fase de liquidación pueda determinarse la preferencia del hoy recurrente para que se incluyan en su haber tales elementos patrimoniales como integrantes de la explotación comercial que hubiera llevado a cabo con su trabajo como se desprende de lo dispuesto por el artículo 1406.2.º del mismo Código».

La licencia no supone el otorgamiento de un derecho personal o personalísimo, sino un simple requisito administrativo para poder explotar el negocio del taxi, siendo irrelevante que la actividad la haya ejercitado tan sólo el recurrente. Así, la **STS de 4 de abril de 2007** (R. 1755): «Resulta difícil, y en ocasiones imposible, separar la licencia administrativa del negocio de explotación, del que constituye presupuesto o requisito necesario, y con tal carácter, parece claro que debe configurarse necesariamente como elemento accesorio e imprescindible de la actividad negocial, como puede ser el propio taxi o la clientela. La doctrina contenida en la Sentencia de 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9494), y en las por ella citadas, a su vez recogida en la de 27 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2487), establece que es preciso determinar, en primer lugar, la naturaleza del negocio de explotación, y que en tal sentido deben distinguirse dos facetas. La primera, con arreglo a tal doctrina, vendría determinada en la normativa que establece los requisitos administrativos para el ejercicio de la actividad, que, en este caso, estaría constituida por el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, aprobado por Real Decreto 763\1979 (RCL 1979, 1049), que en su artículo 12 especifica quiénes podrán solicitar licencia de autotaxi, fijando la doctrina de esta Sala al respecto de esta cuestión administrativa, que es perfectamente aplicable

al caso de autos, que "la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por las exigencias de la Administración que no excluye la civil, en este caso plural, a favor de los litigantes", es decir, como también en relación a una farmacia ha señalado la Sentencia de fecha 17 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7293), en referencia a la normativa administrativa que establece los requisitos para ser titular administrativo, "es una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia". La segunda faceta, según la doctrina expuesta se halla "constituida por la denominada base económica del negocio, que comprendería los medios en los que se basa físicamente, clientela, derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de explotación", y esta segunda (la base económica del negocio) es la que perfectamente puede ser constituida como bien ganancial, siempre que concurran los requisitos para la subsunción en alguno de los supuestos especificados en el artículo 1347 del Código Civil. En atención a lo expuesto, configurándose la licencia en el primer sentido expuesto como una "titularidad formal o simplemente administrativa", y estando además acreditada su posibilidad de transmisión, con arreglo al artículo 14 del referido Reglamento Nacional de Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en automóviles ligeros, aprobado por Real Decreto 763\1979, de 16 de marzo, y su contenido económico expuesto, *no sólo cabe negar el carácter personalísimo de los derechos anudados a ella sino que debe considerarse la licencia como un bien ganancial en cuanto base económico-necesaria de la explotación del negocio, como así lo ha considerado la sentencia impugnada, en razón al dato objetivo incontrovertido de que se ha tratado de un bien adquirido en constante matrimonio y con fondos gananciales*. Por último, debe significarse que en la sentencia de separación ni se liquida ni se adjudican los bienes que integran el patrimonio ganancial, careciendo de sentido pretender atribuir carácter privativo a la licencia litigiosa en base al otorgamiento a la esposa de una pensión compensatoria, pues la misma se fundamenta no sólo en el caudal y los medios económicos de cada cónyuge sino en otras circunstancias que el artículo 97 del Código Civil enumera, y entre las que se encuentra la edad, el estado de salud, cualificación profesional, dedicación a la familia, duración del matrimonio, entre otros; e igualmente debe entenderse que la fijación de una pensión alimenticia a favor de los hijos de matrimonio no responde sino a la necesidad de garantizar la efectiva satisfacción de sus necesidades por parte del progenitor que, además de salir del domicilio familiar, va a continuar en la explotación del negocio, pero sin que ello presuponga pronunciamiento alguno sobre el carácter privativo o ganancial de la licencia y explotación referidas, como se ha expuesto». En esta misma línea, la **SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de noviembre de 2007** (JUR 2008/65941).

– La fundación de la empresa constituye una cuestión de hecho que deberá apreciarse en cada caso concreto. Se entenderá creada la empresa cuando ya haya un conjunto organizado de bienes en funcionamiento [**SSTS de 26 de diciembre de 1986** (R. 7798), **7 de febrero de 1989** (R. 753) y **19 de noviembre de 1990** (R. 35)], o incluso, aunque no se encuentre en funcionamiento ni tenga clientela [**SSTS de 10 enero** (R. 170) y **4 de marzo de 1985** (R. 1103)]. No se entenderá fundada la empresa cuando tan sólo exista un local con algunos elementos inconexos y desorganizados [**SSTS de 19 de febrero de 1987** (R. 718) y **17 de noviembre de 1988** (R. 8604)].

II.5. Participaciones sociales

– La jurisprudencia se ha ocupado del problema que plantea la ganancialidad de las participaciones sociales. La cuestión no es otra que determinar el carácter privativo o ganancial de esas participaciones,

adquiridas o suscritas en lugar de bienes gananciales pero vinculadas a la persona de uno solo de los cónyuges.

En alguna ocasión se ha admitido la ganancialidad de los bienes y derechos que aparecen a nombre exclusivo de uno de los cónyuges, estimando que ambos cónyuges son realmente cotitulares de éstos. Así se mantiene en la **STS de 29 de diciembre de 1987** (R. 9656), donde la esposa tercerista, para evitar la traba sobre concretos bienes gananciales por deudas del marido, alegaba la privatividad de la deuda, por serlo también la condición de socio accionista de la entidad mercantil a la que pertenecía el marido, y en cuyo favor se había producido el afianzamiento. El TS, argumentando sobre la presunción de ganancialidad y el principio de subrogación real, considera gananciales las acciones: «... es evidente que al no señalarse expresamente en la escritura fundacional de la Sociedad, la procedencia del numerario desembolsado por el señor V. en el momento de su constitución, estando casado con la tercerista, es patente su condición de ganancial que no cabe desmentir sin prueba que lo corrobore terminantemente». En la misma línea, la **STS de 18 de mayo de 1992** (R. 4906), ante la determinación del carácter, ganancial o privativo, de una vivienda y un garaje adquirido por un socio cooperativista. Destaca la **SAP de Coruña de 12 de abril de 2006** (JUR 2006\144245): «los cónyuges tenían libertad contractual para establecer lo que tuviesen por conveniente, siempre respetando el orden público legal, pero lo cierto es que aportaron un negocio ganancial para constituir la sociedad y a cambio de las acciones, por lo que debemos concluir, a falta de otros datos, que no la entidad mercantil, persona jurídicamente autónoma, sino *las acciones de ambos han de tener el mismo carácter ganancial y han de incluirse en el activo de la disuelta sociedad matrimonial, aunque figuren formalmente a nombre de cada uno de ellos*».

– Se presenta en estos temas un conflicto de intereses: sobre acciones nominativas de un cónyuge adquiridas con bienes gananciales, entre el cónyuge que no figura como socio, pero tiene derecho a la mitad de los bienes comunes, y los restantes socios, o la sociedad, que, si existen restricciones estatutarias a la libertad de enajenación de acciones, tienen derecho a impedir el ingreso de nuevos socios.

Planteaba la **STS de 17 de abril de 1967** (R. 1871) el tema de una sociedad anónima en cuyos estatutos figuraba la siguiente cláusula: «ningún accionista podrá enajenar sus títulos a personas extrañas a la sociedad sin ofrecerlos previamente al Consejo de Administración (...) El precio de venta de los títulos será el que resulte como valor en el último balance practicado (...) Los mismos derechos adquirirán los accionistas respecto a los títulos adquiridos por terceras personas mediante el ejercicio de acciones judiciales o de otra índole, exceptuándose únicamente las transmisiones por herencia». Uno de los socios, casado al tiempo de la constitución, se separa judicialmente de su esposa con posterioridad. A la esposa, en pago de sus gananciales, se le adjudican acciones de la sociedad. El resto de los socios solicitan que se declare la ineficacia frente a la sociedad de tal adquisición, dando lugar al derecho de rescate que sobre tales acciones les reconocen los estatutos.

El TS, partiendo del indiscutido carácter ganancial de las acciones, considera que la tesis técnicamente adecuada es la que entiende que en el caso debatido no se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho de retracto, aun admitiendo su licitud, pues en la partición de la sociedad de gananciales no se enajena ni se vende nada en favor de los cónyuges, sino que éstos reciben lo que ya era de ambos, si bien ahora se especifican los bienes que pasan a la propiedad individual de cada uno. Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones servirán, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trata respecto de futuros adquirentes, pero no son suficientes para, so pretexto de unas alegadas cualidades personales, transformar la esencia de

la acción e impedir la atribución a un cónyuge de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del otro.

El mismo criterio se reitera en la **STS de 4 de julio de 1988** (R. 5555), en atención a lo cual se rechazó la aplicación de un derecho de retracto previsto en los estatutos sociales para la enajenación de acciones a extraños: «... este Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de 17 de abril de 1967 (RJ 1967\1871), dictada en un supuesto en el que los Estatutos de una sociedad restringían la libre transmisibilidad de las acciones, prohibiendo su enajenación a extraños sin ofrecerlas previamente al Consejo de Administración, incluso en el caso de adquisición por terceros mediante el ejercicio de acciones judiciales o de otra índole, «(...) que la cláusula referida no puede estar en condiciones de impedir la atribución a la esposa de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del marido, porque éste no ostentaba respecto de las mismas otro carácter que el de Administrador de la sociedad legal de gananciales a que aquéllas pertenecían y en cuyo patrimonio tenían ambos cónyuges una cotitularidad indiscriminada, lo que hace que, cuando se verifica la adjudicación separada como consecuencia de la liquidación de lo que era ganancial, no se enajena ni se vende nada en favor de la esposa, que tampoco lo adquiere como resultado del ejercicio de una acción judicial, que son los supuestos contemplados en los Estatutos, sino que recibe lo que era suyo y no sólo del marido como se pretende en el recurso, adquiriendo la titularidad individual y concreta sin previo acto dispositivo, sino meramente declarativo sobre dichas acciones en cuanto bienes muebles (...) de que no puede ser privada con abono de su importe, so pretexto de unas alegadas cualidades o condiciones personales, *intuitu personae*, derivadas de la restricción pactada, que servirá, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trata respecto de futuros adquirentes, pero que no es bastante para transformar la esencia de la acción a los efectos aquí contemplados"; quiere decirse con lo expuesto que admitido el carácter ganancial de las acciones, cosa no negada por la Audiencia ni por la sociedad recurrente, no hay enajenación ni transmisión, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real, frente a la que no puede primar la meramente formal que alega la sentencia de instancia; doña Belén no es extraña ni ajena a "Joyerías Pedro Álvarez, SA" y, consiguientemente, no se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del retracto previsto en los Estatutos, que en doctrina pacífica han de interpretarse de modo restrictivo en cuanto imponen limitaciones o trabas a la libre transmisibilidad de acciones, aun admitiendo su licitud, conforme al artículo 1255 CC, siempre que no se traspasen los límites señalados por el propio precepto –Sentencia citada, la de 24 de noviembre de 1978 (R. 4171) que alega el recurrente y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de marzo de 1974 (R. 3060)–. Y téngase en cuenta que la presunción de gananciales de los bienes existentes en el matrimonio, contenida en el artículo 1401 CC, en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981 (RCL 1981\1151 y ApNDL 1975-85, 2354), sigue vigente después de ella, cual expresa el artículo 1361, aunque esto no incida en el caso contemplado, al no discutirse tal carácter. Diferente sería el supuesto contemplado en el artículo 1352, cuando se trate de nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas, que conservarán tal carácter privativo aunque para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes, ya que entonces la sociedad de gananciales sólo justificará un derecho de crédito por el valor de lo desembolsado y si se produjere transmisión entre los cónyuges sí que habría lugar al ejercicio del derecho de retracto».

Sin embargo, la **STS de 5 de marzo de 1984** (R. 1199) apunta un criterio diferente corroborando lo ya señalado en la **STS de 18 de enero de 1962** (R. 448), consistente en distinguir entre la condición de socio, por un lado, y el contenido económico de la participación, por otro. Niega el TS la condición de socio del cónyuge, a la que se le asignaron determinadas participaciones sociales de su consorte al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, pero, por otro lado, se le atribuyen los derechos económicos. ¿Quién ostenta en tal caso, habrá que preguntarse, la condición de socio? Esta

distinción ya se planteó en la **STS de 27 de enero de 1984** (R. 455), en relación con la condición de socio cooperativista de un cónyuge; o en la **STS de 10 de junio de 1985** (R. 3100), en la que el TS admitiendo y dando por supuesto el carácter ganancial de las aportaciones, estimó que la condición de socio sólo había sido adquirida por quienes fueron parte en el contrato de sociedad como tales, sin que ello supusiese atribuir tal carácter a los respectivos cónyuges; en los mismos términos también la **RDGRN de 25 de mayo de 1987** (R. 3929) en un supuesto de sociedad de responsabilidad limitada, afirmándose que: «el artículo 1347 CC, al expresar los bienes que son gananciales, no hace excepción con los bienes que comportan una especial relación obligatoria con determinado sujeto, pues la participación social puede, pues, ser ganancial (...); en tanto bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la de cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del artículo 1384 CC, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuyo nombre figuren, en el caso concreto, el que aparezca frente a la sociedad ostentando la condición de socio, así como la del artículo 1385.1.º, que posibilita al cónyuge-socio llevar a efecto los derechos derivados de esta condición frente a los otros sujetos de la relación, en este caso la sociedad y los demás socios». A pesar de admitir la cualidad personal del socio, la DGRN exige el consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición de tales bienes, debido a su carácter ganancial.

– Se aplica el supuesto a la determinación de la naturaleza ganancial o privativa de las acciones o participaciones sociales suscritas por los cónyuges a través de una aportación inicial a la sociedad, es decir, las que no resultan de una ampliación del capital social. Así, la **STS de 10 de febrero de 2003** (R. 1158), que declara probado que el numerario y bienes aportados a la constitución de la sociedad eran propiedad de la esposa, y ello a pesar de que el dinero procediera de una cuenta común, ya que esta circunstancia no implica por sí sola el carácter privativo o ganancial de los fondos existentes en la cuenta, por lo que deben considerarse las acciones de la sociedad anónima de la titularidad exclusiva de la esposa. En caso contrario, rige la presunción de ganancialidad, tal y como manifiesta la **STS de 12 de diciembre de 1994** (R. 9440), y la ganancialidad exclusiva cuando las participaciones son adquiridas constante matrimonio a costa o en sustitución de bienes comunes [**STS de 31 de diciembre de 1998** (R. 9987)]. Así, destaca la **RDGRN de 25 de mayo de 1987** (R. 3929): «El artículo 1347 del Código Civil, al expresar los bienes que son gananciales, no hace excepción con los bienes que comportan una especial relación obligatoria con determinado sujeto. La participación social puede, pues, ser ganancial (sin menoscabo, claro es, de la posición del sujeto pasivo), y, por tanto elemento integrante del ámbito autónomo de poder y responsabilidad que constituye el patrimonio ganancial».

II.6. Las cabezas de ganado

Llama la atención que el CC dedique un precepto a las cabezas de ganado y no lo dedique a todo el conglomerado de nuevas situaciones que se han orginado por la sociedad moderna (planes de pensiones, relaciones laborales, seguros, ...). En cualquier caso señala el artículo 1350 CC: «Se reputarán gananciales las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan del número aportado por cada uno de los cónyuges con carácter privativo».

Confirma el precepto la **SAP de Segovia de 17 de julio de 2002** (JUR 2002\) al afirmar que «Tendrán carácter ganancial el aumento del número de reses privativas durante el matrimonio». Lo aplica la **SAP de Sevilla de 26 de abril de 2005** (JUR 2005\137944): «Cuestión distinta que exige un análisis separado, es la referida al ganado que integra dicha explotación, dado que su integración en la misma, no provoca que asuma la misma naturaleza, dependerá de su procedencia. Es obvio que el que recibió inicialmente de su madre, ha de tener la consideración de privativo, al tratarse de un

acto a título gratuito, que no se discute por la Sra. Remedios. Ambas partes, igualmente admiten, que con posterioridad han aumentado las cabezas de ganado, constante el matrimonio, y éstas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1350 del Código Civil, tendrán la consideración de gananciales. La razón de ellos es evidente, se trata de la aplicación del principio general recogido en el artículo 1347 del Código Civil, de considerar ganancial los frutos, rentas e intereses que produzcan, no sólo los bienes gananciales, sino los privativos. Se trata del provecho, utilidad o beneficio de esa explotación, y es indiferente su procedencia, bien porque se adquieran, esas nuevas cabezas de ganado, con el dinero obtenido de esa explotación, o por mantener en la explotación los animales que nazcan de los existentes. Por tanto, en el inventario, como gananciales han de incluirse aquellas cabezas de ganado que se han incorporado a la explotación, desde su cesión, hasta la disolución de la sociedad de gananciales».

II.7. Las ganancias en el juego

Vienen reguladas en el artículo 1351 CC en los siguientes términos: «Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán a la sociedad de gananciales».

El precepto hace referencia a las ganancias obtenidas en cualquier clase de juego y es aplicable con independencia de que las sumas arriesgadas sean privativas o gananciales.

Son frecuentes las reclamaciones de alguno de los cónyuges sobre la mitad del premio obtenido en el juego de la lotería, aun encontrándose el matrimonio en una situación de separación de hecho. Por regla general se ha considerado que, no disuelta la sociedad de gananciales y estando vigente al no haber recaído sentencia de separación judicial, el premio tiene carácter ganancial [**STS de 22 de diciembre de 2000** (R. 10405) y **SAP de Córdoba de 3 de febrero de 2003** (JUR 2003\93414)].

Sólo la consideración de que la separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad legal de gananciales podría llevar a considerar que el premio es de carácter privativo del cónyuge agraciado, tal y como aprecia la **SAP de León de 6 de marzo de 2002** (JUR 2002\150401): «... en el caso de autos interpuesta demanda de separación por la esposa en fecha 20 de noviembre de 1998, los cónyuges se separaron de hecho por cese de la convivencia matrimonial en fecha 13 de diciembre de 1998, sin que desde entonces se haya reanudado la misma, habiéndose dictado auto de medidas provisionales de la separación en fecha 26 de febrero de 1999, y sentencia de separación en fecha 29 de noviembre de 1999 confirmada por otra de esta Audiencia Provincial de fecha 25 de mayo de 2000. Siendo así que el esposo don Manuel L.L. fue agraciado con un premio de la lotería primitiva por importe de 191.400.000 pesetas en fecha 11 noviembre de 1999, es decir unos días antes de dictarse sentencia de separación en primera instancia y hallándose vigentes las medidas provisionales acordadas meses atrás. Por tanto cuando consigue don Manuel el premio ya hacía casi un año que se había producido el cese de la convivencia matrimonial y que tuvo lugar como han reconocido ambos cónyuges el día 13 de diciembre del año 1999 en que el marido se marchó del domicilio conyugal, y unos días antes en concreto el 20 de noviembre se había interpuesto demanda de separación por parte de la esposa. En el sentido de esta resolución es de tener en cuenta que en fecha 9 de febrero de 1999 es decir unos días antes de dictarse el auto de medidas provisionales, ya la esposa doña Margarita presentó en el juzgado escrito de tal fecha en cuyo apartado segundo, se dice "que mediante el presente escrito queremos manifestar que entre los esposos se ha llegado a un acuerdo provisional, respecto

del reparto de los bienes gananciales existentes, sin perjuicio de que puedan aparecer otros bienes que serían objeto de liquidación en ejecución de sentencia" indicándose luego que a la esposa se le atribuiría la propiedad de la vivienda sita en Vega de Espinareda y al esposo la vivienda sita en San Pedro de Olleros. Vemos pues que ya muchos meses antes de obtener el premio de lotería el esposo, doña Margarita daba por rota definitivamente la convivencia matrimonial e instaba el reparto de los bienes gananciales, lo que no se pudo llevar a cabo en tal fecha por desavenencias entre los esposos en orden al reparto de aquéllos, pero bien clara se hallaba la voluntad de la esposa de proceder a su liquidación. En atención a lo expuesto, es evidente que procede confirmar la sentencia de instancia que viene a aprobar el inventario de la comunidad matrimonial, excluyendo del mismo el premio de la lotería primitiva obtenido por el marido».

En alguna ocasión se ha considerado que el fundamento de la consideración de tales bienes como gananciales radica en la consideración del contrato de juego como contrato oneroso, y si el artículo 1347.3.º señala que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, es lógico que el artículo 1351 CC determine que las ganancias obtenidas en el juego por uno de los cónyuges pertenecen a la sociedad de gananciales.

A veces se ha estimado que las ganancias procedentes del juego pueden considerarse comprendidas en un amplio significado del concepto de *industria* presentado por el artículo 1347.1.º, aunque la ganancia que va a parar al patrimonio ganancial sea desproporcionada al esfuerzo desarrollado para obtenerla.

Por último, acertadamente, se ha considerado que el destino ganancial de lo obtenido en el juego proviene de una situación regulada *ministerio legis*, con independencia de cualquier otro fundamento.

II.8. Reglas especiales sobre la privatividad o ganancialidad de los bienes integrantes del patrimonio familiar

A) Bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo

Dice el artículo 1354: «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas».

– En aplicación del principio de subrogación real establecido en los artículos 1346.3 y 1347.3, si la contraprestación es en parte privativa y en parte ganancial, el bien adquirido será en parte privativo y en parte ganancial [**SSTS de 30 de octubre de 1989** (R. 7038), **23 de marzo de 1992** (R. 2224), **8 de febrero** (R. 688) y **7 de abril de 1993** (R. 2992), **7 de junio de 1996** (R. 4826), **19 de septiembre de 2000** (R. 8122) y **1 de junio de 2006** (R. 3060) y **SSAP de Burgos de 31 de enero de 2005** (AC 2005\768), **Albacete de 22 de septiembre de 2004** (JUR 2004\314899), **Barcelona de 24 de octubre de 2003** (JUR 2003\259958) y **Valencia de 25 de abril de 2000** (AC 2000\4321), entre otras muchas].

Explica el supuesto la **STS de 7 de julio de 1995** (R. 5569): «El Tribunal *a quo* estimó acreditado: que el matrimonio formado por doña Carmen y don Luis adquirieron el piso litigioso el 11 de agosto

de 1975 en el precio de 2.400.000 pesetas, si bien la escritura de compraventa no se formalizó hasta el 19 de septiembre de 1979 y por razones no explicadas, pero fácilmente intuibles, se le dio un valor de 1.296.000 pesetas, así como que doña Carmen, un par de meses antes de la firma del documento privado de compra del piso ya había vendido una finca rústica en Zapardiel por importe de 1.097.500 pesetas y que ese dinero así recibido fue aportado por doña Carmen a fin de adquirir la vivienda de la calle Ocaña. Esta realidad probatoria ha quedado incólume al no haber sido combatida casacionalmente, y con arreglo a la misma el meritado *Tribunal llegó a la conclusión de que el piso tenía carácter privativo en la proporción de 45,7% y sólo el resto merecía la calificación de ganancial y así pertenecería a cada cónyuge el 27,15%, restante, que hacía el total de 54,3% con carácter de ganancial, y con esa cuota se habría de fijar la distribución del valor del inmueble*».

– Si bien, de la afirmación realizada por la **STS de 8 de febrero de 1993** (R. 688) al indicar que «no estamos, por tanto, ante una compraventa al contado que posibilite la aplicación del artículo 1354 CC», pudiera derivarse que el precepto solo es aplicable a las adquisiciones realizadas al contado, nada impide su aplicación a las realizadas a plazos.

No hay contradicción con el artículo 1356 CC. Este último precepto se aplicará cuando el primer desembolso sea totalmente ganancial o privativo. Por su parte, el artículo 1354 se aplicará cuando el primer pago se haga con dinero en parte ganancial y en parte privativo [**SSTS de 23 de marzo de 1992** (R. 2224), **7 de abril de 1993** (R. 2992) y **7 de junio de 1996** (R. 4826)].

– **Aplicación a la adquisición de vivienda familiar con anterioridad a la vigencia de la sociedad legal de gananciales:** Cabe aplicar el artículo 1354 CC a adquisiciones realizadas con anterioridad al momento de contraer matrimonio, siempre y cuando lo adquirido sea la vivienda o ajuar familiar (artículo 1357. II) [**SSTS de 23 de marzo de 1992** (R. 2224), **7 de junio de 1996** (R. 4826), **18 de diciembre de 2000** (R. 10369) y **17 de abril de 2002** (R. 3386). Igualmente, **SSAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de noviembre de 2007** (JUR 2008/67685), **Jaén de 10 de septiembre de 2007** (JUR 2008/51364), **Valencia de 19 de septiembre de 2006** y **16 de enero de 2006** (AC 2006\2342 y AC 2006\720), **Madrid de 10 de octubre de 1995** (AC 1995\2126) y **Granada de 1 de marzo de 1995** (AC 1995\456)]. En otros casos siempre se exige que el bien adquirido sea constante matrimonio, en parte ganancial y en parte privativo, excluyéndose su aplicación cuando el bien, desde un principio ha ostentado la calificación de bien ganancial en virtud del artículo 1347.3.º CC [**STS de 1 de junio de 2006** (R. 3060)].

Admite la aplicación del artículo 1354 CC la **STS de 7 de abril de 1993** (R. 2992) en relación a la adquisición de un inmueble realizada por los esposos, constante matrimonio, mediante contrato de acceso diferido a la propiedad sustitutivo de otro de la misma naturaleza concertado por el marido para distinto piso en estado de soltero. Se entiende que el marido pagó parte del precio y que el resto fue pagado por la sociedad conyugal, por lo que pertenece pro indiviso a la sociedad de gananciales y al esposo en proporción al valor de sus respectivas aportaciones: «... la redacción de este contrato complejo y atípico de los denominados de acceso diferido a la propiedad, y que según la sentencia devino ya propietario por las obligaciones en él contraídas que le configuraban como tal, siendo lo cierto, dice la parte recurrente, que del conjunto de las cláusulas y sobre todo de las numeradas 6.ª, 10.ª y 13.ª, se está en presencia de un contrato de venta con reserva de dominio hasta tanto no se amortice plenamente el precio convenido y fraccionado, sin que el pago de contribuciones y de la prima del seguro de incendios puede incidir en la estructura causal del contrato y menos aún en cesión dominical que expresamente se rechaza, por lo que las deducciones que se hacen en la sentencia recurrida no corresponden con el orden lógico-jurídico que del texto literal del contrato

dimana y son consecuencia de la especialidad social del régimen de esta clase de compraventas para acceso a la propiedad reglamentada como de protección oficial a las viviendas de renta limitada ... En punto a la infracción de los artículos 1258, 1262, 1255, 1091, 1367, 1358, 1398.3.º y 1403 CC, ha de ponerse de relieve que habida cuenta de que el contrato de 1 de marzo de 1966, se refería a un piso sito en la calle Cañete de las Torres núm. 14, pero que posteriormente fue permutado, ya contraído el matrimonio entre los hoy contendientes en 1966 (3 septiembre) por otro contrato similar al primero en fecha 1 de febrero de 1968, mediante pago fraccionado de 764,50 pesetas mensuales durante veinte años y una previa entrada o aportación inicial de 12.401,33 pesetas, es evidente que si bien el primer contrato no pudo conferir la propiedad privativa al marido, hoy demandado, el de 1968, constante matrimonio, y referido al piso de la calle Virgen Milagrosa núm. 2 de Córdoba, vinculó los derechos de él dimanantes a la sociedad de gananciales (artículo 1347.1.º y 3.º CC), *creándose una situación, por correspondencia con los pagos efectuados en un principio por el demandado antes de casarse y los efectuados luego constante matrimonio, de las previstas en el artículo 1354 CC, toda vez que la novación extintiva del nuevo contrato con relación al primero (artículo 1204 CC) no autoriza a establecer una subrogación real en el orden sustitutorio de los pisos desconociéndose las cantidades aportadas en el primer contrato por el marido y por la sociedad de gananciales igualmente en el segundo, si bien habrá de partir tanto de la fecha del matrimonio ya expresada, como de la Sentencia de separación acaecida en 15 de diciembre de 1983*». En el mismo sentido, **SAP de La Coruña de 16 de septiembre de 2005** (JUR 2005\32721).

Incluso, y aunque la adquisición al contado de una vivienda familiar a través de un préstamo garantizado con una hipoteca sobre el inmueble no es en sentido estricto una adquisición a plazos que dé lugar a la aplicación del artículo 1357.2.º y, por remisión, del artículo 1354 CC, ha entendido la **STS de 31 de octubre de 1989** (R. 7038), que es factible la «equiparación a estos efectos entre las amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos». [Igualmente, **SSAP de Cantabria de 12 de julio de 1994** (AC 1994\1361), **Badajoz de 25 de octubre de 1994** (AC 1994\1884), **Madrid de 10 de octubre de 1995** (AC 1995\2126), **Las Palmas de 3 de noviembre de 1997** (AC 1997\2252), **Zaragoza de 17 de marzo de 2003** (JUR 2003\110416), **Madrid de 9 de marzo de 2004** (JUR 2004\249333), **Murcia de 13 de julio de 2004** (JUR 2005\25089) y **Ciudad Real de 24 de noviembre de 2006** (JUR 2006\9052).]

No es aplicable el artículo 1354 CC cuando el inmueble adquirido con anterioridad a la vigencia de la sociedad legal de gananciales no constituye la vivienda habitual [**SAP de Toledo de 18 de julio de 2006** (JUR 2006\205363)].

– Aunque se utilicen fondos comunes, no es aplicable el precepto cuando se trate de la adquisición de acciones, títulos o participaciones sociales suscritas como consecuencia de otras privativas, en tales casos, sólo nace el preceptivo derecho de reembolso (artículo 1352 CC).

– El precepto sólo es aplicable a las adquisiciones posteriores a la reforma legislativa de 1981, ya que, «tanto los artículos 1354 y 1356 del CC carecen de antecedentes directos antes de su introducción por la reforma de la Ley y el carácter ganancial o privativo de un bien adquirido constante matrimonio, ha de determinarse de acuerdo con la legislación vigente en el tiempo en que ese bien se integra en el respectivo matrimonio (entre otras SS de 8 de marzo de 1996; 24 de julio de 1996 y 8 de febrero de 1993) debiendo acudirse a las normas legales, al texto del Código Civil. Pues bien no cabe duda en el sentido de que han de aplicarse las normas vigentes antes de aquella reforma. Por consiguiente ha de concluirse que la calificación de un bien como ganancial habrá de hacerse conforme a la legislación vigente en el momento de su adquisición, como quedó expuesto y, la legalidad anterior a 1981 excluía que la voluntad de los cónyuges pudiera ser suficiente para cambiar las reglas de subrogación y la

determinación legal de carácter de los bienes conforme a los artículos 1396 y 1401 del CC en su redacción originaria, *sin que se produzca comunidad alguna si parte del precio es pagado con dinero ganancial sin perjuicio de su reembolso al liquidarse la comunidad»* [**SSAP de Guipúzcoa de 22 de marzo de 2004** (JUR 2004\200957) y **Vizcaya de 9 de febrero de 2000** (AC 2000\577)].

En cualquier caso deberíamos hacer referencia y tener en cuenta lo ya dicho sobre el artículo 1357.2 CC.

B) Bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado

Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza (artículo 1356 CC).

– Determina el precepto el carácter ganancial o privativo del bien adquirido por precio aplazado atendiendo a la naturaleza de la aportación en que consista el desembolso inicial, independientemente de cual sea la masa patrimonial que posteriormente soporte el gasto [**STS de 8 de febrero de 1993** (R. 688) y **SSAP de Murcia de 2 de enero de 2006** (JUR 2006\106248), **La Coruña de 16 de septiembre de 2005** (JUR 2005\32721) y **Zaragoza de 17 de marzo de 2003** (JUR 2003\110416)]. Lógicamente, constante la comunidad conyugal [**SAP de Valladolid de 31 de enero de 2001** (JUR 2001\116000)], el carácter privativo del primer desembolso debe ser convenientemente demostrado con el fin de destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, preferiblemente, esencial a efectos registrales, con prueba documental pública (artículo 95.2 RH) [**STSJ de Navarra de 13 de diciembre de 1993** (R. 10096) y **SSAP de Pontevedra de 14 de septiembre de 2000** (JUR 2001\5089) y **Madrid de 12 de septiembre de 2000** (JUR 2001\159726)], o bien comprobándose que el primer pago se realizó por uno de los cónyuges una vez disuelta la sociedad de gananciales [**SAP de Murcia de 23 de mayo de 2006** (JUR 2006\195555)].

De la existencia de una presunción *iuris et de iure* de privatividad o ganancialidad respecto de los bienes adquiridos a plazos habla la **SAP de Almería de 19 de febrero de 2003** (AC 2003\586), de tal manera que su carácter ganancial o privativo depende de que el primero de los plazos haya sido satisfecho con fondos de una u otra naturaleza; ni siquiera excluye el precepto el supuesto de adquisición de la vivienda o el ajuar familiar, cuando lo lógico sería aplicar la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 1357 CC y su remisión al peculiar pro indiviso del artículo 1354 CC.

– El precepto no es aplicable al caso de adquisición de bienes cuyo desembolso inicial se ha realizado con dinero o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo, en cuyo caso será de aplicación lo establecido en el artículo 1354 CC, aunque la **STS de 8 de febrero de 1993** (R. 688) ha determinado que dicho precepto sólo es aplicable a las adquisiciones realizadas al contado.

– **Adquisiciones financiadas:** aunque la adquisición al contado de una vivienda a través de un préstamo garantizado con una hipoteca sobre el inmueble no es en sentido estricto una adquisición a plazos ha entendido la **STS de 31 de octubre de 1989** (R. 7038), que es factible la «equiparación a estos efectos entre las amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos». [Igualmente, **SSAP de Cantabria de 12 de julio de 1994** (AC 1994\1361), **Badajoz de 25 de octubre de 1994** (AC 1994\1884), **Madrid de 10 de octubre de 1995** (AC 1995\2126), **Las Palmas de 3 de**

noviembre de 1997 (AC 1997\2252), **Zaragoza de 17 de marzo de 2003** (JUR 2003\110416) y **Madrid de 9 de marzo de 2004** (JUR 2004\249333).]

En general, la calificación ganancial o privativa del bien adquirido por el cónyuge prestatario constante la sociedad de gananciales vendrá determinada por el carácter del dinero con el que se reintegre la primera de las amortizaciones del préstamo [**SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de junio de 1999** (AC 1999\7488)].

– **Adquisición con pacto de reserva de dominio:** No impide el carácter ganancial de los inmuebles adquiridos, constante la sociedad, por precio aplazado y pago del primer desembolso con dinero ganancial, la existencia de un pacto de reserva de dominio cancelado tras la muerte de uno de los cónyuges y vigente una nueva sociedad de gananciales con otra persona, pues deben retrotraerse los efectos de la adquisición del dominio al tiempo de perfeccionarse la venta [**STS de 12 de marzo de 1993** (R. 1794) y **SAP de La Coruña de 16 de septiembre de 2005** (JUR 2005\32721)].

– **Adquisición por socio cooperativista:** Plantea la **STS de 18 de mayo de 1992** (R. 4906) el supuesto en el que un cónyuge, casado bajo régimen de gananciales, había adquirido la condición de socio de una Cooperativa de viviendas, a través de la cual, posteriormente y ya bajo el régimen de separación de bienes, adquiere mediante la correspondiente escritura pública la vivienda y el garaje de las que se discute su carácter, ganancial o privativo.

Se enfrenta el TS a un supuesto en el que el primer desembolso es ganancial, pero el contrato de compraventa no se perfecciona hasta después de la disolución de la sociedad de gananciales.

El TS acepta *ab initio* la ganancialidad de las adquisiciones, por tratarse de una adquisición constante la sociedad, por precio aplazado, y haber sido el primer desembolso de tal carácter. Sin embargo, es claro que en el presente caso, lo único que se adquiere vigente la sociedad de gananciales es la condición de socio, momento en el que se realizan aportaciones que servirán para la adquisición de la futura vivienda. Adquisición que sólo tiene lugar una vez otorgada la escritura pública, actuación realizada una vez concluida la sociedad de gananciales y vigente el régimen de separación de bienes.

Entiende el TS, al aplicar el artículo 1356 CC, que la adquisición de la vivienda y plaza de garaje se produjo en el momento en que se adquirió la condición de socio, y no en el momento de la efectiva adjudicación al marido. Sin embargo, de conformidad con la legislación cooperativa, y frente a terceros, hasta el momento de la efectiva adjudicación es la Cooperativa la única propietaria de la vivienda. Circunstancia de la que se hace eco el propio TS, indicando que «el carácter ganancial del piso litigioso resulta incuestionable, aunque la especial normativa de la Ley de Cooperativas (RCL 1974\2587 y NDL 7773), constituya a esa entidad en titular más bien formal del edificio, por lo que el piso que ha sido adquirido deba reputarse propio del socio en relaciones externas a la Cooperativa y en relaciones económico-matrimoniales, aunque se trate de un supuesto perfectamente asimilado a la compraventa perfecta».

Aun así, se afirma «el carácter ganancial por origen adquisitivo y entrega del primer desembolso del inmueble litigioso».

– **Acceso diferido a la propiedad:** Plantea la cuestión la **SAP de Cáceres de 2 de abril de 1998** (AC 1998\4611). Los hechos, sin discrepancia entre las partes, son sencillos: constante el matrimonio

contraído bajo el régimen legal de gananciales los cónyuges en el año 1973 perfeccionan con el Instituto Nacional de la Vivienda un contrato de acceso diferido a la propiedad de modo que la administración cede la posesión del piso cuyo dominio se reserva hasta que proceda otorgar la correspondiente escritura pública que se formalizó en al año 1991 tras haber amortizado todas las cuotas, si bien la esposa había fallecido en el año 1975 de modo que sólo las mensualidades devengadas hasta su fallecimiento y la entrada proceden del acervo ganancial. Pretende la parte actora y apelante que el bien es ganancial en aplicación esencialmente de lo establecido en el artículo 1356 CC. Resuelve la Audiencia en los siguientes términos: «el bien no se adquiere durante la vigencia de la sociedad legal de gananciales habida cuenta de la reserva de dominio expresa y de que tal régimen económico se extinguió el día de la muerte de la esposa en el año 1975 de acuerdo con lo establecido en el artículo 1392.1.º CC en relación con su artículo 85 de donde resulta que el bien no se adquirió constante la sociedad como exige el mentado artículo 1356 CC, sino una vez extinguida y por tanto desde aquel tiempo no existe sino una comunidad en fase de liquidación que tiene ya cegadas las fuentes que la nutrían de manera que, a partir de ese momento ningún bien puede ya ingresar en el patrimonio común, ni pueden ser aplicadas las normas específicas de este tipo de comunidad y menos aún si se tiene en cuenta que el carácter ganancial de un bien se rige por la ley vigente al tiempo de integrarse el bien en el patrimonio común [STS de 8 de febrero de 1993 (RJ 1993\688)], de modo que no se puede pretender aplicar el vigente artículo 1356 CC y al mismo tiempo sostener que la propiedad del piso se adquirió allá en el año 1973 cuando aún no se encontraba vigente semejante precepto. Todo ello naturalmente sin perjuicio de que en el activo de la sociedad hayan de incluirse las cantidades pagadas a su cargo para la adquisición del bien privativo del esposo como crédito de aquélla contra éste (artículos 1358 y 1397 CC)».

Considera ganancial la vivienda adquirida por el sistema de acceso diferido la **SAP de Álava de 26 de enero de 1994** (AC 1994\65). El supuesto es el siguiente: los litigantes contrajeron matrimonio el 8 de noviembre de 1958 y el 1 de diciembre de 1959, es decir, constante matrimonio, se suscribió por el actor-apelante contrato de adjudicación de vivienda de régimen de acceso diferido a la propiedad (50 años). Conforme a la legalidad vigente a la sazón, de los hechos descritos se deduce el carácter ganancial de la vivienda así adquirida. Así las cosas, el matrimonio se separó de hecho, como consta en autos en 1968 quedando la esposa en la vivienda litigiosa y, a partir de entonces abonando todas las mensualidades correspondientes a la adquisición diferida de la vivienda. Otras dos fechas se barajan en la litis: 28 de julio de 1977 y 11 de julio de 1991. La primera de ellas corresponde al auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de esta ciudad por el que se decreta en el orden jurisdiccional civil la separación de los cónyuges, que *de facto* vivían separados desde 1968\1969 y se acuerda la separación de bienes de la sociedad conyugal. La segunda fecha mencionada corresponde a la sentencia de divorcio.

A la vista de lo expuesto, entiende la AP, es preciso resolver a efectos de valoración de las aportaciones de cada cual si debe entenderse que: 1) ajustándonos a la realidad de lo ocurrido y acreditado el *dies a quo* es enero de 1969 momento de la separación plena *de facto*, o 2) si debemos situarlo en julio 1977 fecha del auto que decreta la separación en este orden jurisdiccional ocho años más tarde de la separación de hecho y fecha desde la cual la demandada ha venido abonando sin solución de continuidad las mensualidades de la vivienda litigiosa, o finalmente 3) si el *dies a quo* debe ser el de la fecha de la sentencia de divorcio.

El Juzgador de instancia opta por la primera solución por considerar que cualquier otra consagraría el ejercicio de un derecho en forma que contraría las exigencias de la buena fe y ampararía el abuso de derecho y su ejercicio antisocial *ex* artículo 7 CC. La Sala estima ajustada a derecho la

fundamentación del Juzgador *a quo*. Consciente de la exigencia de prudencia y moderación que eviten el riesgo inherente a toda discrecionalidad que pueda originar inseguridad jurídica, la Sala estima que aplicar al caso de autos el rigor formalista contradice gravemente la sensibilidad jurídica, por ir en contra de la realidad social del tiempo *ex* artículo 3.º CC y más aun porque a su amparo se consagraría el abuso del derecho, por todo lo cual debe desestimar el recurso del actor apelante.

Igualmente la Sala desestima el recurso de la demandada que pretende que no se haga valoración alguna de la aportación del actor constante matrimonio hasta la separación *de facto*. La pretensión es desestimada ya que su aportación fue real en cuanto parte de la sociedad de gananciales.

En el mismo sentido, la **SAP de La Coruña de 16 de septiembre de 2005** (JUR 2005\32721).

– El precepto no es de aplicación retroactiva, «tanto los artículos 1354 y 1356 del CC carecen de antecedentes directos antes de su introducción por la reforma de la Ley y el carácter ganancial o privativo de un bien adquirido constante matrimonio, ha de determinarse de acuerdo con la legislación vigente en el tiempo en que ese bien se integra en el respectivo matrimonio (entre otras SS de 8 de marzo de 1996; 24 de julio de 1996 y 8 de febrero de 1993) debiendo acudirse a las normas legales, al texto del Código Civil. Pues bien no cabe duda en el sentido de que han de aplicarse las normas vigentes antes de aquella reforma. Por consiguiente ha de concluirse que la calificación de un bien como ganancial habrá de hacerse conforme a la legislación vigente en el momento de su adquisición, como quedó expuesto y, la legalidad anterior a 1981 excluía que la voluntad de los cónyuges pudiera ser suficiente para cambiar las reglas de subrogación y la determinación legal de carácter de los bienes conforme a los artículos 1396 y 1401 del CC en su redacción originaria, *sin que se produzca comunidad alguna si parte del precio es pagado con dinero ganancial sin perjuicio de su reembolso al liquidarse la comunidad*» [**SAP de Guipúzcoa de 22 de marzo de 2004** (JUR 2004\200957), **Vizcaya de 9 de febrero de 2000** (AC 2000\577) y **Cáceres de 2 de abril de 1998** (AC 1998\4611)].

II.9. Accesiones y mejoras

El artículo 1359 CC establece el régimen de las mejoras realizadas en los bienes gananciales o privativos en los siguientes términos: «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 que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.

No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado».

A) Las accesiones

– El artículo 1359 ha sustituido la regla de la accesión invertida implantada en el, hoy derogado, artículo 1404.2.º CC, según el cual, los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges serán gananciales, sin perjuicio de que haya que abonar el valor del suelo al cónyuge a quien pertenece [**SSTS de 16 de febrero de 1998** (R. 868) y **10 de julio de 1995** (R. 5557) y **SSAP de Albacete de 12 de julio de 2006** (JUR 2006\229701), **Las Palmas de 4 de julio de 2006** (JUR 2006\295404), **Santa Cruz de Tenerife de 6 de febrero de 2006** (JUR 2006\138003) y **Burgos de 31 de enero de 2005** (JUR 2005\768)].

El precepto fue objeto de críticas acerbas por parte de la doctrina, en cuanto que se apartaba de los principios generales de la accesión contenidos en el Código; de ahí que fuera reformado en 1981, estableciéndose en el actual artículo 1359 el criterio contrario al mantenido por el artículo 1404.2.º: «en cuanto establece que la realización de obras o mejoras en un bien ganancial o privativo, tienen el carácter de los bienes a que afecten, con la exclusiva generación de un crédito a favor del patrimonio inversor, cuya cuantía ha de concretarse al tiempo de la disolución de la sociedad» [**SSTS de 6 de noviembre de 1973** (R. 4412), **14 de octubre de 1982** (R. 5555) y **18 de octubre de 1996** (R. 7161) y **SSAP de Asturias de 11 de junio** (AC 1998\1297), **21 de abril de 1998** (AC 1998\4476), **Madrid de 24 de mayo de 2005** (AC 2005\1215), **Cádiz de 23 de marzo de 2006** (JUR 2006\220891) y **Las Palmas de 4 de julio de 2006** (JUR 2006\295404)]. Con ello, se aplican las reglas propias de la accesión a la sociedad de gananciales, evitándose desplazamientos patrimoniales de unas masas a otras al margen de las normas propias de atribución [**STS de 25 de julio de 2002** (R. 6938) y **RDGRN de 14 de abril de 1989** (R. 3403)]. Indica la **SAP de Las Palmas de 26 de junio de 2003** (JUR 2003\24194): «el artículo 1359, párrafo 1, CC, mantiene el principio ordinario de accesión al disponer que 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 que afecten; precepto aplicable también a la hipótesis de un nuevo edificio construido sobre solar privativo a costa del caudal común constante del matrimonio, previo el derribo de una vieja edificación». El artículo 1359 CC declara que la edificación durante el matrimonio, por sí sola, no altera la naturaleza privativa de la finca correspondiente, pero la inversión ganancial satisfecha para ampliar o rehabilitar la vivienda preexistente deberá serle reembolsada a la sociedad de gananciales. Se atiende a la naturaleza del bien al que accede la obra y no al destino del dinero sin perjuicio de los reembolsos procedentes al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales». Asimismo, entre otras muchas, la **SAP de Toledo de 3 de junio de 2003** (JUR 2003\246648). Como se ha señalado, se da una regulación a la materia diferente a la que existía en la anterior redacción del Código Civil, y rompiendo con el principio de ganancialidad de toda la finca, hace prevalecer el principio de accesión de la superficie al suelo, a salvo claro está la llamada accesión invertida de carácter general, si lo construido es de mayor valor [**SAP de Las Palmas de 28 de diciembre de 2002** (JUR 2003\147712)].

Ha de tenerse en cuenta, destaca la **RDGRN de 7 de febrero de 1995** (R. 1330), que uno de los criterios que inspira nuestro Ordenamiento jurídico, a fin de facilitar la explotación económica de los bienes, es el de lograr la planificación de las titularidades dominicales y su atribución a un único sujeto de derecho, arbitrando para ello distintos mecanismos (derechos de retracto, facultad de redención, de conmutación, etc.), y no cabe duda que este criterio se ha querido hacer prevalecer también en la esfera económica matrimonial sobre el principio de subrogación real cuando éste condujese a soluciones contrarias. Así lo evidencian los artículos 1346, núms. 4 y 8; 1347.4; 1352; 1359, y 1360 CC.

– La norma del artículo 1359 es de carácter dispositivo, ya que dicho precepto se limita a rectificar el criterio del antiguo artículo 1404.2.º CC, declarando que la edificación durante el matrimonio, por sí sola, no altera la naturaleza privativa, o ganancial, del bien correspondiente, pero no prejuzga, ni es su cometido hacerlo, sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento del bien desde el patrimonio privativo de uno de ellos en favor del consorcial, o viceversa [**RRDGRN de 10 de marzo** (R. 2468) y **14 de abril de 1989** (R. 3403)]. No en vano, son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (artículo 1323 CC), siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (artículo 609 CC) [**RRDGRN de 28 de mayo de 1996** (R. 4012) y **25 de septiembre de 1990** (R. 7153)]; de este modo, la voluntad de los cónyuges de atribuir a la vivienda el

carácter ganancial al amparo del artículo 1355 CC excluye la aplicación del artículo 1359 CC, como procedería en otro caso [**SAP de Pontevedra de 6 de abril de 2006** (JUR 2006\144903)].

– ¿Qué sucede cuando el bien, el suelo sobre el que se ha edificado, pertenece pro indiviso al consorte y a otras personas? Pues, sencillamente, que se muestra la institución de la «comunidad de bienes» (artículos 392 y siguientes del Código Civil). Comunidad de tipo romano, por cuotas, partes ideales o abstractas, que sólo se concretan con la división y adjudicación proporcional [**STS de 30 de septiembre de 1982** (R. 4931) y **SAP de Granada de 21 de marzo de 2005** (JUR 2005\138771)].

B) La mejora ocasionada en bienes privativos

– En la redacción originaria CC, los efectos de la realización de mejoras en bienes privativos a costa del caudal común, se regulaba en el artículo 1404. El precepto contenía dos apartados: 1.º las expensas útiles tenían carácter ganancial, y 2.º eran gananciales los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, naciendo un derecho de reembolso por el valor del suelo en favor de su dueño.

En relación con las *expensas útiles*, surgió la duda sobre su contenido y, esencialmente, sobre el verdadero carácter, ganancial o privativo, de dichas mejoras [**STS de 3 de noviembre de 1986** (R. 6203)]. El problema, por regla general, se resolvía abonándole al cónyuge no propietario del bien mejorado la mitad del valor de la mejora [**SSTS de 25 de mayo de 1950** (R. 1004) y **30 de abril de 1958** (R. 1698)].

En lo que respecta a las edificaciones, suponía una excepción a la regla *superficies solo cedit* (artículo 358 CC), configurando el supuesto calificado por la doctrina como de accesión invertida [**SAP de Madrid de 17 de enero de 1996** (RGD 1996, p.4076)]. Hecho, este último, que niega la **STS de 17 de junio de 1961** (R. 2728).

La realización de obras de importancia en una finca de propiedad privativa del marido, satisfechas por cuenta de la sociedad de gananciales y no a costa del marido propietario, genera un crédito en favor de aquélla y no el nacimiento de una propiedad ganancial [**STS de 18 de octubre de 1996** (R. 7161)].

El precepto sólo era aplicable cuando el edificio se hubiese construido con fondos comunes, no con los privativos del otro cónyuge (**SSTS de 31 de marzo de 1930** (R. 820), **19 de mayo de 1952** (R. 1627) y **29 de marzo de 1954** (R. 1390)]; y sólo cuando se trataba de edificaciones de nueva planta, no reparaciones o mejoras [**SSTS de 18 de febrero de 1941** (R. 149) y **17 de diciembre de 1954** (R. 3164)].

– El párrafo segundo del artículo 1359 CC contiene una regla especial (en relación con el párrafo primero) para las mejoras realizadas en bienes privativos con inversión de fondos comunes, o por la actividad del otro cónyuge, pues en estos casos, en vez de reconocerse un crédito por el reembolso, se otorga un crédito por el aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora. Así lo entienden las **SSTS de 23 de octubre de 2003** (R. 7762), **25 de julio de 2002** (R. 6938) y **20 de julio de 1998** (R. 6127) cuando de forma pacífica se sostiene que en el caso de realización de obras en un bien privativo con fondos gananciales nace un crédito a favor de la sociedad de gananciales por el incremento de valor de tal bien a consecuencia de tales obras.

La sociedad, señala el párrafo segundo del artículo 1359, será acreedora del *aumento de valor* que los bienes privativos hubieran obtenido como consecuencia de la mejora. Ya, antes de la reforma de 1981, el TS en **Sentencia de 8 de mayo de 1926** admite que los aumentos de valor de bienes privativos debidos a industria de uno de los esposos se reputen gananciales.

El supuesto que contempla es más concreto y restringido que el párrafo primero. Sólo entra en juego cuando la mejora se produzca sobre bienes privativos, y no en todo caso como en la regla anterior. Pero además, la operatividad de la norma exige la concurrencia de un requisito suplementario de entre los dos que prevé con carácter alternativo: que la mejora se haya realizado con fondos del caudal común o fuese debida a la actividad de cualquiera de los cónyuges [**SAP de Zaragoza de 27 de septiembre de 2002** (JUR 2002\256100)], por lo que si el bien privativo resulta mejorado por otras causas: por la actividad de terceros y a su cargo (artículo 362 CC) la sociedad de gananciales no tendría derecho alguno por razón de la mejora en sí [**SAP de Córdoba de 23 de marzo de 1997** (AC 1997\511)].

Explica la aplicación del precepto la **SAP de Córdoba de 27 de diciembre de 2004** (JUR 2004\146984) en un supuesto de obras de rehabilitación realizadas en un bien privativo: «las obras de rehabilitación realizadas en el inmueble sito en la DIRECCIÓN000 núm. NÚM000, y cuyo carácter de bien privativo del recurrente Sr. Imanol no se discute, es preciso significar, como de forma clara se recoge en la resolución combatida, y no es discutido en esta alzada, que lo cierto es que se llevan a cabo mediante la concesión de un préstamo, que si bien es solicitado por el recurrente, sólo paga el primer vencimiento siendo abonado el resto de los mismos, es decir, prácticamente la deuda entera, constante el matrimonio, y por ello con cargo a dinero perteneciente a la sociedad de gananciales, o dicho de otra forma, "la mejora hecha en el bien privativo fue debida a la inversión de fondos comunes". En consecuencia es de aplicación el artículo 1359 del Código Civil y en concreto el párrafo segundo que contiene una *regla especial (en relación con el párrafo primero) para las mejoras realizadas en bienes privativos con inversión de fondos comunes, o por la actividad del otro cónyuge, pues en estos casos, en vez de reconocerse un crédito por el reembolso, se otorga un crédito por el aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora*».

Así lo entienden las **SSTS de 26 de noviembre de 2004** (R. 7560), **23 de octubre de 2003** (R. 7762), **25 de julio de 2002** (R. 6938) y **20 de julio de 1998** (R. 6127) y la doctrina de las **AAPP de La Rioja de 5 de mayo de 2005** (JUR 2005\119217), **Jaén de 4 de marzo de 2004** (JUR 2004\126149), **21 de septiembre de 2001** (JUR 2001\316897) y **12 de junio de 2002** (JUR 2002\201943), **Las Palmas de 25 de junio de 2003** (JUR 2003\24150), **Granada de 15 de enero de 2003** (JUR 2003\108860) y **Santa Cruz de Tenerife de 24 de mayo de 2002** (JUR 2002\190880).

Igualmente, la **SAP de León de 28 de abril de 2005** (JUR 2005\113545): «... partiendo de la base de que el Sr. Luis Pablo siempre ha sostenido el carácter privativo de la misma. Así, la escritura de compraventa data del 28 de marzo de 1992 y en ella aparece como comprador don Luis Pablo, de estado civil soltero y de profesión minero, haciéndose figurar un precio de 500.000 pesetas que la parte vendedora declaró haber recibido con anterioridad (en el acto del juicio doña Mónica, madre de doña Gloria, manifestó que lo entregado por su yerno fueron 2.000.000 pesetas y en la demanda así se viene a reconocer). Contraído matrimonio por ambos litigantes el 15 de agosto de 1992, el préstamo hipotecario no se obtuvo hasta el 28 de julio de 1993, fecha de la correspondiente escritura pública. Tal distancia de fechas, unido a que el precio se confesaba recibido en la compraventa y a que la vivienda gravada se calificaba de privativa del esposo en la de constitución de la hipoteca nos lleva a la conclusión de que la casa fue comprada e íntegramente pagada por don Luis Pablo en

estado de soltero, invirtiéndose en su reparación y adecuación para constituirla en vivienda conyugal la cantidad obtenida como consecuencia del referido préstamo. Como quiera que, a tenor del artículo 1346.1.º del Código Civil, son bienes privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos que le pertenecieren al comenzar la sociedad, y, conforme al artículo 1359 del mismo cuerpo legal "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", añadiendo el párrafo segundo del mismo precepto que "No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado", la conclusión a la que se llega es que sobre la vivienda en cuestión no existe ninguna pro indivisión, sino que es privativa del Sr. Luis Pablo, ostentando la sociedad de gananciales un crédito igual al aumento del valor que la misma haya experimentado como consecuencia de la mejora que la misma haya experimentado al invertir en ella el importe del referido préstamo hipotecario (3.500.000 pesetas) y que deberá incluirse en el activo del inventario».

– El párrafo segundo del precepto no supone que se deba siempre solamente el aumento de valor experimentado por la finca en la que se practicó la mejora, sino que en todo caso se debe el valor de la cantidad invertida, pero, en su lugar, se puede pretender cobrar el valor añadido por la mejora. Así lo ha entendido la **STS de 24 de noviembre de 1987** (R. 8644), cuando, en un supuesto en el que la sociedad de gananciales invierte unas cantidades en la construcción de un edificio en solar propiedad de la esposa, afirma que aquélla podría reclamarle a ésta los gastos realizados en dicha construcción al tiempo de la disolución. En este caso concreto, tratándose de aportación de fondos comunes, procedería la aplicación del párrafo segundo del artículo 1359, que permite reclamar el importe de las mejoras, y, sin embargo, la sentencia se refiere a los gastos realizados [**STS de 2 de julio de 1996** (R. 5550)].

No parece estimar el criterio expuesto la **SAP de Toledo de 7 de mayo de 1996** (R. 1035) al señalar que el crédito reclamable, caso de ser probado (circunstancia que no se dio en el pleito), ha de ser la correspondiente al aumento del valor de los bienes mejorados al tiempo de la disolución de la sociedad y no el importe aislado de cada obra de mejora.

– El crédito de la sociedad contra el cónyuge es exigible al momento de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado [**SSAP de Álava de 14 de marzo de 2005** (JUR 2005\193159), **Córdoba de 27 de diciembre de 2004** (JUR 2005\146984), **Granada de 15 de enero de 2003** (JUR 2003\108860) y **Toledo de 7 de mayo de 1996** (R. 1035)]. Antes parece que no puede exigirse.

C) Incrementos patrimoniales

Los beneficios mercantiles que se integran o reinvierten en la empresa como incrementos patrimoniales están sujetos a la normativa especial descrita en el artículo 1360 CC, en el que se excluye la aplicación del artículo 1347 y la naturaleza ganancial de los beneficios obtenidos por la empresa.

El artículo 1360 establece una remisión al artículo anterior sobre las reglas aplicables en el caso de los incrementos patrimoniales incorporados a una *explotación*, *establecimiento mercantil* y *otro género de empresa*. De ahí que, los beneficios o los incrementos patrimoniales de carácter ganancial que se incorporen a la empresa privativa, se convierten en privativos a cambio de una deuda de valor a favor

de la sociedad de gananciales [**SSAP de Córdoba de 27 de diciembre de 2005** (JUR 2005\146984) y **Madrid de 23 de noviembre de 1993** (AC 1993\2603)].

Se discute sobre cuál sea el valor de la deuda, si el valor satisfecho o el aumento de valor. Un sector doctrinal ha entendido que el reembolso queda a elección del cónyuge no comerciante; de este modo, el reembolso por el aumento de valor favorece a la comunidad que se beneficiaría de las consecuencias económicas positivas, pero sin que les perjudicasen las pérdidas, pues siempre tendría la opción de exigir el valor satisfecho. Otro sector, por su parte, entiende que la deuda a favor de la sociedad de gananciales viene determinada por el aumento de valor, pues no podría darse la facultad de optar en el supuesto de que la empresa sufra pérdidas, ya que se obligaría al cónyuge comerciante a satisfacer el valor satisfecho con el resto de sus bienes privativos.

Igualmente, no hay unanimidad sobre cuándo surge el crédito a favor de la sociedad de gananciales. Hay quien entiende que sólo cuando la inversión de bienes gananciales en la empresa privativa es *extraordinaria*, ya que, en otro caso, puede entenderse como carga de la sociedad de gananciales (artículo 1362.4.º); mientras, otros, consideran que el derecho de reembolso surge en todo caso, ya que, de lo contrario, se introduciría una grave descompensación entre los gastos de explotación de los negocios, que serían gananciales, y los beneficios que se convierten en privativos por incorporarse a la empresa privativa.

II.10. La atribución de ganancialidad

Contiene el artículo 1355 CC la denominada atribución de ganancialidad efectuada por los propios cónyuges en ejercicio de su autonomía de la voluntad tan presente en materia de Derecho de Familia al indicar que «Podrán los cónyuges, de común acuerdo atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes».

A) Pacto expreso de ganancialidad

– Es opinión común entender que el precepto en estudio es expresión del principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges, quienes, con carácter expreso o presunto, pueden atribuir carácter ganancial a los bienes que adquieren a título oneroso durante el matrimonio, aunque para ello se altere la calificación que correspondería a tales bienes si se aplicasen las normas del Código Civil sobre determinación de su carácter privativo [**SSTS de 11 de julio de 2006** (R. 4975), **8 de octubre de 2004** (R. 5993) y **29 de septiembre de 1997** (R. 6825), **RRDGRN de 25 de septiembre de 1990** (R. 7153) y **7 de octubre de 1992** (R. 8302) y **SSAP de Burgos de 19 de octubre de 2005** (JUR 2006\6024), **Málaga de 25 de julio de 2005** (JUR 2005\229148), **Asturias de 31 de mayo de 2005** (JUR 2005\142479), **Madrid de 14 de septiembre de 2004** (JUR 2004\315147), **Madrid de 29 de octubre de 2002** (JUR 2003\23983), **Alicante de 29 de junio de 2000** (JUR 2000\270591) y **Valladolid de 9 de julio de 1998** (AC 1998\6214)].

– La atribución de ganancialidad se ha considerado como una especificación del artículo 1323 CC permisivo de la contratación entre cónyuges [**RRDGRN de 25 de septiembre de 1990** (R. 7153) y **7 de**

octubre de 1992 (R. 8302) y **SSAP de Asturias de 31 de mayo de 2005** (JUR 2005\142479) y **Madrid de 9 de septiembre de 2004** (JUR 2004\315206)]. Un contrato cuya causa se encuentra en el artículo 1358 CC y el derecho de reembolso allí regulado, como se pone de manifiesto en las **RRDGRN de 25 de septiembre de 1990** (R. 7153) y **21 de enero de 1991** (R. 592), en supuestos de atribución de carácter privativo, en el momento de su adquisición, a bienes que deberían ser considerados gananciales. Mas, creemos que estamos ante lo que verdaderamente es una fuente de ganancialidad: la voluntad de los cónyuges. Así, la **STS de 8 de octubre de 2004** (R. 5993), confiere a esa declaración el valor de «confesión probatoria *inter partes*», es decir, en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más concretamente, de uno frente al otro. De esta manera –dice– el artículo 1355 del Código Civil «... autoriza a los citados cónyuges a establecer, de común acuerdo, la facultad de atribuir esa condición de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio».

– El acuerdo de ganancialidad puede evitar la aplicación de cualquier norma determinante del carácter de los bienes, privativo o presuntivamente ganancial. En este sentido, cabe excepcionar el principio o mecanismo de la subrogación real [**RDGRN de 25 de septiembre de 1990** (R. 7153) y **SSAP de Madrid 9 de septiembre de 2004** (JUR 2004\315206) y **Murcia de 5 de julio de 1996** (RGD 1997, p. 11731)], o la regla contenida en el artículo 1359 CC [**RRDGRN de 10 de marzo** (R. 2468) y **14 de abril de 1989** (R. 3403)], aunque la **RDGRN de 26 de octubre de 1992** (R. 8582) niega la posibilidad de fundamentar en el artículo 1355 CC la atribución del carácter ganancial a la edificación realizada sobre un solar resultante de la agrupación de una finca ganancial y otra privativa, exigiendo, por el contrario, que la aportación se realice por la vía del artículo 1323 CC mediante el otorgamiento del correspondiente contrato transmisivo de su causa. Con la particularidad manifestada en la **SAP de Madrid de 14 de septiembre de 2004** (JUR 2004\315147), según la cual: «el artículo 1355 permite que los cónyuges, de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, especialmente si el bien pudiera resultar, en otro caso, privativo por la procedencia de los fondos empleados en la adquisición, y ello quiere decir *que el bien al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición*». Reitera esta doctrina la **SAP de Málaga de 25 de julio de 2005** (JUR 2005\229148) y **Valladolid de 21 de abril de 2003** (JUR 2003\143296). Señala esta última: «el artículo 1355 del Código Civil admite la posibilidad de que los cónyuges puedan atribuir la condición de gananciales a bienes que se adquieran a título oneroso durante el matrimonio cualquiera que sea la procedencia del precio, y que si se hace de forma conjunta y sin atribución de cuotas se presume su voluntad favorable a su carácter ganancial, sin embargo, *esta posibilidad requiere siempre la existencia de un común acuerdo dirigido a modificar la naturaleza de un bien privativo para convertirlo en ganancial*».

– El artículo 1355 hace referencia exclusivamente a la atribución de ganancialidad cuando la adquisición se ha realizado a título oneroso, no a título gratuito. Sin embargo, no creemos que haya impedimento para su aplicación. Y, en cualquier caso, sin perjuicio, claro es, de lo dispuesto en el artículo 1358 CC [**SSAP de Pontevedra de 20 de marzo de 2003** (AC 2003\771), **Cáceres de 29 de octubre de 2002** (JUR 2003\99679), **Murcia de 1 de julio de 2002** (JUR 2002\242591), **Cantabria de 10 de abril de 2002** (JUR 2002\164871) y **Zaragoza de 31 de octubre de 2000** (JUR 2001\28015)]. Sin embargo, no admite dicha posibilidad la **STS de 26 de febrero de 2002** (R. 2050), al señalar que «para aplicar el artículo 1355 del CC, expresa que "El Motivo, en los términos en que está planteado debe aceptarse, porque, la Sala sentenciadora en su F. 2.º, la donación instrumentada a favor del demandante en la Escritura de 10 de marzo de 1980, fue modal u onerosa, al haberse subrogado el donatario en el pago de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda donada...", de lo cual, deriva, que

esa donación modal u onerosa, debe equipararse al negocio jurídico de carácter oneroso y, por lo tanto, habilita la modificación del carácter de los bienes en base al artículo 1355, párrafo 1.º, del CC, que establece la posibilidad de que, por mutuo acuerdo, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga; *tesis criticable al entender la Sala* a quo *que, el negocio transmisivo del padre del actor, fue un negocio atributivo de carácter oneroso y, que por lo tanto, cabía al pacto modificativo del citado artículo 1355, lo que no es de recibo, ya que, la donación aunque sea modal o por causa onerosa sigue manteniendo el criterio de que se trata de un acto de carácter gratuito*». En este último sentido la **SAP de Almería de 19 de mayo de 2003** (JUR 2003).

– El precepto no es aplicable a los bienes adquiridos con anterioridad a la reforma de 1981 [**SAP de Guipúzcoa 2 de febrero de 2005** (AC 2005\598)]. No cabe tal retroacción porque la nueva regulación no sana lo que antes (transmisiones entre cónyuges) era nulo de pleno derecho [**STS de 8 de marzo de 1996** (R. 1939) y **SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de julio de 2007** (AC 2008/20)]. Hecho, este último, que no se aprecia en la **STS de 19 de abril de 1997** (R. 3539), donde más bien nos encontramos ante una compensación por la inversión realizada por el cónyuge en los inmuebles litigiosos.

– Se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para atribuir la condición de ganancialidad, por consiguiente el consentimiento de los cónyuges debe manifestarse en el acto de otorgamiento de la escritura o ratificarse con posterioridad, pero no puede presumirse el consentimiento del cónyuge no presente en el momento del otorgamiento de la escritura [**SAP de Alicante de 29 de junio de 2000** (JUR 2000\270591)].

– La condición de ganancial puede realizarse por entero o por una cuota parte. Así la **SAP de Madrid de 28 de octubre de 2005** (AC 2006\2280) admite la atribución del carácter ganancial, por la vía del artículo 1355 CC, al 80% del bien en cuestión.

– La atribución de ganancialidad del artículo 1355, tiene carácter definitivo, no pudiendo con posterioridad los esposos volverse atrás [**SAP de Vizcaya de 11 de enero de 2002** (AC 2002\12)]. Asimismo, destaca la **SAP de Málaga de 25 de julio de 2005** (JUR 2005\229148): «el artículo 1355 permite que los cónyuges, de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, especialmente si el bien pudiera resultar, en otro caso, privativo por la procedencia de los fondos empleados en la adquisición, y ello quiere decir que el bien al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición».

B) El negocio de aportación a la sociedad

Es discutible la posibilidad de aplicación del precepto en un momento posterior al de la adquisición de los bienes.

La DGRN se ha ocupado del tema en diversas resoluciones, afirmando que, aun cuando la hipótesis no encaja en el supuesto de hecho del artículo 1355 CC, nada obsta a dar validez y eficacia al acuerdo por el cual se atribuya carácter ganancial a un bien privativo, toda vez que el artículo 1323 CC permite cualquier desplazamiento patrimonial entre los cónyuges y, consiguientemente, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que se produzcan por cualquiera de los

medios legítimos previstos al efecto, entre los que no cabe desconocer el negocio de comunicación de bienes o aportación a una comunidad no personalizada jurídicamente como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características, y cuyo régimen vendrá determinado por las previsiones acordadas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 CC) y, subsidiariamente, por la normativa general CC [**RRDGRN de 10 de marzo** (R. 2468) y **14 de abril de 1989** (R. 3403) y **7 de octubre de 1992** (R. 8302)].

Si bien el Centro Directivo sostiene la licitud del pacto de aportación, requiere, en todo caso, la necesidad de expresar una causa suficiente que justifique el desplazamiento patrimonial de una masa de bienes (privativos) a otra (ganancial). Esto es, la aportación es considerada como la consecuencia de otro negocio, y nunca es considerada como causa suficiente que en sí misma justifique el desplazamiento patrimonial [**RRDGRN de 10 de marzo** (R. 2468) y **14 de abril de 1989** (R. 3403), **29 de septiembre de 1990** (R. 7153) y **7 de octubre de 1992** (R. 8582), **11 de junio de 1993** (R. 5418) y **28 de mayo de 1996** (R. 4012)]. No en vano, la **RDGRN de 8 de marzo de 1983** (R. 1662) afirma que no puede existir atribución económica sin causa.

Por todo ello, la DGRN no considera suficiente, para inscribir en el Registro el desplazamiento patrimonial del patrimonio privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial, afirmaciones como que «se le atribuye carácter ganancial» o «que se aporta la finca a su sociedad de gananciales» [**RDGRN de 11 de junio de 1993** (R. 5418)]. Se exige la existencia de un negocio o contrato con causa adecuada para producir el desplazamiento patrimonial. La exacta especificación de la causa, señala la **RDGRN de 11 de junio de 1993** (R. 5418), es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser la causa, o presupuesto lógico, necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión y después practicar debidamente los asientos que procedan. Causa gratuita [**RDGRN de 30 de diciembre de 1999** (R. 9428)] u onerosa [**RRDGRN de 9 de junio de 2001** (R. 7709) y **12 de junio de 2003** (R. 4224)].

En esta línea, la **RDGRN de 7 de octubre de 1992** (R. 8582) plantea el supuesto de un solar perteneciente privativamente a un cónyuge, por herencia, y otro solar colindante perteneciente a ambos esposos con carácter ganancial. Producida la agrupación de ambas fincas, y la edificación en ésta, se pretende que todo ostente carácter ganancial. Afirma el Centro Directivo: «el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los ciertos contratos que, seguido de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 CC». Esto es, el negocio de aportación es perfectamente factible como negocio traslativo de dominio, pero se necesita manifestación de la causa del mismo, onerosa o gratuita. En el mismo sentido, las **RRDGRN de 15 de diciembre de 1999** (R. 9163), **21 de diciembre de 1999** (R. 9421), **21 de julio de 2001** (R. 2397), **14 de abril de 2002** (R. 8099), **12 de junio de 2003** (R. 4224) y **18 de septiembre de 2003** (R. 6334).

Exigencia ciertamente flexibilizada como demuestra la **RDGRN de 17 de abril de 2002** (R. 8099) donde se plantea el siguiente supuesto: Se presenta en el registro escritura en la que comparecen dos cónyuges y aportan a la sociedad conyugal una vivienda, precisamente la que constituye el domicilio, resultando de la comparecencia que fue comprada por el marido en estado de soltero. Se establece especialmente lo siguiente: La causa de dicha aportación tiene su origen en eliminar dificultades a la hora de liquidar su sociedad de gananciales debido a los gastos habidos al contraer matrimonio y que el préstamo hipotecario reseñado se está reintegrando y se va a pagar con dinero ganancial. El Registrador suspende por el defecto de que no se precisa la causa gratuita u onerosa

de la aportación. Ante dicho planteamiento la resolución señala: «Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid*. Resoluciones citadas en el visto) que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcio (*vid*. artículo 1223 del Código Civil), siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (*vid*. artículo 609 del Código Civil), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes, no personalizada jurídicamente o de propios elementos o características y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por las partes dentro de los límites legales (*vid*. artículos 609, 1265 y 1274 del Código Civil), y, subsidiariamente por la propia normativa del Código Civil. Entre los elementos esenciales del negocio está la causa (*cfr*. artículo 1261 del Código Civil). Pues bien, en el presente supuesto, si bien es cierto, como dice el Registrador, que la afirmación de querer facilitar la liquidación es más motivo que causa, también lo es que se expresa en la escritura una causa onerosa suficiente para el desplazamiento patrimonial, la cual viene constituida por ser la aportación compensación de los gastos realizados para contraer matrimonio, unida al hecho de que el precio de la vivienda pendiente de pago se va a satisfacer con dinero ganancial».

C) Atribución presunta de ganancialidad

Antes de la reforma de 1981 las adquisiciones conjuntas y pro indiviso de inmuebles se reputaban gananciales si no se demostraba la procedencia privativa del dinero [**RDGRN de 17 de octubre de 1979** (R. 3463)]. El párrafo segundo del artículo 1355 presume que, aunque la adquisición se haga con fondos privativos, si se realiza en forma conjunta y sin atribución de cuotas, existe voluntad favorable a la atribución de carácter ganancial a la adquisición, surgiendo, obviamente, los correspondientes derechos de reembolso [**SAP de Málaga de 25 de julio de 2005** (JUR 2005\229148)]. Ahora bien, la presunción establecida es *iuris tantum* y por ello puede enervarse mediante prueba acreditativa de la voluntad contraria de los cónyuges otorgantes [**STS de 29 de septiembre de 1997** (R. 6825) y **SAP de Vizcaya de 3 de enero de 2002** (AC 2002\6)]. Así, el artículo 1355 CC, en cuanto excepción, ha de ser interpretado de forma cautelosa, de manera que encerrando en el fondo una renuncia a la privacidad de los bienes ésta debería ser precisa, clara y terminante [**SAP de Asturias de 15 de noviembre de 2002** (JUR 2003\106172)]. Indica la **SAP de Alicante de 29 de junio de 2000** (JUR 2000\270591) que «El Código Civil en su artículo 1355 permite a los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso, durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos que se satisfagan. El requisito que exige el Código Civil es que los cónyuges obren de consuno, por consiguiente el consentimiento de los cónyuges debe manifestarse en el acto de otorgamiento de la escritura o ratificarse con posterioridad, pero no puede presumirse el consentimiento del cónyuge no presente en el momento del otorgamiento de la escritura».

D) La atribución de privatividad

Se plantea la posibilidad de atribuir carácter privativo, por acuerdo de los cónyuges, a los bienes adquiridos que, en aplicación de las normas generales CC, deberían ostentar la condición de gananciales.

Un sector doctrinal no duda en admitir tal posibilidad apoyados en una interpretación amplia del artículo 1355 CC, sector que encuentra apoyo en la **RDGRN de 25 de septiembre de 1990** (R. 7153), en un supuesto en el que se pretendía la inscripción registral de un local comercial adquirido por ambos cónyuges en el que el marido adquiere el 60% con carácter privativo y los dos cónyuges el 40%

restante para su sociedad conyugal, al afirmar que el desplazamiento patrimonial puede realizarse por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización (artículos 609, 1255, 1261 CC); esto es, se requiere una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (artículo 1347.3.º CC) como, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 CC, etc. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad. Doctrina confirmada por la **RDGRN de 21 de enero de 1991** (R. 592) y la **STS de 18 de mayo de 1992** (R. 4906).

Asimismo, la **STS de 19 de diciembre de 1997** (R. 9110) considera válido y eficaz el convenio de los cónyuges, realizado en documento privado, por el que se atribuye a uno de ellos con carácter privativo un bien ganancial.

Por el contrario, la **RDGRN de 2 de febrero de 1983** (R. 1088) ubica el supuesto planteado en el ámbito del artículo 1323 CC en un supuesto en el que el marido había vendido a su esposa la participación que como ganancial le pertenecía en una finca urbana que había sido comprada constante el matrimonio. Tras la negativa del registrador de practicar la inscripción, señala la DGRN, «la libertad de contratar entre cónyuges, sancionada, en el nuevo artículo 1323 CC, autoriza el entender permitido como regla general la válida adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial, máxime cuando se acredita la naturaleza privativa de la contraprestación, o como en este caso concreto en donde haya un reconocimiento o afirmación de tal naturaleza no sólo por el cónyuge adquirente sino también por su consorte, ya que de un lado, el principio de subrogación real evita exista un perjuicio para la sociedad de gananciales al ocupar la contraprestación recibida –dinero– el lugar del bien transmitido, y de otro lado, no puede entenderse se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar un esposo el doble concepto del vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave en la doctrina de este Centro Directivo sobre esta materia como es la falta de contraposición o conflicto de intereses».

II.11. La presunción de ganancialidad

Establece el artículo 1361 CC con claridad que «los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales», circunstancia que desplaza a los cónyuges, o a aquel que tenga interés, la prueba de la privatividad.

A) Alcance de la presunción

– Suprimidos los bienes dotales y los parafernales por la reforma de 1981, en el régimen legal de gananciales sólo quedan dos clases de bienes: los propiamente gananciales, comunes de los cónyuges, descritos en el artículo 1347 y los privativos de cada uno de los cónyuges, relacionados en el artículo 1346.

Lo que no ha suprimido la reforma del CC ha sido la presunción legal en beneficio de los bienes comunes, que, en parecidos términos a los que contenía el antiguo artículo 1407 CC, se encuentra regulada en el artículo 1361. Una presunción que, en palabras de la **STS de 22 de febrero de 2000** (R. 1339), goza de acreditada tradición en nuestro Derecho pues ya fue plasmada en la Ley 203 de Estilo y en nuestra Novísima Recopilación.

Este precepto atribuye carácter ganancial a todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no conste ni llegue a probarse [**SSTS de 27 de mayo de 2005** (R. 5760), **20 de abril de 2005** (R. 4507), **26 de diciembre de 2002** (R. 67), **25 de julio de 2002** (R. 6938), **24 de abril** (R. 2826) y **15 de febrero de 1999** (R. 1238), **23 de noviembre** (R. 8753) y **20 de julio de 1998** (R. 6127), **7 de abril** (R. 2741) y **29 de septiembre de 1997** (R. 6825)], con la finalidad, como recoge la **STS de 8 de enero de 1968** (R. 343), de: «resolver las dudas que con frecuencia se presentan acerca de la procedencia y carácter de determinados bienes del matrimonio, y evitar, a la vez, que las simples manifestaciones de los interesados puedan encubrir donaciones entre los cónyuges».

Su verdadera función, proclamó la **STS de 31 de marzo de 1930** (R. 820), consiste en ahuyentar las dudas a favor de la comunidad de bienes, y en este sentido debe ser interpretada, constituyendo «una alteración de la doctrina de la carga de la prueba; el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume y es el que alegue lo contrario quien tiene que probarlo» [**STS de 26 de diciembre de 2002** (R. 67)]. De ahí que no deba recurrirse a la aplicación del artículo 1361 CC cuando la ganancialidad del bien esté plenamente demostrada [**STS de 29 de diciembre de 2001** (R. 3096)].

La jurisprudencia ha aplicado con frecuencia esta norma y ha mantenido el carácter ganancial de bienes, por falta de prueba de que sean privativos, en sus **SSTS de 30 de junio de 2005** (R. 5088), **26 de diciembre de 2003** (R. 67), **26 de diciembre de 2002** (R. 67) y **24 de febrero de 2000** (R. 809), entre otras muchas; destacándose la necesidad de que se practique una prueba «suficiente, satisfactoria y concluyente» de que el bien sea privativo, en las **SSTS de 20 de junio de 1995** (R. 4931) y **10 de marzo** (R. 2485) y **29 de septiembre de 1997** (R. 6825); resumiendo la **STS de 24 de febrero de 2000** (R. 809) esta doctrina en los siguientes términos: «Es cierto que la jurisprudencia ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC, declarando que para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida (...) Pero también lo es que en ningún caso dicha presunción deja de admitir prueba en contrario por quien afirme el carácter privativo o no ganancial de los bienes de que se trate, y que, en consecuencia, si la sentencia que considere desvirtuada la presunción de ganancialidad aparece fundada en una valoración de la prueba practicada en el proceso, el problema a resolver en casación consistirá en determinar, primero, si la valoración del Tribunal de instancia se asienta en verdaderas pruebas; segundo, si en la valoración de éstas se ha vulnerado o no alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba, y tercero, si descartada la infracción de esta clase de reglas, las pruebas valoradas por el Tribunal de instancia tienen la fuerza suficiente para considerar desvirtuada la presunción de ganancialidad».

– La presunción de ganancialidad no sólo tiene eficacia frente a terceros, también entre los cónyuges (**STS de 24 de julio de 1996** (R. 6052)]. Si bien, requiere la existencia en el matrimonio de los bienes pretendidamente gananciales [**STS de 25 de octubre de 2006** (R. 6703)]. Indica la **STS de 14 de marzo de 1998** (R. 1567), dentro de un supuesto en el que realmente se estaba ante una exclusión del fundamento del matrimonio, circunstancia que no debe perderse de vista: «El motivo primero del recurso alega infracción del artículo 1250 CC; el motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: a) el artículo 1250 CC es una norma de carácter general que se limita a dispensar la prueba a los favorecidos por una presunción legal y constituye, por tanto, una norma relativa a la carga de la prueba; como tal norma de carácter general no es idónea para fundar sobre ella un motivo de casación si no va acompañada de la cita del concreto precepto legal que establece la concreta presunción que se entiende desatendida por el juzgador de instancia, cosa que aquí no se hace; b) *la presunción de ganancialidad a la que se refiere hoy en día el artículo 1361 del Código, a la que parece referirse el*

desarrollo del motivo, requiere la prueba de la existencia en el matrimonio de los bienes pretendidamente gananciales, siendo así que la sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico 2, establece que "en modo alguno, la demandada recurrente justificó lo contrario, es decir, la existencia real de bienes a los que poder atribuir el carácter de ganancialidad pretendido", declaración que no resulta desvirtuada en el recurso y que ha de ser aceptada por esta Sala. Tal inexistencia de bienes en el matrimonio impide la aplicación de la presunción de ganancialidad a la que se refiere el motivo».

– La presunción se extiende a la procedencia del precio, de forma que si no se demuestra que el precio se ha pagado con dinero privativo de alguno de los cónyuges lo adquirido será ganancial [**SSTS de 3 de mayo de 1990** (R. 3683), **23 de diciembre de 1992** (R. 10717), **11 de febrero** (R. 939), **6 de junio** (R. 4613) y **10 de septiembre de 1997** (R. 6401), **SSAP de Asturias de 13 de septiembre de 2006** (JUR 2006\251942), **Cantabria de 27 de octubre de 2005** (JUR 2005\1691), **Valencia de 10 de octubre de 2005** (JUR 2005\273992) y **Murcia de 6 de julio de 2005** (JUR 2005\81740)]. En este sentido, destaca la **STS de 2 de julio de 1996** (R. 5550), «adquirida la vivienda en 12 de mayo de 1969, *no es bastante para probar la procedencia privativa del precio,* la escritura de división de la herencia de su padre en la que se le adjudicaron determinadas fincas, ascendiendo su parte en el caudal hereditario a 9.100 pesetas, y la posterior venta, en los años 1956 y 1957, de tres de las fincas heredadas por un precio total de 6.825 pesetas, ya que *no consta el destino dado a ese precio durante los años que transcurrieron entre esas enajenaciones y la compra de la vivienda*, aparte de la notoria diferencia entre el precio de unas y otra, sin que tampoco exista prueba alguna de la sucesiva cadena de compras de distintas viviendas por la demandada con que se pretende justificar ese carácter privativo. Debe así prevalecer la presunción de ganancialidad del citado piso» [asimismo, **STS de 20 de noviembre de 1991** (R. 8415)].

– La presunción del artículo 1361 CC sólo opera en cuestiones de hecho, no de derecho [**STS de 25 de julio de 2002** (R. 938)]. Esto es, opera en las cuestiones de hecho, se presume que hubo algún hecho adquisitivo suficiente para la atribución de determinado bien a la sociedad de gananciales; pero no en las cuestiones de derecho, si cualquier hecho adquisitivo demostrado tiene como efecto jurídico la atribución del bien a uno u a otro patrimonio.

– En aplicación del artículo 1361 CC y salvo prueba en contrario, se considerará ganancial el mobiliario existente en el matrimonio [**SSAP de Córdoba de 29 de julio de 2003** (JUR 2003\200398), **Albacete de 30 de junio de 2003** (JUR 2003\240917) y **Valladolid de 13 de mayo de 2003** (JUR 2003\188908)]. Sin que quepa admitir el principio de la accesoriedad respecto de muebles y ajuar doméstico existente en vivienda privativa. No se trata, destaca la **SAP de Burgos de 18 de marzo de 2003** (JUR 2003\130067), de una relación principal y accesoria por la naturaleza mueble e inmueble de los bienes, sino que cada uno puede tener su propio origen adquisitivo y naturaleza, por difícil que sea su prueba, operando, en otro caso, como así sucede pertinentemente, la presunción de ganancialidad.

B) Presunción *iuris tantum*

– La presunción del artículo 1361 es una presunción legal que dispensa de toda prueba a los favorecidos por ella [**STS de 17 de febrero de 1977** (R. 501)]; si bien, es presunción *iuris tantum*, lo que quiere decir que puede quedar desvirtuada por prueba en contrario; esto es, verificando el concreto hecho adquisitivo del que se desprenda, conforme a Ley, que el bien es privativo de uno u otro cónyuge [**SSTS de 7 de abril** (R. 2741) y **10 de marzo de 1997** (R. 2485) y **4** (R. 9971), **23 de noviembre de 1998** (R. 8753), **24 de febrero de 2000** (R. 809), **23 de enero de 2003** (R. 607), **29 de mayo de 2007** (R. 4342) y **24 de enero de 2008** (R. 217)]. La **RDGRN de 14 de abril de 2005** (R. 5018) afirma que «La presunción del artículo 1361 del Código Civil en que pretende ampararse la recurrente cede, por

su propio carácter de tal, ante un título adquisitivo que determine la privatividad de lo adquirido según las reglas del artículo 1346 del mismo Código –en el caso contemplado estaríamos ante la de su apartado 2.°–. Y a ese título habrá de estar el registrador a la hora de practicar la inscripción correspondiente, sin desvirtuarlo por el hecho de que existan compensaciones en metálico cualquiera que sea su procedencia si su presencia no altera la naturaleza de aquel título. Es el caso, por ejemplo, de adquisiciones por permuta con bienes privativos –apartado 3.° de la misma norma– siempre que haya de calificarse como tal pese a que exista abono en metálico conforme al artículo 1446; o el de adquisición en virtud de un derecho de retracto privativo –apartado 4.°– al margen de la procedencia del precio pagado; o las previstas en los artículos 1356 ó 1357. En tales casos si ha habido pagos en metálico y éstos, pese a no ser de los que legalmente están a cargo o suponen obligación de la sociedad de gananciales, se han satisfecho efectivamente con fondos del caudal común, o así ha de presumirse, entrará en juego, como señala el Registrador en su informe, el deber de reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación que impone el artículo 1358 y recuerda el 1397».

Así, la **SAP de Zaragoza de 31 de enero de 2006** (JUR 2006\62) considera probado el carácter privativo del marido de los saldos existentes en una cuenta corriente: «apreciando los ingresos habituales del matrimonio y los gastos de todo orden efectuados, es de considerar que aquéllos son claramente insuficientes en su conjunto para soportar los segundos, siendo pues aportaciones a veces más significativas que otras, pero siempre en todo caso demostrativas de la insuficiencia de los bienes consorciales para hacer frente a tan importantes cargas, necesitando de un constante aporte del capital propio del marido para atenderlas, por cuya consideración debe entenderse atinada la conclusión contenida en la Sentencia del Juzgado, y lo mismo debe sostenerse respecto de los fondos de inversión y de los planes de pensiones, que se nutren de cantidades muy importantes, desde luego claramente superiores a aquellas que el marido ingresaba por razón de su sueldo, cuyo origen no puede explicarse sino acudiendo a los bienes recibidos por sus familiares, por lo que la presunción (de ganancialidad) dicha debe entenderse igualmente destruida en el caso presente».

Ahora bien, la posibilidad cierta de destruir la presunción de ganancialidad tiene unos límites que no pueden rebasar los de la propia presunción, que no actúa con carácter de generalidad, superponiéndose a todas las normas que atribuyen tal carácter a determinados bienes del matrimonio, sino que, dentro de éstos, se ha de distinguir los que tienen la cualidad de gananciales en virtud de la propia presunción (como los bienes muebles que carecen de título conocido o los propios bienes inmuebles inscritos en el RP cuando no consta expresamente que la adquisición se realizó para la sociedad conyugal), la cual, por consiguiente, puede ser contradicha y destruida, de aquellos otros que reciben aquella cualidad del título de adquisición (artículo 1347 CC) o por la voluntad de los adquirentes (artículo 1355 CC), respecto a los que, cualquiera que sean las consecuencias colaterales de la adquisición o de la voluntad de los cónyuges, al no operar la presunción no se da la posibilidad de ser destruida [**RDGRN de 10 de enero de 1994** (R. 234)].

De ahí que, cuando se hace constar el carácter ganancial en la escritura de compraventa del bien, no se trata de que exista una presunción *iuris tantum*, y, por lo tanto, destruible por prueba en contrario, respecto de que ese bien es ganancial, sino que, por el contrario, lo que concurre es la certeza del carácter ganancial del bien, con lo cual, para lograr que se proclame su carácter privativo habría que impugnar la propia escritura pública donde así se hizo constar [**SAP de Málaga de 28 de diciembre de 2001** (JUR 2002\110072)].

– La carga de la prueba incumbirá a aquel que niegue el carácter ganancial del bien en cuestión [**SSTS de 3 de noviembre de 1989** (R. 7846), **20 de junio** (R. 4931) y **10 de julio de 1995** (R. 5557) y **26**

de diciembre de 2002 (R. 67)]. Como señala la **STS de 28 de octubre de 1965** (R. 4748), si se suscita contienda sobre el carácter privativo o ganancial de los bienes del matrimonio o de cualquiera de ellos, la presunción legal arrojará por entero la carga de la prueba sobre el que sostenga el carácter no ganancial de aquellos bienes, y que esa prueba ha de ser cumplida y satisfactoria, exigiéndose con reiteración, tanto a efectos civiles como registrales que la justificación se haga mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes, sin que baste una simple manifestación.

– La jurisprudencia es bastante exigente a la hora de la valoración de la prueba, no pudiendo basarse en «los meros indicios o las simples conjeturas» [**SSTS de 27 de noviembre de 2007** (R. 2008/29), **17 de octubre de 2007** (R. 7307), **9 de junio de 2006** (R. 3381), **20 de noviembre de 2003** (R. 8340), **23 de enero de 2003** (R. 607), **24 de febrero de 2000** (R. 809), **29 de septiembre de 1997** (R. 6825), **2 de julio de 1996** (R. 5550) y **20 de junio de 1995** (R. 4931)]. Las pruebas que pretendan destruir la presunción de ganancialidad a favor de la privacidad han de resultar suficientes, satisfactorias y convincentes [**SSTS de 24 de enero de 2008** (R. 217), **28 de junio de 2006** (R. 5977) y **24 de julio 1996** (R. 6052)].

Es necesario que se haya practicado prueba satisfactoria y cumplida, acreditativa de que se trata de bien privativo [**SSTS de 20 de noviembre de 1991** (R. 8415), **23 de diciembre de 1992** (R. 10717), **18 de julio de 1994** (R. 6447), **8 de marzo** (R. 1939) y **2** (R. 5550) y **24 de julio de 1996** (R. 6052) y **10 de marzo** (R. 2485) y **29 de septiembre de 1997** (R. 6825), **20 de julio de 1998** (R. 6127), **24 de febrero de 2000** (R. 809), **29 de diciembre de 2001** (R. 3096), **26 de diciembre de 2002** (R. 67), **23 de enero de 2003** (R. 607), **19 de junio de 2006** (R. 3381) y **29 de mayo** (R. 4342) y **17 de octubre de 2007** (R. 7307) y **SSAP de Málaga de 29 de julio de 2005** (JUR 2005\243749), **Murcia de 6 de octubre de 2003** (JUR 2003\275953), **Palencia de 17 de octubre de 2002** (AC 2003\408) y **Murcia de 10 de julio de 2000** (JUR 2000\258281)].

La presunción de ganancialidad de los bienes que adquieren los cónyuges constante su matrimonio, destaca la **STS de 29 de septiembre de 1997** (R. 6825), cabe ser destruida por prueba en contrario y para que dicha presunción *iuris tantum* tenga aplicación [**STS de 2 de julio de 1996** (R. 5550)], y proceda ser desplazada por la privatividad, requiere prueba expresa y cumplida, no bastando la indiciaria. Dicho Alto Tribunal, en su posterior resolución de **24 de septiembre de 1998** (R. 7067), consagra que la presunción de ganancialidad de los bienes hay que destruirla, siendo necesario, por lo general, la prueba documental y pública, ya que no en vano se trata de contrarrestar una presunción legal, contra la cual son ineficaces las presunciones de signo adverso. Asimismo en **STS de 24 de febrero de 2000** (R. 809) se considera como cierto que la jurisprudencia ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC, y declarado que para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida, pero también lo es que en ningún caso dicha presunción deja de admitir prueba en contrario por quien afirme el carácter privativo o no ganancial de los bienes de que se trate y que, en consecuencia, si la sentencia que considere desvirtuada la presunción de ganancialidad de un bien aparece fundada en una valoración de la prueba practicada en el proceso, el problema que ha de resolverse consistirá en determinar, primero, si la valoración del Tribunal de instancia se asienta en verdaderas pruebas; segundo, si con la anterior actividad se ha vulnerado o no alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba, y tercero, si descartada la infracción de esta clase de reglas, las pruebas tienen la fuerza suficiente para considerar desvirtuada la presunción de ganancialidad [**SSTS de 2 de julio de 1996** (R. 5550) y **29 de septiembre de 1997** (R. 6825)]. Concluye lo dicho la **STS de 27 de mayo de 2005** (R. 5760): «... para destruir tal presunción, no bastaba la confesión que el marido hiciera en la

escritura de compra de haberse realizado la adquisición con dinero de la mujer, pues ha de constar esa procedencia, para que pueda perjudicar a tercero, por medios distintos de la confesión de los cónyuges, habiendo de ser por lo general, la prueba documental y pública la procedente, ya que no en vano se trata de contrarrestar una presunción legal, contra la cual son ineficaces presunciones de signo contrario (...) se requiere prueba expresa de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges».

Así, la **STS de 2 de julio de 1996** (R. 5550) exige la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes por uno u otro cónyuge; o bien una prueba testifical incontestable tal y como manifiesta la **SAP de Orense de 16 de enero de 2004** (JUR 2004\52863); o la prueba de que los bienes provienen de una previa donación a favor exclusivamente de un cónyuge [**SAP de Madrid de 14 de julio de 2005** (AC 2005\1283)]; o una prueba documental pública que acredite el carácter privativo del precio, según expresa la **SAP de Pontevedra de 14 de septiembre de 2000** (JUR 2001\5089); no bastando la declaración del cónyuge o de sus hermanos [**SAP de Murcia de 10 de julio de 2000** (JUR 2000\258281)], pues «... si bien es cierto que la presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio, establecida por el artículo 1361 del Código Civil, es *iuris tantum* y admite, por tanto, prueba en contrario, también lo es que la jurisprudencia ha venido aplicando un criterio notablemente riguroso a la hora de entender desvirtuada dicha presunción. Y así, se ha subrayado la necesidad de que la citada prueba en contrario sea "suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento de la situación de privatividad", no bastando los meros indicios y debiendo resolverse las situaciones dudosas en favor de la naturaleza ganancial de los bienes»; y no siendo suficiente la no inclusión de bienes gananciales en las operaciones liquidatorias de éstos al carecer tal circunstancia de intensidad jurídica suficiente para destruir la presunción de ganancialidad establecida, ya que ni siquiera constituye acto propio vinculante, pues procede en todo caso su complemento o adición [**SSTS de 20 de noviembre de 1993** (R. 9175), **25 de septiembre de 1995** (R. 6670), **10 de marzo de 1997** (R. 2485), **16 de marzo de 2001** (R. 3200) y **25 de octubre de 2006** (R. 6703)].

– La presunción puede destruirse mediante pruebas de cualquier clase, incluidas las denominadas presunciones *hominis* [**SSTS de 7 de abril de 1997** (R. 2741) y **20 de junio de 1995** (R. 4931)].

Sirve suficientemente para destruir la naturaleza presuntiva de bien ganancial, «los datos recogidos en la sentencia recurrida, como son, que el solar fue adquirido por la esposa, ahora recurrida, como compradora en la escritura de adquisición, asimismo que en la escritura de obra nueva, sigue figurando, la misma, esta vez, como dueña de pleno dominio, y que en ambas escrituras, figura el marido, ahora recurrente, para prestar asistencia y dar la licencia del entonces vigente artículo 61 CC, hoy modificado. Todo ello supone una base probatoria suficiente para destruir la presunción de bien ganancial del solar y edificación en cuestión, y así poder, con ello, calificar como privativo de la esposa al mismo, abundando en esta tesis, la actuación del marido, que puede perfectamente sustentar la doctrina de los actos propios, que no le permite ir a la contra de lo que había permitido y aceptado» [**STS de 7 de abril de 1997** (R. 2741)].

La prueba de que los pagos se han realizado con dinero privativo de uno de los cónyuges elimina la presunción. En este sentido se manifiesta la **STS de 21 de mayo de 1996** (R. 3882): «El fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida dice a los efectos, que aquí interesan: "... ambas fincas están inscritas a nombre del matrimonio y para su sociedad de gananciales, por ello, y con total independencia del origen de los caudales que sirvieron para su adquisición que no puede reputarse determinado, ya que si la esposa enajenó bienes privativos, el actor por su profesión, también debía contribuir a incrementar las posibilidades económicas del matrimonio, ha de prevalecer sobre

cualquier presunción infundada, la declaración registral de su carácter de ganancial...". A la vista de lo transcrito, asiste la razón a la recurrente al calificar de infundada la presunción de ganancialidad de las contraprestaciones, pues una cosa es que el marido tuviera ingresos, y otra que los mismos hubiesen sido empleados en el pago de las adquisiciones, y no en otras atenciones de la sociedad conyugal. *Ninguna prueba existe en el primer sentido, y sí, en cambio, abundantísima de que los pagos se han realizado con dinero privativo de la recurrente*».

Igualmente, suprime la presunción de ganancialidad, ante la adquisición de unos títulos valores, el hecho de que el marido no figura como poseedor de tales títulos valores ni como titular de la cuenta bancaria en la que fueron abonados [**SAP de Valladolid de 13 de octubre de 1995** (AC 1995\885)].

Se destruye la presunción de ganancialidad ante un título adquisitivo que determine la privatividad de lo adquirido según las reglas del artículo 1346 CC [**RDGRN de 14 de abril de 2005** (R. 5018)].

– No desvirtúa la presunción «la omisión voluntaria o involuntaria de bienes en el inventario de la partición, en cuyo caso, lo que procede es su complemento o adición con los bienes omitidos» [**SSTS de 20 de noviembre de 1993** (R. 9175), **25 de septiembre de 1995** (R. 6670) y **10 de marzo** (R. 2485) y **14 de julio de 1997** (R. 5521)].

Tampoco basta para destruir la presunción el que esté constituido el derecho de crédito sólo a nombre de uno de los cónyuges [**RDGRN de 14 de septiembre de 1992** (R. 7230)].

– La prueba del carácter privativo no tiene por qué conformarse al momento de la adquisición del bien, pues puede hacerse en cualquier momento, siempre, claro está, con anterioridad a la posible adquisición de derechos a favor de terceros.

C) La confesión de uno de los cónyuges como medio de desvirtuar la presunción de ganancialidad

El problema que se plantea frente a la presunción de ganancialidad prevista en el artículo 1361 es el de si la confesión de la privatividad de un bien supone o no prueba suficiente.

Hoy día, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1324 CC, debe producir plenos efectos *inter partes* la confesión. Entre los cónyuges es prueba bastante [**SSTS de 18 de mayo de 1992** (R. 4906), **26 de septiembre de 1996** (R. 6657) y **8 de octubre de 2004** (R. 5993)]. Circunstancia que no sucedía al amparo de la legislación anterior [**STS de 10 de julio de 1995** (R. 5557)].

Sin embargo, frente a terceros, la presunción favorable a los gananciales se mantiene [**RDGRN de 13 de junio de 2003** (R. 4225) y **SAP de Madrid de 8 de noviembre de 2007** (JUR 2008/45632)]. Es imprescindible citar la **STS de 18 de julio de 1994** (R. 6447) cuyo objeto consiste en determinar si procede reputar como bienes gananciales o privativos un piso y un garaje a efectos de la fijación del contenido económico de la sociedad de gananciales que instauraron los litigantes al contraer matrimonio y que finalizó cuando se decretó por sentencia la separación matrimonial. La esposa defiende la naturaleza privativa de estos bienes basándose en la confesión que el marido realizó en escritura pública, ya que en la estipulación tercera se hace constar la manifestación del marido de que «el dinero satisfecho como precedente de la venta que antecede es de la exclusiva propiedad de su esposa...».

De la Sentencia se pueden extraer las siguientes manifestaciones del Tribunal en relación con la cuestión que nos ocupa:

1.ª La confesión notarial expresada no es suficiente ni determinativa para reputar los inmuebles en disputa de la exclusiva propiedad de la recurrente y destruir la presunción legal de su ganancialidad.

2.ª La confesión por sí sola (actualmente recogida en el artículo vigente 1324 CC), no constituye prueba absoluta y no cabe desarticularla del resto del armazón probatorio, para darle así carácter prevalente, que haría inútil las demás probanzas, toda vez que debe ser apreciada conjuntamente con todas las restantes. Por sí sola, esta prueba no es suficiente para destruir y arrasar las deducciones que la Sala de instancia alcanzó y declaró, extraídas de los demás elementos de prueba obrantes en autos.

3.ª La presunción *iuris tantum* de ganancialidad de los bienes que establecía el antiguo artículo 1407 y mantiene el actual 1361 CC, es la que procede a los discutidos en el pleito, pues no se ha cumplido la exigencia de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la necesidad de darse prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad, no siendo bastante el mero reconocimiento por el marido del carácter privativo de los bienes en cuestión y en los casos de supuesta adquisición con dinero exclusivo de la esposa, como sucede con el presente [**STS de 29 de diciembre de 2001** (R. 3096)].

La misma doctrina se encuentra en las **SSTS de 2 de julio de 1996** (R. 5550), **8 de febrero de 1993** (R. 688) y **20 de noviembre de 1991** (R. 8451) y **RRDGRN de 10 de octubre de 2005** (JUR 2005\7446) y **13 de junio de 2003** (R. 4225). Señala esta última: «Para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, no es suficiente la confesión de un consorte sobre el carácter de la adquisición, pues ésta opera entre cónyuges (artículo 1324 del Código Civil), pero no ante terceros que se pudieran ver afectados, como son los posibles acreedores o legitimarios. En congruencia con ello, disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del confesante, los actos de disposición necesitarían de su consentimiento o intervención y a la hora de liquidarla también ésta es preceptiva para la ratificación del carácter privativo en la confección del inventario, a los efectos de quedar salvaguardada la cuantía de su legítima. Sólo de la confirmación de la privatividad del bien en el inventario, puede accederse libremente por los herederos del titular a la venta del mismo, como es ahora el caso, lo que ha de darse la razón al Registrador cuando solicita o bien su intervención o la acreditación de la inexistencia de legitimarios».

D) Presunción de ganancialidad y separación de hecho de los cónyuges

Se considera contraria a la buena fe y constitutiva de abuso de derecho la reclamación de los derechos derivados del régimen de la sociedad legal de gananciales sobre los bienes obtenidos por el otro cónyuge constante la separación. Diversas resoluciones del TS, en atención a las circunstancias concurrentes y para eludir posibles abusos de derecho, han excluido de la presunción de ganancialidad y de los beneficios que la Ley reconoce a los cónyuges que mantienen una convivencia normal y perdurable, supuestos en que la convivencia quedó interrumpida de hecho para seguir cada cónyuge una vida independiente. Es el caso presentado en la **STS de 9 de diciembre de 1994** (R. 9435), en la que se estima probado que la esposa, tras abandonar el domicilio conyugal, dejó de aportar bienes a la sociedad de gananciales con mucha anterioridad a la fecha de compra de las fincas objeto de litis, por lo que –afirma la sentencia en su fundamento de derecho segundo– de tales hechos cabe deducir, conforme a las reglas del criterio humano, que el esposo adquirió las fincas cuya naturaleza

se discute con dinero privativo. A esta conclusión se llega como resultado de la apreciación conjunta de la prueba y la presunción expresada y, en base a ella, entra en juego el precepto del apartado 3.º del artículo 1346 CC y deviene inaplicable el artículo 1361 del mismo texto legal.

Como se recoge en la **STS de 26 de abril de 2000** (R. 3230), es sólida la corriente jurisprudencial que señala que «*la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges*, con lo que se viene a mitigar el rigor literal del número 3.º del artículo 1393 del Código Civil y ello al objeto de adaptarlo a la realidad social y al principio de la buena fe. Así, es la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia. Entenderlo de otro modo significaría, en efecto, un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos. Lo anterior, por otra parte, no obsta a considerar persistente la naturaleza ganancial de los bienes que tuvieran la condición de gananciales antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia». Así, la **STS de 23 de diciembre de 1992** (R. 10653), ante una separación de hecho que perduró durante al menos cuarenta años en los que los cónyuges vivieron con independencia, habiendo formado el marido una nueva familia extramatrimonial, en la que tuvo dos hijos, recuerda la doctrina jurisprudencial expresiva de que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.º1 CC)» [**SSTS de 26 de noviembre de 1987** (R. 8689), **17 de junio de 1988** (R. 5113) y **31 de octubre de 1989** (R. 7038) y **SSAP de Córdoba de 1 de diciembre de 2005** (JUR 2006\135970), **Guadalajara de 10 de febrero de 2003** (AC 2003\702), **Pontevedra de 23 de mayo de 2002** (JUR 2002\199844) y **Salamanca de 3 de abril de 2000** (AC 2000\3409)]; si bien, destaca la **STS de 23 de febrero de 2007** (R. 656), lo esencial no es el tiempo de duración de la separación de hecho, sino la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal [**SSTS de 13 de junio de 1986** (R. 3549), **26 de noviembre de 1987** (R. 8689), **17 de junio de 1988** (R. 5113), **31 de octubre de 1989** (R. 7038), **23 de diciembre de 1992** (R. 10653), **27 de enero** (R. 110) y **14 de marzo de 1998** (R. 1567), **24 de abril de 1999** (R. 2826), **24 de mayo de 2000** (R. 3993) y **4 de diciembre de 2002** (R. 10423)].

II.12. Reembolsos y reintegros entre patrimonios

De acuerdo con el artículo 1358 CC: «Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación».

A) El derecho de reintegro y reembolso: su fundamento

Es opinión común entender que la razón de ser de la disciplina de las *recompensas* se encuentra en la necesidad que tienen los regímenes comunitarios de contar con un instrumento que les permita

corregir, con eficacia y equidad, las transferencias de capital entre la masa ganancial y las privativas, y a la inversa (artículo 1323 CC) [**STS de 26 de septiembre de 2002** (R. 8485) y **SSAP de Toledo de 18 de julio de 2006** (JUR 2006\205363), **Asturias de 31 de mayo de 2005** (JUR 2005\142479), **Cáceres de 2 de abril de 1998** (AC 1998\4611) y **15 de diciembre de 1997** (AC 1997\2471)].

Dada la independencia de los distintos patrimonios, cuando se ha producido, a lo largo de la vigencia del régimen ganancial, un traspaso de uno a otro, se impone, a la disolución de la sociedad, el reembolso pertinente, reembolso que ha de ser siempre actualizado, pues está configurado como auténtica deuda de valor (artículo 1358) [**SAP de Ciudad Real de 25 de abril de 2006** (JUR 2006\152382)].

Destaca la **STS de 26 de septiembre de 2002** (R. 8485): «Cuando por razones de política legislativa la norma innova el carácter del bien transformado, configurando un primitivo bien privativo como común pero mejorado, habrá de compensarse al titular particular en cierto modo expoliado, bien abonando el valor de dicho bien, o bien concediendo una expresa acción de reembolso o reintegro del valor satisfecho a costa del caudal propio».

La jurisprudencia admite que el fundamento de la acción de reembolso, incluso en los supuestos de gestión de una comunidad de intereses, se encuentra en la gestión de negocios ajenos [**SSTS de 27 de junio de 1925**, **29 de mayo de 1984** (R. 2804), **16 de diciembre de 1985** (R. 6443), **23 de octubre de 1991** (R. 7484) y **25 de junio de 1992** (R. 5474)]. De este modo, se exigen para su ejercicio los requisitos propios de la *actio negotiorum gestorum contraria:*

1) **Ajenidad:** La **STS de 8 de abril de 1948** (R. 768) afirma que «si bien para reclamar el pago hecho en nombre de tercero admite nuestro CC la acción *in rem verso* con mayor amplitud que los Códigos de otros países, falta el supuesto de aquel precepto cuando el actor no pagó ni en nombre ni por cuenta ajenos». La misma exigencia de la ajenidad la encontramos en las **SSTS de 9 de junio de 1986** (R. 3302), **29 de diciembre de 1979** (R. 4664) y **7 de abril de 1960** (R. 1276).

2) **Utilidad:** No aprecia la existencia de un derecho de reembolso la **STS de 12 de noviembre de 1987** (R. 8397), en la que un comisionista pretende hacerlo efectivo frente a la empresa comitente, por haber realizado pagos por ella, sin su conocimiento, a una empresa de transportes. Entiende la sentencia que «en el pago hecho sin conocimiento expreso del deudor por un tercero, sólo podrá ejercitarse la *actio in rem verso* por este último en cuanto probare que le hubiere sido útil a aquél, pues de otra suerte, podría darse estado de validez a un posible y eventual fraude por connivencia dolosa». En el mismo sentido la **STS de 30 de septiembre de 1987** (R. 6455).

Lo que parece admitirse, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, es que los reembolsos y reintegros descritos en el artículo 1358 CC son concebidos como una deuda de valor [**SAP de Madrid de 23 de noviembre de 1993** (AC 1993\2603)], no en vano se hace referencia al *importe actualizado.*

B) Derechos de reembolso a favor de los cónyuges

De acuerdo con el artículo 1358 CC cuando un bien sea ganancial a pesar de haberse adquirido a costa de bienes o dinero privativo de un cónyuge, nacerá a su favor y en contra de la comunidad, un derecho de reembolso por el valor satisfecho [**SSAP de Granada de 13 de abril de 2005** (JUR 2005\138285), **Las Palmas de 25 de junio de 2003** (JUR 2003\24150), **Almería de 19 de febrero de 2003** (AC 2003\586), **Valencia de 18 de junio de 1996** (RGD 1996, pág.10602) y **Madrid de 10 de**

octubre de 1995 (AC 1995\2126) y **23 de noviembre de 1993** (AC 1993\2603)]. Aún más, cuando, por consecuencia de la inversión, el bien en que se realiza se revaloriza, en cuyo caso, y tratándose de inversiones de fondos comunes en un bien privativo que, por consecuencia de ello se «mejora», la sociedad es acreedora del valor que los bienes tengan como consecuencia de esa mejora, calculado al tiempo de la disolución de la sociedad (artículo 1359, párrafo segundo). Estos reembolsos tienen todas las características de las acciones de enriquecimiento, de manera que tratan de restablecer la situación sin que ninguno de los cónyuges se enriquezca a costa del otro o de la sociedad ganancial [**SAP de Ciudad Real de 25 de abril de 2006** (JUR 2006\152382)].

Es el caso presentado por la **STS de 12 de marzo de 1993** (R. 1794), donde los inmuebles litigiosos se adquirieron por una primera sociedad de gananciales y, en consecuencia, a ella pertenecen, aunque la adquisición se realizase con pacto de reserva de dominio, sin perjuicio de que tal sociedad haya de abonar los créditos contra ella subsistentes por los desembolsos realizados para su adquisición en la cuantía que se justifique por quienes los aleguen.

En el mismo sentido, para la legislación derogada, la **STS de 8 de febrero de 1993** (R. 688). Ante la falta de la prueba de que la vivienda litigiosa fue adquirida exclusivamente con dinero de la esposa, que sólo aportó el numerario con que se hicieron los pagos aplazados, y demostrado que tenía carácter ganancial el pago inicial, la presunción de ganancialidad que informaba la legislación entonces vigente y la necesidad de fijar desde el momento de su adquisición el carácter ganancial o privativo del bien, debía considerarse como ganancial la citada vivienda, sin perjuicio de que se reconozca a favor de la esposa, frente a la sociedad de gananciales, el derecho de reintegro de las cantidades por ella abonadas que, al ser la comunidad conyugal la compradora del piso, eran de cargo de ésta, y cuyo importe actualizado deberá incluirse en el pasivo de la sociedad de acuerdo con el artículo 1398.3.º CC en su actual redacción, aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales.

C) Derechos de reembolso a favor de la comunidad

El artículo 1358 contempla el supuesto de reembolsos a favor de la comunidad conyugal como consecuencia de la adquisición por ésta de bienes que tendrán el carácter de privativos [**STS de 4 de junio de 1981** (R. 2495) y **SSAP de Ciudad Real de 1 de septiembre de 2004** (AC 2004\1546), **Las Palmas de 25 de junio de 2003** (JUR 2003\24150), **Granada de 15 de enero de 2003** (JUR 2003\108860) y **Almería de 19 de febrero de 2003** (AC 2003\586)].

Se reconocen reembolsos de esta índole en la **SSAP de Valladolid de 18 de junio de 1984** (RGD 1984, pág. 3601) y **Valencia de 12 de mayo de 1987** (RGD 1987, pág. 5120). En ninguna de las dos se hace referencia al momento en que debe proceder el reembolso; sin embargo, en la última, dado que se efectúa un análisis del carácter ganancial o privativo de una serie de bienes, parece que la comunidad se encuentra en fase de liquidación. Si esto es así, la vía adecuada para obtener el reembolso es la aplicación de los artículos 1397.3 y 1403 CC, aunque es cierto que el crédito que nace a favor de la comunidad ganancial es el previsto en el artículo 1358. Lo mismo puede afirmarse respecto de la **RDGRN de 25 de septiembre de 1990** (R. 7153), en la que se contempla un supuesto análogo. Confirma esta posición la **SAP de Burgos de 7 de mayo de 1996** (AC 1996\1388) al afirmar que «no puede la demandante reclamar al esposo el cobro de un crédito perteneciente a la sociedad de gananciales sin instar previamente la liquidación de la misma» [igualmente la antigua **STS de 27 de octubre de 1909**, y la misma doctrina en las **SSAP de Málaga de 16 de junio de 2005** (JUR

2005\233818), **Asturias de 31 de mayo de 2005** (JUR 2005\142479), **Salamanca de 27 de diciembre de 2003** (JUR 2003\75044)].

De este modo la vía normal para satisfacer el reintegro por parte del cónyuge deudor de la comunidad, cuando el importe del crédito de la sociedad contra uno de los cónyuges es inferior a su cuota, no es otro que la imputación en su haber a la hora de la partición. Confirman esta opinión las **SSTS de 21 de mayo de 1994** (R. 3728) y **16 de febrero de 1998** (R. 868).

Así, la **STS de 21 de mayo de 1994** (R. 3728) ordena la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de un derecho de traspaso de carácter ganancial que se perdió por culpa del marido, adjudicando su valor en el cupo que le correspondía del haber ganancial.

Por su parte, la **STS de 16 de febrero de 1998** (R. 868) contempla el supuesto en el que el contador dirimente, en la liquidación por él practicada, incluye una suma de dinero en el activo de la sociedad de gananciales, adjudicándosela a la esposa, como activo ya recibido, puesto que previamente había dispuesto de ella.

D) Actualización

La actualización, al momento de realizarse la liquidación, debe ir conforme con las previsiones del Índice de Precios al Consumo [**SAP de Madrid de 11 de abril de 2006** (JUR 2006\) y **Granada de 15 de enero de 2003** (JUR 2003\108860)].

III. LOS BIENES GANANCIALES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como ha señalado la **RDGRN de 12 de mayo de 2007** (R. 3584), en el régimen matrimonial de sociedad de gananciales, la doctrina dominante ha ido decantando la distinción entre los conceptos de titularidad y ganancialidad, de modo que una cosa es determinar cuál de los cónyuges es el titular de una determinada finca, a cuyo nombre debe inscribirse ésta, mientras que el carácter ganancial o privativo se desenvuelve en un plano distinto a la titularidad, sin perjuicio de que pueda afectar a las facultades dispositivas del cónyuge titular (artículos 93 y siguientes del Reglamento Hipotecario).

En este sentido, los bienes, como se sabe, no pueden inscribirse a nombre de la sociedad, que no es persona jurídica, sino a nombre de los cónyuges [a título de ejemplo, **STS de 3 de noviembre de 2004** (R. 6868), **RRDGRN de 28 de febrero** (R. 2881) y **14 de septiembre de 1992** (R. 7230) y **SSAP de Islas Baleares de 19 de mayo de 2006** (JUR 2006\195646), **Guipúzcoa de 3 de mayo de 2005** (JUR 2005\192574), **Cantabria de 28 de marzo de 2001** (JUR 2001\186197) y **Ávila de 2 de febrero de 1998** (AC 1998\3640)].

Así, según el artículo 93 RH, *se inscriben a nombre de marido y mujer, como gananciales*, las adquisiciones a título oneroso que se realizan a costa del caudal común, ya atribuyéndoles ambos cónyuges esa condición, ya adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas.

La adquisición a costa del caudal común no se ha de probar: vale la presunción del artículo 1361 CC.

El mismo régimen se aplica a los bienes donados o dejados por testamento conjuntamente sin especial designación de partes, cuando se produce constante la sociedad, la liberalidad es aceptada por ambos y el donante o testador no ha dispuesto lo contrario.

Esta regla (artículo 93.1 RH) es coherente con cuanto disponen los artículos 1347, 1355, 1353, 1365, etc. CC. Consecuencia de ello es que la inscripción de los actos de administración o disposición a título oneroso se practicará si se han realizado conjuntamente por ambos cónyuges o por uno de ellos con consentimiento del otro o autorización judicial (artículo 93.2 RH). El Reglamento se ciñe aquí a los artículos 1376 y 1377 CC, pero olvida el artículo 1322 del CC, que no decreta la nulidad automática de los actos a título oneroso cuando el cónyuge no cuente con el consentimiento del otro, y no se vé la razón de que no quepa la inscripción haciéndolo constar.

Coherentemente con cuanto disponen los artículos 1322.2.º y 1378 CC, el artículo 93.3 RH no permite inscribir actos de disposición a título gratuito si no fueren realizados por ambos cónyuges o por uno con consentimiento del otro.

Según el artículo 93.4 RH se inscriben *a nombre del cónyuge adquirente, con la indicación de que la adquisición se produce para la sociedad de gananciales*, las adquisiciones de bienes a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales. Se omite aquí la nota de que sea a costa del caudal común, pero esto se presume en base a los artículos 1361, 1347.3.º CC, etc.

En tal caso, la inscripción de los actos de administración y disposición sigue las reglas ya indicadas, pero el cónyuge titular registral puede otorgar (y se inscriben) agrupaciones, segregaciones, declaraciones de obra nueva, título constitutivo de la Propiedad Horizontal y actos análogos.

1.º La inscripción de bienes «presuntivamente gananciales» se rige por el artículo 94 RH, que se ocupa de la inscripción de los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges sin expresar qué adquiere para la sociedad de gananciales. La ganancialidad se presume *ex* artículo 1361 CC. Incluso, como bien señala la **RDGRN de 12 de mayo de 2007** (R. 3584), si en el título presentado consta la voluntad de los otorgantes de que la inscripción se produzca con un determinado carácter, y a juicio del Registrador no se cumplen los requisitos para practicar la inscripción con dicho carácter solicitado, no parece que haya motivo para detener la inscripción, y resulta preferible que el Registrador inscriba, en su caso como presuntivamente ganancial, emitiendo nota de suspensión de la constancia del carácter solicitado, lo que permitirá al interesado recurrir, si lo considera oportuno, o acreditarlo más adelante, haciéndose constar por nota marginal, conforme al artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, y sin que sea aplicable el último párrafo del artículo 327 de la Ley Hipotecaria.

Como ha destacado la **RDGRN de 12 de mayo de 2007** (R. 3584), en el régimen matrimonial de sociedad de gananciales, la doctrina dominante ha ido decantando la distinción entre los conceptos de titularidad y ganancialidad, de modo que una cosa es determinar cuál de los cónyuges es el titular de una determinada finca, a cuyo nombre debe inscribirse ésta, mientras que el carácter ganancial o privativo se desenvuelve en un plano distinto a la titularidad, sin perjuicio de que pueda afectar a las facultades dispositivas del cónyuge titular (artículos 93 y siguientes del Reglamento Hipotecario).

Si en el título presentado consta la voluntad de los otorgantes de que la inscripción se produzca con un determinado carácter, y a juicio del Registrador no se cumplen los requisitos para practicar la inscripción con dicho carácter solicitado, no parece que haya motivo para detener la inscripción,

y resulta preferible que el Registrador inscriba, en su caso como presuntivamente ganancial, emitiendo nota de suspensión de la constancia del carácter solicitado, lo que permitirá al interesado recurrir, si lo considera oportuno, o acreditarlo más adelante, haciéndose constar por nota marginal, conforme al artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, y sin que sea aplicable el último párrafo del artículo 327 de la Ley Hipotecaria. Concluyendo, si no consideraba suficientemente acreditado ni confesado el carácter privativo de la adjudicación, nada impedía a la Registradora haber practicado la inscripción con carácter presuntivamente ganancial, sin necesidad de recabar para ello un nuevo consentimiento.

El régimen de los actos de disposición es el del artículo 93.4 RH.

2.º El artículo 95 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476 y 642) permite la inscripción con carácter privativo de bienes del cónyuge adquirente casado bajo el régimen de sociedad de gananciales siempre que el carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido se justifique mediante prueba documental pública.

Es imprescindible la justificación de la privatividad de los fondos empleados, a tenor del artículo 95.2 RH, que exige «prueba documental pública» lo que, como se ha señalado por la mejor doctrina, es «rigurosamente imposible tratándose de dinero». Así, destaca la **RDGRN de 10 de octubre de 2005** (R. 7446) que en tales supuestos «*no se ha probado que sea el dinero recibido por herencia el empleado en la adquisición, pues la manifestación hecha ante el Notario es prueba documental pública de que tal manifestación se ha realizado, pero no de la realidad de los hechos a que la manifestación se refiere*. Por todo ello, al no existir prueba suficiente de la procedencia del precio, sino sólo de la confesión del cónyuge del adquirente, la inscripción se realizó correctamente (privativo por confesión)». O, como señala la **RDGRN de 13 de octubre de 2003** (R. 8545): «la simple manifestación del adquirente de que emplea dinero privativo es insuficiente, dado sobre todo el carácter fungible del dinero, y, aunque la manifestación se realice ante Notario, la fe pública notarial no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones de los otorgantes». En el mismo sentido, **RRDGRN de 7 de diciembre de 2000** (R. 2580) y **18 de octubre de 1999** (R. 7674). Señala esta última: «Según los artículos 1346 y 1347 del Código Civil, son bienes privativos los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos y son gananciales los adquiridos a costa del caudal común. Añade el artículo 1361 del mismo Cuerpo Legal que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, si bien esta presunción tiene valor *iuris tantum* al añadir el precepto que dicha presunción opera mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. Tratándose de un bien adquirido a título oneroso por uno de los cónyuges constante matrimonio, el bien se presume ganancial mientras no se demuestre lo contrario. La confesión del otro cónyuge no destruye absolutamente la presunción, sino sólo con los efectos relativos que la Ley le atribuye, por lo que el bien se puede inscribir como privativo confesado. Naturalmente, esta presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, si bien, en el ámbito registral, y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública; la simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. El hecho de que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que un día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero pero no que sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro bien. El que el Notario oficie al compañero que autorizó la escritura por la que el ahora adquirente enajenó un bien privativo; el que éste haga constar mediante nota en la matriz la manifestación del entonces vendedor; el que dicha constancia

se le acredite al Notario ahora autorizante de la adquisición que se pretende inscribir como privativa, y el que dicha constancia se haga a su vez constar mediante diligencia en la escritura de compra, implican una serie de precauciones que pueden y deben tener ciertos efectos que no viene al caso enumerar, pero que no prueban el carácter privativo del precio o contraprestación satisfecho, ni destruyen la presunción de ganancialidad, no permitiendo, en consecuencia, inscribir el bien como privativo con carácter absoluto, sino sólo como privativo confesado».

La utilización de la confesión de privatividad es eficaz entre cónyuges, aunque no frente a los legitimarios y a los acreedores. Así, cuando se plantea si para la adjudicación de herencia de un bien inscrito con carácter privativo por confesión –que luego se vende– se necesita, una vez fallecido el confesante, la intervención de sus legitimarios o acreditar su inexistencia, la **RDGRN de 13 de junio de 2003** (R. 4225) concluye que «La respuesta debe ser afirmativa. Para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del CC, no es suficiente la confesión de un consorte sobre el carácter de la adquisición, pues ésta opera entre cónyuges (artículo 1324 del Código Civil), pero no ante terceros que se pudieran ver afectados, como son los posibles acreedores o legitimarios. En congruencia con ello, disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del confesante, los actos de disposición necesitarían de su consentimiento o intervención y a la hora de liquidarla también ésta es preceptiva para la ratificación del carácter privativo en la confección del inventario, a los efectos de quedar salvaguardada la cuantía de su legítima. Sólo de la confirmación de la privatividad del bien en el inventario, puede accederse libremente por los herederos del titular a la venta del mismo, como es ahora el caso, lo que ha de darse la razón al Registrador cuando solicita o bien su intervención o la acreditación de la inexistencia de legitimarios».

Pero la confesión es bastante en la órbita del Registro, para que se inscriba la adquisición como privativa del cónyuge adquirente, y para que se inscriban los actos de administración o disposición que lleve a cabo por sí solo. Pero el párrafo 4.º de este precepto, cuando la disolución de la sociedad se produzca como consecuencia del fallecimiento del cónyuge confesante, exige el consentimiento de los herederos forzosos del confesante, si los tuviere, «salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de herencia».

De este modo, resuelve la **RDGRN de 7 de junio de 2003** (R. 6080) en un supuesto en el que una finca se encuentra inscrita en el Registro a favor de unos esposos para su sociedad de gananciales, por haberla adquirido el esposo sin haber hecho ninguna afirmación sobre el carácter del dinero pagado. Fallecida la esposa, el marido, actuando en su propio nombre y en el de los hijos comunes, que son los únicos legitimarios de ambos, en virtud de poder, que es suficiente, y en el que se le autoriza aunque exista autocontratación o contraposición de intereses, hacen constar que el dinero que se invirtió en la compra era privativo del marido. Presentada en el Registro la anterior escritura, la Registradora, aparte de por otro defecto no recurrido, suspende la constancia registral de ésta dado que la confesión de privatividad sólo puede ser realizada por el consorte (fallecido) o resultar de la partición hereditaria siendo posible además extender la nota marginal a que se refiere el párrafo 6.º (del artículo 95 del RH) dado el alcance *erga omnes* de la presunción de ganancialidad, cuya desvirtuación requiere una prueba satisfactoria y en su conjunto suficiente. Señala la RDGRN: «Es preciso aclarar que la finca la adquirió el marido exclusivamente, y que la misma se inscribió a nombre de él y de su esposa, pero no se hizo constar en la inscripción el carácter del bien ni tampoco si en la adquisición hizo aquél alguna aseveración sobre el carácter del precio, ni tampoco si adquiría para la sociedad de gananciales. Por ello, sin prejuzgar sobre qué ocurriría si se hubiera hecho alguna afirmación de este tipo, ya que no puede inscribirse una confesión contraria a otra anteriormente realizada (cfr. artículo 96.6 RH), es lo cierto que la calificación, tal y como ha sido realizada, no puede mantenerse, pues la confesión puede

hacerse en cualquier momento (cfr. el mismo artículo), y no es un acto personalísimo, por lo que, fallecido un cónyuge, la posibilidad de confesar se transmite a sus herederos, sin que exista precepto legal alguno que imponga que se haga dentro de una partición hereditaria».

3.º Respecto del embargo de bienes comunes durante la vigencia de la comunidad, comprobamos cómo a la vista del derogado párrafo primero del artículo 144 RH (RD 1867\1998, de 4 de septiembre) en el que se establecía que «para que sea anotable en el RP el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges...», parecía claro que se requería que la demanda hubiese sido dirigida contra ambos cónyuges cuando se pretendía agredir directamente a los bienes gananciales, incluso cuando uno de ellos (el no deudor) no esté pasivamente legitimado. Como señalaba la **SAP de Zaragoza de 20 de julio de 1986** (RGD 1987, pp. 1126-1127), «si la responsabilidad por las deudas de uno de los cónyuges se quiere que afecte a los bienes de la comunidad, deberá demandarse también al otro cónyuge *no para que sea condenado al cumplimiento de la deuda a la que es ajeno, sino con la única finalidad de que pueda impugnar la responsabilidad de los bienes comunes por esa concreta deuda*; y éste es el criterio que, con algunas correcciones, sigue el artículo 144 RH cuando los bienes afectados por la responsabilidad sean comunes e inmuebles».

Esta exigencia aparecía de difícil, a veces imposible, cumplimiento en aquellos casos de juicio ejecutivo basado en un título ejecutivo extrajudicial del que resulte deudor uno solo de los cónyuges. Dificultad que llevó, tanto a la DGRN y como al TS, a adoptar otra solución, no exenta de críticas.

La conocida **RDGRN de 28 de marzo de 1983** (R. 1662) estableció una doctrina que hizo fortuna. Ante el impago de una letra de cambio suscrita por el marido, e iniciado el correspondiente procedimiento ejecutivo, la cuestión que se plantea es la de si puede anotarse el embargo trabado sobre un piso de naturaleza ganancial, embargo que se **notificó** a la esposa del deudor demandado. Manifiesta la resolución indicada: «Que al estar autorizado en determinados casos uno de los cónyuges a obligar por sí solo a los bienes de la sociedad conyugal, cuando esto suceda, en las relaciones entre el cónyuge contratante y los terceros aparecerá interesado también el esposo no contratante debido a su coparticipación en la comunidad de gananciales y habrá que tratar igualmente de cohonestar los derechos que el tercero como acreedor pueda ostentar sobre el patrimonio ganancial con los del otro cónyuge no interviniente (...) Que el CC ha pretendido solucionar la cuestión distinguiendo de una parte el aspecto externo de la relación, en donde en base a la protección del tráfico el artículo 1369 engloba, en el mismo plano, frente al acreedor, la masa de bienes privativa del cónyuge deudor y la de gananciales como objeto de responsabilidad, sobre el que pueda hacer efectiva la acción nacida de su crédito, y de otra parte el aspecto interno de relación de los dos esposos a fin de que mediante el reintegro entre las diferentes masas patrimoniales, pueda realizarse la liquidación atribuyendo la deuda a la que realmente corresponda, según se expresa fundamentalmente en los artículos 1319, párrafo último, y 1364 CC (...) Que a la vista de lo expuesto y dentro de la casuística con que el CC regula esta materia, cabe distinguir: a) obligación contraída por ambos cónyuges en el ejercicio de la potestad compartida, caso en que para practicar la anotación de embargo será necesario que la demanda haya sido dirigida contra los dos esposos, solución con la que esté de acuerdo el artículo 144.1.º RH (RCL 1947\476, 642 y NDL 18733 Tabla dist. de artículos); b) obligación puramente personal contraída por uno solo de los cónyuges de la que responde solamente el esposo deudor, con la posibilidad que al otro cónyuge le ofrece el artículo 1373 CC, y en donde la anotación de embargo se practicará de acuerdo con este precepto, si además se ha notificado la demanda al cónyuge no deudor (confróntese artículo 144.2.º del mismo Reglamento); c) obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le

reconoce la Ley, y que es el supuesto que ofrece mayores dificultades y se pasa a examinar... Que la necesidad de la demanda conjunta por parte del acreedor en el caso c) antes visto podría tener su fundamento en que el cónyuge no deudor como cotitular de los bienes sociales se encuentra afectado por las obligaciones que legalmente contraiga el otro esposo, y que su intervención es necesaria al objeto de determinar precisamente si la deuda existe o se encuentra comprendida en uno de los supuestos legales de ejercicio de poder individual de cada cónyuge sobre la sociedad de gananciales (...) Por el contrario, que un examen más detenido de la cuestión, permite observar que *la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guardaría armonía con el carácter individual de la calidad de deudor*, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso, los gananciales, si hay incumplimiento, y *sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso, cuando, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador*».

Para esta resolución es suficiente la **notificación** de la demanda al otro cónyuge. Doctrina reiterada y consolidada por la DGRN en las **RR de 15 de abril de 1983** (R. 2266), **27 de mayo** (R. 3045), **24** (R. 6879) y **28 de noviembre de 1986** (R. 6881).

La imposibilidad de que en juicio ejecutivo (no en el declarativo ordinario) se pueda demandar o despachar ejecución contra persona no nominada en el título de ejecución (artículo 1467.4.º LEC), donde no se figura como deudor, llevó a la aceptación de la suficiencia de la simple notificación del embargo a los efectos de que el cónyuge no deudor puede acogerse a lo expuesto en el artículo 1373 CC [**RRDGRN de 24 de septiembre de 1987** (R. 6572) y **25 de marzo de 1988** (R. 2567)].

La DGRN no toma en consideración que el demandado sea o no sea el titular registral, ni la forma o modalidad reglamentaria bajo la que se haya practicado el asiento: a favor del cónyuge demandado, sea como privativos, sea como presuntivamente gananciales, sea para la sociedad de gananciales; o, a favor del cónyuge no demandado, con carácter ganancial o presuntivamente ganancial. Se consideraba, en definitiva, preferible la demanda individual y la notificación al otro, con base en un doble argumento: no sólo resultaba más adecuada de acuerdo con los principios procesales, especialmente los que rigen el juicio ejecutivo, sino que incluso esta segunda alternativa para proceder a la traba de bienes comunes no producía una merma a los derechos de defensa del cónyuge no deudor ni a sus posibilidades de oponerse al embargo si lo consideraba indebidamente practicado.

Esta misma doctrina fue aceptada por el TS en **Sentencias de 26 de septiembre de 1986** (R. 4790), **20 de marzo** (R. 2186) y **16 de junio de 1989** (R. 4691), **22 de julio de 1991** (R. 5408) y **19 de febrero de 1992** (R. 1320). Todas ellas afirman: «La locución del artículo 144 RH, exigiendo la interposición de la demanda contra ambos cónyuges para hacer posible el embargo por deudas a cargo de la sociedad, fue matizada por la Dirección General de los Registros en el sentido de que para la salvaguarda de los derechos de la mujer sobre los inmuebles comunes *era suficiente que le fuese notificada la pendencia del proceso contra su consorte y el embargo*».

Sin embargo, esta línea jurisprudencial no fue del todo uniforme, así, parece que se empezó a quebrar a partir de la **STS de 6 de junio de 1988** (R. 4819), sobre resolución de un contrato

de compraventa de un bien ganancial, en la que se establece la consecuencia estimatoria de la situación de litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que el bien se adquirió para la sociedad de gananciales. También la **STS de 25 de enero de 1990** (R. 24), relativa a la resolución de un contrato de compraventa en el que no había intervenido directamente y personalmente la esposa, pero celebrado por el marido «para su sociedad conyugal», resuelve la «cuestión nuclear» que plantea el recurso, esto es, la referente al litisconsorcio pasivo necesario, en el sentido de considerar incumplido tal requisito al no haberse dirigido la demanda contra ambos cónyuges; y, entre las razones que abonan la favorable acogida del litisconsorcio, se incluye la consideración de que la facultad que el párrafo segundo del artículo 1385 CC concede a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes no significa nada más que cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar en exclusividad el ejercicio de una acción que por afectar a ambos, debió ser dirigida contra los dos [**SSTS de 22 de julio** (R. 5408) y **22 de octubre de 1991** (R. 7860)]. Doctrina coherente con la mantenida respecto del régimen general de la comunidad de bienes o derechos, donde el hecho de que «cualquiera de los comuneros está legitimado para accionar en beneficio de la comunidad no significa, ni puede significar, en manera alguna, que las acciones de un tercero que sean susceptibles de afectar o perjudicar a toda la comunidad puedan ser ejercitadas indistintamente, a elección del mismo, contra cualquiera de los comuneros» [**STS de 25 de enero de 1990** (R. 24)].

El RD 1867\1998, de 4 de septiembre, procedió a dar forma legal a lo que ya ocurría en la práctica registral. Frente al artículo anterior que establecía la necesidad de demandar a los dos cónyuges y sólo subsidiariamente permitía la demanda a uno con notificación del embargo al otro para el caso del artículo 1373 CC, la actual redacción permite indistintamente e independientemente de cómo estén inscritos los bienes en el RP, la demanda a ambos cónyuges, o la demanda a uno de ellos con la notificación del embargo al otro: para que durante la vigencia de la sociedad de gananciales sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los números 1 ó 4 del artículo 93 (bienes inscritos a nombre de marido y mujer con carácter ganancial y bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales) o en el número 1 del artículo 94 (bienes presuntivamente gananciales), «deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo».

Como señala la Exposición de Motivos del RD 1867\1998, de 4 de septiembre, se da nueva redacción al precepto relativo al embargo de bienes gananciales sobre la base de que siempre que tengan tal carácter, ya sean las deudas a cargo de la sociedad de gananciales, ya sean privativas ante la insuficiencia de bienes privativos, bastará dirigir la demanda al cónyuge deudor, sea o no quien adquirió los bienes, y notificar al otro para que pueda ejercitar los derechos que le correspondan, en la medida que la exigencia de demanda al cónyuge no deudor resulta inviable en la práctica procesal.

De este modo, el nuevo artículo 144.1.º permite dirigir la reclamación judicial contra el cónyuge que suscribió la relación negocial, sin que sea relevante que el embargo a que puede dar lugar dicha demanda se haya trabado en juicio ejecutivo o dentro de la fase de ejecución de un proceso declarativo. Eso sí, siguiendo las tesis de la doctrina y de la jurisprudencia, *debe notificarse al otro cónyuge el embargo practicado.* Anotación de embargo que podrá practicarse aunque los bienes consten inscritos a nombre del cónyuge no deudor al que se realiza la notificación, para su sociedad de gananciales o como presuntivamente gananciales, y ante cualquier clase de débitos contraídos por uno de los cónyuges unilateralmente, con independencia de su naturaleza consorcial o privativa.

El **artículo 541 LEC (2000)**: Actualmente, además de lo ya indicado, ha de tenerse en cuenta el artículo 541 LEC (2000), que establece: «1. No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales. 2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deban responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente».

Obviamente, señala el artículo 541 LEC (2000), en primer lugar, que la demanda ejecutiva no puede ser dirigida *directamente* contra la sociedad de gananciales, que por ser una comunidad de bienes sin personalidad jurídica no ostenta capacidad procesal activa ni pasiva [**STS de 3 de noviembre de 2004** (R. 6868) y **AAP de Santa Cruz de Tenerife 8 de marzo de 2004** (JUR 2004\133914)]. De modo que los legitimados para actuar activa y pasivamente en el proceso ejecutivo son los cónyuges, que ostentan, en régimen de comunidad sin cuotas, la titularidad de los bienes y derechos que se integran en la sociedad, así como las deudas y obligaciones que son de cargo de éstas.

Asimismo, la LEC (2000) pone fin a la asentada doctrina jurisprudencial que venía exigiendo, como requisito imprescindible al embargo de bienes gananciales, que ambos cónyuges hubieran sido demandados [**SSTS de 25 de junio de 1994** (R. 5329), **22 de diciembre de 1995** (R. 9432) y **15 de febrero de 1999** (R. 1238)], negando así el *litisconsorcio pasivo necesario* en cualquier proceso declarativo del que se pudiera seguir la responsabilidad del patrimonio consorcial. En este sentido, señala el **AAP de Guadalajara de 30 de abril de 2002** (AC 2002\1562): «centrando su defensa en la invocación de que el marido no fue demandado, interpelación judicial innecesaria, según establece el artículo 541 LEC y declara reiteradamente la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyas resoluciones aclaran que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso, los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso, Resoluciones DGRN de 28 de noviembre de 1986, 24 de noviembre de 1986, 27 de mayo de 1986, 28 de marzo de 1983, la cual añadió que el CC ha venido a solucionar la cuestión distinguiendo de una parte el aspecto externo de la sociedad de gananciales, en donde en base a la protección del tráfico engloba en el mismo plano, frente al acreedor, la masa de bienes privativa del cónyuge deudor y la de gananciales como objeto de responsabilidad, sobre la que pueda hacer efectiva la acción nacida de su crédito, y de otra parte el aspecto interno de relación de los dos esposos a fin de que mediante el reintegro entre las diferentes masas patrimoniales, pueda realizarse la liquidación atribuyendo la deuda al que realmente corresponda, en igual línea, RDGRN de 15 de abril de 1983 y STS de 26 de septiembre de 1986, consideraciones que comportan la desestimación de los citados motivos del recurso».

La LEC (2000) viene a acabar, definitivamente, con la controvertida práctica por la que los cónyuges no deudores solicitaban el alzamiento del embargo ilícito sobre bienes gananciales mediante

la interposición de una *tercería de dominio*. Y es que, pese a ser éste el medio legal específico para alzar la traba indebida de bienes en trámite de ejecución por deudas de las que no debían responder, una amplia doctrina jurisprudencial venía declarando *inviable* la utilización de la tercería en el embargo de bienes gananciales, bien al señalar que: 1) No es posible ejercitar la tercería de dominio por la propia naturaleza de la sociedad de gananciales, en cuanto comunidad de tipo germánico que no admite cuotas. El cónyuge no deudor, destaca el Alto Tribunal, vigente la sociedad de gananciales no tiene la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, sino un mero derecho expectante, lejos de una propiedad exclusiva y excluyente [**SSTS de 13 de julio de 1988** (R. 5992), **19 de julio de 1989** (R. 5727), **6 de junio de 1990** (R. 4740), **12 de junio de 1990** (R. 4754), **4 de marzo de 1994** (R. 1652), **30 de diciembre de 1999** (R. 9095) y **1 de septiembre de 2000** (R. 6479)]; o bien, 2) La existencia de la comunidad en mano común, y la vinculación con el deudor, impiden que el cónyuge no deudor ostente la condición de tercero requerida para el ejercicio de la tercería [**SSTS de 2 de junio de 1986** (R. 3286), **23 de enero de 1987** (R. 348), **26 de septiembre de 1988** (R. 6859), **6 de junio de 1990** (R. 4740), **20 de noviembre de 1991** (R. 8415), **13 de abril de 1993** (R. 3000), **29 de abril de 1994** (R. 2946), **18 de febrero** (R. 881), **18 de marzo** (R. 1963) y **16 de mayo de 1995** (R. 10034), **17 de julio de 1997** (R. 5513), **4 de febrero de 1999** (R. 639), **26 de junio de 1997** (R. 5397) y **21 de julio de 2003** (R. 5847)].

La LEC (2000) viene a establecer un concreto cauce para que el cónyuge no deudor pueda defender el patrimonio ganancial en trámites de realización: **permitir su oposición a la demanda ejecutiva.**

Ahora bien, como presupuesto previo a la participación del cónyuge no deudor en el proceso ejecutivo, la LEC (2000) exige que le sea notificada «la demanda ejecutiva, el auto que despacha la ejecución y la decisión por la que se traban los bienes gananciales» [*cfr*. artículo 541.2 LEC (2000)], a fin de que dentro del plazo legal [de 10 días *ex* artículo LEC (2000)], pueda oponerse a la ejecución, ejercitando alguno de los derechos de defensa que conlleven su personación en el proceso. Con la particularidad de que la ejecución sobre un bien ganancial por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, precisa ineludiblemente el conocimiento del cónyuge no deudor a través de notificación o actuación fehaciente, sin que se entienda cumplido dicho trámite por la simple publicación de edictos para la subasta, dada la diferente finalidad de estos actos procesales. Así, destaca la **STS de 22 de septiembre de 2004** (R. 5577): «Dicho lo anterior es preciso decir que la traba y posterior subasta de un bien ganancial, precisa ineludiblemente que ello sea conocido por ambos cónyuges a través de la previa notificación o actuación fehaciente, y así se desprende de una interpretación lógica del artículo 1377 en relación con el artículo 1322, ambos del Código Civil, sobre todo teniendo en cuenta que el principio constitucional de igualdad de los cónyuges ha dado unas facultades a los mismos que antes tenía en exclusividad el marido. Y no se puede hablar de que la publicación de edictos de la subasta pueda servir de notificación de embargo, ya que el fin esencial de la misma es llamar a posibles licitadores al acto de la subasta».

Una vez notificado, si el cónyuge no deudor decide oponerse a la ejecución, el artículo 541.2 LEC (2000) declara los siguientes derechos, que lo convierten en verdadera *parte*, que no en *ejecutado* [**STS de 14 de mayo de 2002** (R. 126)], en el proceso de ejecución:

1) **El derecho a utilizar todos los mecanismos de defensa que pudiera tener el cónyuge deudor para la defensa de los intereses de la sociedad de gananciales** [artículo 541.4 LEC (2000)], entre ellos, la proposición de declinatoria o la interposición de un proceso declarativo de oposición a la ejecución basado, por ejemplo, en la existencia y señalamiento de bienes privativos del deudor suficientes como para cubrir la responsabilidad reclamada o en el cambio convencional de régimen

económico del matrimonio por capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad a la fecha de la deuda ejecutada.

2) **El derecho a oponerse a la ejecución por los cauces generales de los artículos 556 y siguientes LEC** (2000). Esto es, por los motivos comunes a toda ejecución (cumplimiento de la obligación, extinción por cualquiera de los medios legales, prescripción o caducidad de la acción, transacción extrajudicial).

3) **El derecho a oponerse a la ejecución alegando la ausencia de responsabilidad de los bienes gananciales por la deuda ejecutada.** Alegación que producirá automáticamente una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo entonces al acreedor-ejecutante acreditar la responsabilidad del patrimonio común por la deuda ejecutada. Señala el **AAP de Huesca de 24 de abril de 2002** (JUR 2002\156279): «El artículo 541.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el cónyuge del deudor puede oponerse a la ejecución fundándose en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. En suma, el legislador califica de oposición a la ejecución cualquiera de las causas aducidas por el cónyuge del deudor y no reconoce un régimen procesal distinto a la oposición fundada en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Partiendo de esta premisa, es evidente que contra la resolución judicial que decide la oposición del cónyuge del deudor procede el recurso de apelación previsto para ese supuesto, sin distinción alguna, en el artículo 561.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, es indiferente que la causa aducida sea, por ejemplo, como aquí ocurre, la reconocida especialmente al cónyuge no deudor en el citado artículo 541. La trascendencia de este motivo de oposición es evidente, pues, aunque en todo caso se mantiene el despacho de ejecución, pueden quedar importantes bienes fuera de la acción de acreedor. Sobre la base de todo ello, procede estimar el recurso de queja y acordar como diremos a continuación».

4.º **Inscripción de la vivienda habitual.** Señala el artículo 91.1.º RH: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter». El precepto implica que la protección del adquirente sólo la será *erga omnes* cuando conste, bien el consentimiento de ambos cónyuges, bien la autorización judicial, o si existe la manifestación del disponente. No obstante, aunque el precepto reglamentario exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción, aun faltando esa manifestación no podría negarse el asiento si de otro modo se justificase fehacientemente que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia [**RDGRN de 17 de diciembre de 1987** (R. 9718)].

La manifestación ha de realizarse en la escritura en que conste el acto dispositivo, pudiendo realizarse por apoderado [**RDGRN de 17 de diciembre de 1987** (R. 9718)].

No basta para entender realizada la manifestación del disponente exigida por el artículo 91.1 RH el dato de que el domicilio del disponente que consta en la escritura no coincide con el inmueble de que se dispone, puesto que el domicilio de un cónyuge puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble. Ni tampoco basta el que en una de las cláusulas de la escritura se exprese que los comuneros venden la finca *libre de cargas*, *gravámenes y arrendamiento*, pues en esta fórmula de estilo no se contiene evidentemente la especial manifestación exigida por el RH de que el inmueble no constituye la vivienda habitual de la familia del disponente (lo cual, en sí,

técnicamente puede no ser carga o gravamen ni arrendamiento) [**RDGRN de 10 de noviembre de 1987** (R. 8733)].

Para que sea inscribible el embargo de la vivienda familiar privativa de uno de los cónyuges, dicho embargo debe haber sido notificado al cónyuge del titular embargado o que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter (artículo 144.5 RH) [**RRDGRN de 13 de julio de 1998** (R. 5967), **23 de febrero de 2000** (R. 1083), **29 de febrero de 2000** (R. 1091) y **9 de marzo de 2000** (R. 1100)]. Materia regulada en el artículo 144.5.º RH en el que se establece el modo de practicar la anotación de embargo sobre un bien inmueble privativo del cónyuge deudor, cuando sobre aquél recayese la cualidad de ser vivienda habitual de la familia.

Estos requisitos no son otros que la notificación del embargo al cónyuge (no deudor) del titular, como una medida complementaria a la protección que se le otorga ya en el artículo 1320 CC, cuando se exige su consentimiento para los actos dispositivos de la vivienda familiar cuya titularidad fuera privativa de su consorte. De otro lado, se dispensa al acreedor de la carga de instar a la autoridad judicial la mencionada notificación, siempre que del mandamiento de embargo resultare que el inmueble no era vivienda habitual de la familia.

Ahora bien, antes de darse entrada a los requisitos anteriormente mencionados, se exige expresamente que el carácter de vivienda familiar habitual del inmueble tenga constancia en el Registro de la Propiedad. El acreedor no tiene que notificar salvo que en el Registro conste expresamente esa cualidad. Si tal constancia se ha producido, entonces deben aplicarse las consecuencias jurídicas que prevé la norma, a saber, la necesidad de notificar el embargo al cónyuge del titular. Si, por el contrario, el carácter familiar de la vivienda no hubiera accedido al Registro o, habiendo accedido, del mandamiento resultare que realmente no lo poseía, entonces el acreedor estaría eximido de la carga de solicitar a la autoridad judicial la notificación del embargo al cónyuge de su deudor.

Podemos observar como: 1) Por un lado, la Ley no establece en qué datos fidedignos se puede basar el órgano judicial para hacer constar en el mandamiento de anotación preventiva de embargo que una vivienda que figura en el Registro con el carácter de familiar no ostenta dicha consideración, pues las simples manifestaciones del ejecutante no pueden reputarse suficientes y tampoco está previsto que la Comisión Judicial se persone en dicho inmueble para constatar si la vivienda ostenta dicho carácter; y 2) Por otro lado, de la literalidad de la norma se infiere que no es necesario la notificación del embargo al cónyuge del ejecutado cuando en el mandamiento al Registro librado por el Juzgado conste la consideración de vivienda familiar sino sólo si dicho carácter figura además en el Registro de la Propiedad, por lo que se deja fuera de su ámbito de aplicación los casos, nada infrecuentes, en que los cónyuges residan habitualmente en un inmueble perteneciente con carácter privativo a uno de ellos y dicha circunstancia no conste tabularmente.

5.º Capitulaciones y resoluciones judiciales. Como advierte el artículo 96 RH, el régimen de los artículos 93 a 95 del propio Reglamento se entenderá sin perjuicio de lo establecido por la Ley para casos especiales y de lo válidamente pactado en capitulaciones (que calificará el Registrador).

Así, presentado en el Registro un convenio regulador aprobado judicialmente y dictado como consecuencia de una separación judicial, nada impide la inscripción con carácter privativo de un determinado bien si ambos cónyuges manifiestan que es totalmente privativo de la esposa por haberse adquirido con dinero proveniente de herencia de su padre. En contra de la calificación de la registradora que suspende la inscripción, por ser la aseveración actual contraria a otra anterior,

pues tal bien se adquirió conjuntamente por ambos cónyuges, y en aplicación del artículo 95.6 del RH, señala la **RDGRN de 27 de junio de 2005** (R. 5399): «Limitado a la cuestión planteada en la calificación, según los términos del defecto invocado [*cfr.* artículo 326 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886)], el recurso ha de ser estimado por las siguientes razones: a) Realmente no existe una aseveración contraria anterior pues, aunque adquirieron ambos cónyuges no afirmaron nada sobre la procedencia del dinero invertido; b) Porque, como ha dicho ya este Centro Directivo [Resolución de 1 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6593)], ningún obstáculo existe hoy a los contratos entre cónyuges [artículo 1323 del Código Civil (LEG 1889, 27)], los cuales pueden liquidar el consorcio como tengan por conveniente (cfr. artículos 1410 y 1058 del Código Civil), y c) Porque el artículo 1324 del Código Civil (LEG 1889, 27) establece que, entre cónyuges, es prueba la confesión, y si bien es cierto que la misma no puede perjudicar a los acreedores, no consta que existan tales acreedores».

Por otra parte, este precepto indica que se harán constar por nota marginal las resoluciones judiciales que afecten a la administración y disposición de los bienes de los cónyuges.

Revista de Derecho de
familia

JURISPRUDENCIA

REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

Se alza la suspensión sobre la Ley Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico-matrimonial valenciano, ya que la aplicación supletoria del régimen de separación de bienes a los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigor no causa ningún perjuicio a los cónyuges que, por otro lado, tienen plena libertad para establecer por capitulaciones matrimoniales otro régimen económico distinto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PLENO, AUTO DE 12 DE JUNIO DE 2008

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El 21 de diciembre de 2007, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico-matrimonial valenciano. El recurso se basa en la extralimitación de la competencia autonómica derivada de las previsiones de los citados preceptos del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en la redacción que a éstos ha dado la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, y la consiguiente vulneración de la competencia estatal en materia de derecho civil del artículo 149.1.8 CE. El Abogado del Estado invocó el artículo 161.2 CE, a fin de que se acordase la suspensión de la Ley impugnada.

⊙ Por providencia de 17 de abril de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección 1.ª, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el artículo 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, y al Gobierno y a las Cortes Valencianas, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Asimismo, acordó tener por invocado por el Presidente del Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión establecida en el artículo 30 LOTC, comunicándolo a los Presidentes del Gobierno y de las Cortes Valencianas. Por último, también se ordenó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diari Oficial de la Generalitat Valenciana».

⊙ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 24 de abril de 2008, acordó oír a las partes para que, en el plazo de cinco días, expusieran lo que considerasen conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión de la Ley impugnada.

⊙ El 28 de abril de 2008 el Presidente del Congreso de los Diputados comunica que la Cámara se persona en el proceso, ofreciendo su colaboración. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 30 de abril de 2008, se expresa en iguales términos.

⊙ El día 6 de mayo la representación procesal del Gobierno valenciano formuló sus alegaciones en relación con el mantenimiento o levantamiento de la suspensión inicialmente acordada.

- El Abogado del Estado, con fecha 6 de mayo de 2008, evacuó el trámite conferido por la providencia de 24 de abril de 2008, interesando que se acuerde el mantenimiento de la suspensión.
- La representación procesal de las Cortes Valencianas formuló sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 6 de mayo de 2008.
- El Tribunal Constitucional acordó levantar la suspensión.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Alegaciones del Gobierno Valenciano solicitando el alzamiento de la suspensión.

Señala en primer lugar en los hechos las circunstancias que concurrieron para la aplicación a la Ley valenciana 10/2007 del procedimiento previsto en el artículo 33.2 LOTC y, a tal efecto, destaca la existencia del Acuerdo de la Comisión bilateral de cooperación Administración General del Estado-Generalidad Valenciana de 7 de junio de 2007, publicado en los respectivos Diarios Oficiales el día 21 de junio, y en el que únicamente se hace referencia a los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley. Este trámite de negociación previa resultó infructuoso y su consecuencia fue la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley valenciana 10/2007 por parte del Presidente del Gobierno, con expresa invocación del artículo 162.1 CE.

Ya en los fundamentos de derecho, indica a continuación que procede, de acuerdo con la doctrina constitucional, el levantamiento de la suspensión de forma anticipada, sin que transcurra el plazo de cinco meses constitucionalmente previsto, en virtud del propio carácter excepcional que la suspensión tiene así como atendiendo a la presunción de legitimidad de la que gozan las normas con fuerza de Ley. En relación con ello, argumenta que, con la única excepción de los once preceptos contemplados en el ya citado Acuerdo de la Comisión bilateral de cooperación Administración General del Estado-Generalidad Valenciana de 7 de junio de 2007, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto resulta ser extemporáneo y, en consecuencia, ha de ser inadmitido, con lo que la suspensión automática *ex* artículo 161.2 CE sólo operaría respecto de los 11 artículos objeto de la negociación. Así, alega que el efecto de ampliación del plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad derivado del artículo 33.2 LOTC solamente resultaría predicable respecto de aquellos artículos sometidos a negociación por considerarlos conflictivos, por cuanto respecto de los restantes el recurso presentado resulta ser extemporáneo, pues los mismos no han sido nunca objeto de negociación y, al ser el plazo de interposición de un recurso de inconstitucionalidad de caducidad, resulta que, con respecto a los preceptos no contemplados en el meritado Acuerdo, el mismo expiró el día 22 de junio de 2007, sin que pueda entenderse aquí de aplicación el principio *pro actione*. Por ello, la representación procesal del Gobierno valenciano considera que, a la vista de sus alegaciones, procede la apertura de un trámite de audiencia en relación con la posible extemporaneidad del recurso planteado, a fin de decidir acerca de la inadmisión parcial del mismo con alcance para toda la tramitación subsiguiente del recurso, incluida la pieza de suspensión, y sin necesidad de que la decisión al respecto se produzca en el trámite de sentencia, de tal forma que el objeto del presente recurso quede circunscrito a los 11 preceptos que motivaron la actuación de la Comisión bilateral de cooperación.

El Director General de la Abogacía de la Generalidad argumenta que se ha producido una evidente desviación procesal por cuanto, por un lado, la consecuencia ha sido la suspensión de la vigencia de toda la Ley impugnada, lo que nunca debiera haber ocurrido, en atención al único objeto posible del recurso y, por otro, el recurso cuestiona, sin que se haya hecho en la negociación previa, la propia competencia autonómica para legislar sobre esta materia, obviando la modificación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, en especial en sus artículos 7, 49.1.2 y disposición transitoria tercera.

A continuación, la representación procesal del Gobierno valenciano razona para justificar el alzamiento de la suspensión inicialmente acordada. Así, señala que el carácter dispositivo de la mayor parte de sus preceptos permite con cierta facilidad el restablecimiento de las situaciones jurídicas en

la hipótesis de una sentencia anulatoria a la par que el mantenimiento de la suspensión entra en contravención con la presunción de constitucionalidad de la que ha de gozar la Ley autonómica y con el propio carácter excepcional de la medida de suspensión que determina que su prolongación únicamente proceda cuando resulte especialmente justificada. Arguye al respecto que es al Gobierno al que corresponde aportar las razones por las que debe mantenerse la suspensión y si eso no se produce el resultado ha de ser el alzamiento de la suspensión sin esperar al transcurso del plazo de cinco meses que, como máximo, fija la Constitución.

En ese sentido señala que la vulneración alegada no es manifiesta a la vista de las normas que integran el bloque de constitucionalidad en esta materia y ante la evolución experimentada por el propio Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana desde 1982 hasta su última reforma del año 2006. Estima, citando al respecto la doctrina del ATC 12/1992, de 23 de enero, que la suspensión tampoco puede ser fundada en la presunta inseguridad jurídica dimanante de la pendencia de un recurso de inconstitucionalidad o de la coexistencia del ordenamiento estatal con los autonómicos sin que existan razones que justifiquen la suspensión de la vigencia de la norma con la consiguiente devaluación del derecho foral civil de la Comunidad Autónoma.

Tras estas consideraciones, el escrito de alegaciones examina la regulación de la Ley valenciana 10/2007, destacando los once preceptos incluidos en la negociación ¿pues respecto de los otros estima que no cabe predicar de los mismos perjuicio alguno? En tal sentido afirma que la Ley parte, en sus disposiciones generales, del principio de igualdad y de la más absoluta libertad civil entre las partes sin que, en ningún caso, pueda perjudicar los derechos adquiridos por terceros, estableciendo como régimen legal supletorio el de la separación de bienes. Por ello, estima que ningún perjuicio puede derivarse de la aplicación de estas previsiones, plenamente amparadas en las competencias autonómicas asumidas en el Estatuto de Autonomía tras su reforma del año 2006, competencias que superan el marco en el que se dictó la STC 121/1992 y resultan ser plenamente leales con el principio constitucional de tutela de la foralidad civil del artículo 149.1.8 CE. Finalmente, el escrito del Gobierno valenciano examina específicamente preceptos concretos de la Ley impugnada, concluyendo que de ninguno de ellos se deriva perjuicio alguno de su aplicación.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la representación procesal del Gobierno valenciano solicita sucesivamente, en primer lugar, la inadmisión del recurso por cuanto la cuestión competencial no fue objeto de negociación en el seno de la Comisión bilateral de cooperación; en su caso, y en segundo lugar, la inadmisión parcial del mismo y el alzamiento de la suspensión en relación con los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley, por ser éstos los únicos que pueden ser objeto de recurso y, por último, el alzamiento de la suspensión de todos los preceptos de la Ley impugnada para el caso de considerarse que el recurso presentado lo es frente al texto completo de la misma.

2. Alegaciones del Abogado del Estado para que se mantenga la suspensión.

Comienza su alegato señalando que el Tribunal Constitucional tiene declarado que para la resolución de este tipo de incidentes es necesario ponderar, de un lado, los intereses implicados, tanto el general y público como el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irrogan del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Esta valoración debe hacerse mediante el examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones contenidas en la demanda (ATC 428/2004, de 10 de noviembre, F. 2, con cita de otros muchos). En definitiva, ha de procederse a una consideración de la gravedad de los perjuicios que originarían las situaciones de hecho que, previsiblemente, se producirían en caso de que se levantara o se mantuviera la suspensión. Aunque el Tribunal Constitucional se refiere a las situaciones de hecho creadas, la realidad es que lo que con más frecuencia se ha de examinar son las situaciones de hecho que con cierto grado de previsibilidad puedan producirse en el caso de levantarse la suspensión. Asimismo, alega que, en este caso, la anterior circunstancia es evidente pues el recurso de inconstitucionalidad, con invocación del artículo 161.2 CE, se interpuso el 21 de diciembre de 2007, con anterioridad a la prevista entrada en vigor de la norma impugnada el día 25 de abril de 2008, por lo que la misma no ha podido crear ninguna situación de hecho.

Seguidamente hace referencia a la existencia de votos particulares a la doctrina anterior (por todos, los formulados en el ATC 349/2003, de 29 de octubre) en los que se pone de manifiesto que la teoría de la irreparabilidad de los perjuicios no resulta de gran utilidad en un proceso abstracto que ha de decidir sobre la constitucionalidad de una Ley de forma que, para una mejor garantía de la supremacía constitucional, en casos como en el de este incidente no puede perderse de vista la llamada apariencia de buen derecho. Ello no ha de suponer, a su juicio, prejuzgar la cuestión de fondo, pues señala que han existido ocasiones en las que la cues-

tión sustantiva, sin ser objeto de un análisis frontal, sí ha sido tenida en consideración en este incidente, en especial en los casos de manifiesta ausencia de cobertura competencial o de bloqueo de la competencia estatal (con cita de los AATC 243/1993, de 13 de julio; 78/1987, de 22 de enero, o 336/2005, de 15 de septiembre). Lo anterior resultaría de aplicación en un caso como el planteado en el que se enfrentan dos normas con rango de Ley incompatibles entre sí, de forma que la vigencia y aplicación de la norma autonómica viene a suponer el desplazamiento de la legislación estatal en la Comunidad Valenciana. Y tampoco resultaría necesario, siguiendo el razonamiento de los votos particulares antes citados, que se exigiera a esa parte la plena justificación de la irreparabilidad de los perjuicios que ocasionaría la aplicación de la norma autonómica, pues, en el fondo, lo que se está decidiendo en sede cautelar es qué legislación debe regir los efectos económicos de los matrimonios que tengan lugar en la Comunidad Valenciana durante la pendencia del recurso. En esa línea de razonamiento, el Abogado del Estado indica que el levantamiento de la suspensión de la Ley valenciana 10/2007 determinaría la aplicación de una normativa dictada sin cobertura competencial alguna que pretende recuperar unos fueros valencianos derogados en el siglo XVIII con total desconexión del derecho foral vigente, ya sea compilado o consuetudinario y en frontal oposición a la doctrina contenida en la STC 121/1992, de 28 de septiembre.

A continuación el Abogado del Estado realiza algunas consideraciones relativas, específicamente a los artículos 6 y 44 y siguientes de la Ley, señalando que estos preceptos disponen, frente a la regulación del Código Civil, el establecimiento de la separación de bienes como régimen legal supletorio y la aplicación de la denominada germanía como régimen de comunidad de bienes, en el que son los propios cónyuges quienes libremente deciden los bienes que se integran en la comunidad. De esta forma, según el Abogado del Estado, la legislación de la Ley valenciana 10/2007 es notoriamente menos protectora de la parte económicamente más débil del matrimonio que la tradicional normativa del Código Civil, por cuanto, aun cuando la Ley prevé que pueda pactarse el régimen económico que los cónyuges tengan por conveniente, no puede desconocerse la falta de costumbre existente en nuestro país en relación con las capitulaciones matrimoniales, con lo que la consecuencia de la entrada en vigor de la Ley impugnada será que la aplicación a los matrimonios de un régimen desprotector del interés más digno de tutela así como el ocasionamiento de perjuicios para terceros acreedores de alguno de los cónyuges, dado que ya no existirá un patrimonio ganancial que responda de las deudas. Ello determina una extraordinaria inseguridad jurídica respecto a la normativa aplicable a las relaciones familiares y conyugales.

Por último, el Abogado del Estado alega la inexistencia de perjuicio alguno para los intereses públicos y privados derivado del mantenimiento de la suspensión de la Ley valenciana 10/2007 así como que si se alza la suspensión se permitirá a la Comunidad Valenciana continuar con un proceso de codificación del Derecho civil tendente al establecimiento de un sistema jurídico civil completo y autónomo, tal y como se deduce de la propia exposición de motivos de la Ley.

3. Alegaciones de las Cortes Valencianas.

Comienza su escrito indicando la excepcionalidad de la suspensión de la eficacia de una Ley, pues la misma resulta ser contraria a la presunción de validez que la acompaña para, a continuación señalar que lo cuestionado resulta ser la competencia autonómica en materia de derecho civil, tal como la misma viene establecida por el Estatuto de Autonomía sin que, por otra parte, esté claro, a la vista de lo solicitado por el Abogado del Estado en su demanda, cuáles deban ser los preceptos cuya vigencia ha de entenderse suspendida, pues la Comisión bilateral de cooperación Administración General del Estado-Generalidad Valenciana tan sólo conoció, en virtud del trámite previsto en el artículo 33.2 LOTC, de las discrepancias sobre nueve artículos y dos apartados de uno de ellos.

Tras ello señala la procedencia del levantamiento de la suspensión de forma inmediata y sin el transcurso del plazo de cinco meses desde que fue adoptada, señalando que, de acuerdo con la doctrina constitucional, para su resolución resulta preciso ponderar, de un lado, los intereses que se encuentren implicados, tanto el general y público como el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irrogan del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Igualmente, destaca que esta valoración debe efectuarse mediante el examen de las situaciones de hecho creadas y sin considerar, en principio, la viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda así como que es al Gobierno de la Nación a quien corresponde aportar los argumentos que justifiquen su mantenimiento, pues en caso de no hacerlo procederá el levantamiento de la suspensión.

El citado levantamiento de la suspensión resultaría procedente, a juicio de la representación procesal de las Cortes Valencianas, en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan las normas en virtud de su origen, sin que la misma suponga quebranto alguno del principio de seguridad jurídica (con cita al respecto de los AATC 5/2003 y 336/2005). En ese sentido, argumenta que

la Ley valenciana 10/2007 responde a una demanda de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, demanda cuya conformidad con la Constitución ha sido afirmada por la mejor doctrina, pues se trata de una Ley que se ajusta a la realidad sociológica de la Comunidad Valenciana, sin que su aplicación pueda producir perjuicios irreparables puesto que la misma tiene un carácter dispositivo, tratándose de condiciones más favorables, aplicadas a peculiaridades o variedades propias en un derecho dispositivo.

Por último, con cita de la doctrina de los AATC 434/1990 y 74/1991, se solicita que los efectos de la suspensión no se retrotraigan al momento de interposición del recurso sino al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» así como que, en caso de acordarse el mantenimiento de la suspensión de la Ley impugnada, se declare que la misma tendrá efectos desde la fecha anteriormente referida.

4. Precisiones del Tribunal Constitucional en orden a la resolución de la petición de alzamiento de la suspensión.

El objeto de la presente resolución consiste en determinar si, de acuerdo con el artículo 161.2 CE, procede levantar o mantener la suspensión de la vigencia que afecta a la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico-matrimonial valenciano, norma cuya vigencia se encuentra suspendida en su aplicación como consecuencia de la invocación del artículo 161.2 CE al promoverse el recurso de inconstitucionalidad contra la misma por el Presidente del Gobierno.

Con carácter previo a cualquier otra consideración que podamos realizar en la resolución de este incidente y a la vista de alguno de los alegatos formulados por la representaciones procesales de las Cortes y del Gobierno valencianos y, en especial, por las peticiones formuladas en el suplico del escrito de alegaciones de esta última, es preciso dejar sentado que el objeto de este incidente es, exclusivamente y tal y como claramente se colige de la providencia del Pleno de este Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2008, por la que se abrió el trámite de audiencia a las partes, pronunciarnos acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión inicialmente acordada de la Ley impugnada. Cuestión esta que resulta ser distinta e independiente de las tachas de carácter procesal o de las argumentaciones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos impugnados que puedan plantearse a lo largo del proceso. Por tanto, obvio es decir, que en el mismo no pueden tener cabida otras consideraciones carentes de esa finalidad de proporcionar a este Tribunal Constitucional, para su ponderación, las razones que, a juicio de las partes en el presente proceso, aconsejan la continuación de la suspensión o, en su caso, su alzamiento. En atención a este criterio no van a ser examinados aquí los alegatos de inadmisión, tanto total como parcial, formulados en su escrito por la representación procesal del Gobierno valenciano, los cuales constituyen óbices de carácter procesal, del todo ajenos a la finalidad y naturaleza de este incidente, que han de ser planteados por el cauce procesal oportuno, en este caso, la contestación a la demanda de inconstitucionalidad formulada por el Abogado del Estado en nombre y representación del Presidente del Gobierno, al que, por otra parte, se hace referencia el escrito de alegaciones presentado por el Gobierno valenciano e, igualmente, valorados en el momento procesal procedente. Del mismo modo se habrá de proceder con las alegaciones relativas a la modificación de la *causa petendi* en relación con la cobertura competencial que los preceptos del Estatuto valenciano a los que antes se ha hecho referencia prestaría a la Ley impugnada, pues constituyen cuestiones relacionadas con el enjuiciamiento del fondo de la cuestión controvertida, las cuales, como tales, no pueden tener cabida en un incidente como el que aquí debemos resolver.

En efecto, debemos reiterar que en este momento procesal, y a los efectos de la resolución de este incidente, lo discutido no han de ser cuestiones procesales o relativas a la delimitación de competencias entre el Estado y la Comunidad Valenciana en materia de derecho civil sino, únicamente, si la aplicación de la norma impugnada resulta susceptible de provocar perjuicios de imposible o difícil reparación en los intereses públicos o en los de los ciudadanos afectados por la norma en cuestión, los cuales precisamente por revestir tal carácter, hayan de prevalecer frente a los perjuicios derivados del eventual mantenimiento de la suspensión inicialmente acordada.

5. Doctrina general del Tribunal sobre los incidentes de suspensión.

Sentado lo anterior, recordaremos que sobre este tipo de incidentes de suspensión existe una consolidada doctrina constitucional, de acuerdo con la cual, para decidir acerca del mantenimiento o levantamiento de la misma, es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran afectados, tanto el general y público, como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Esta valoración ha de efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulan en

la demanda. Debe tenerse presente asimismo que la prolongación de la suspensión, que impide el normal despliegue de la eficacia de las Leyes y demás disposiciones de las Comunidades Autónomas, es una medida que debe tomarse con sumo cuidado y con carácter excepcional, pues sólo así se evitará en este trámite un indebido bloqueo del ejercicio de sus competencias por las Comunidades Autónomas, lo que implica también que la ratificación de la inicial suspensión automática requiere que el Gobierno, a quien se debe la iniciativa determinante de esta medida excepcional, aporte argumentos o razones que la justifiquen y que han de llevar a la conclusión de que si no se mantuviera la suspensión se producirían previsiblemente graves perjuicios al interés general y, en su caso, a los de aquellos sujetos afectados por la norma impugnada y todo ello sobre la base del rechazo de la alegación de perjuicios meramente hipotéticos, puesto que la suspensión solamente procede en presencia de perjuicios ciertos y efectivos, en ausencia de los cuales ha de atenderse a la presunción de validez propia de las Leyes.

6. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional para acordar el levantamiento de la suspensión de la Ley Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico-matrimonial valenciano.

Según la reiterada doctrina constitucional expuesta, incumbe al Abogado del Estado justificar que el levantamiento de la suspensión del precepto recurrido lesionaría los intereses generales o de terceros, produciendo con ello perjuicios irreparables o de difícil reparación. De acuerdo con ello, podemos ya descartar el alegato relativo a la necesidad de tener en cuenta la apariencia de buen derecho en relación con la manifiesta falta de cobertura competencial de la norma cuestionada y el bloqueo de las competencias estatales. Ante todo ha de señalarse que la primera de ellas resulta ser una cuestión vinculada a la pretensión de fondo de este proceso constitucional, que no es otra que la de interpretar, conforme al artículo 149.1.8 CE, si la Comunidad Valenciana tiene competencias para dictar la Ley impugnada. Por otro lado, no se da el caso examinado en el ATC 336/2005, de 15 de septiembre, pues allí lo que se obstaculizaba era el «ejercicio de competencias palmariamente reconocidas a la Administración estatal por el bloque de constitucionalidad», cuestión distinta de la aquí debatida pues las tachas opuestas en el recurso frente a la Ley impugnada no afectan tanto a su contenido dispositivo cuanto a su objeto de regulación, que se dice ajeno a las competencias de la Comunidad Autónoma.

Respecto a la alegada situación de inseguridad jurídica que, según el Abogado del Estado, se crearía de aplicarse las previsiones de la Ley de régimen económico-matrimonial valenciano hemos de recordar que, conforme a nuestra doctrina, los daños que pudieran ocasionarse a la seguridad jurídica «son una consecuencia inherente a toda situación de pendencia de un recurso de inconstitucionalidad y consustanciales, por tanto, al funcionamiento del Estado de las Autonomías y a la coexistencia del ordenamiento estatal con los ordenamientos autonómicos, de manera que, desde este simple ángulo de enfoque, la suspensión de las normas impugnadas por motivos competenciales, como es el presente caso, sería siempre necesaria en la medida en que en los conflictos de dicha naturaleza concurra una duplicidad de normas. Pero, como ya tenemos establecido, de lo que se trata en este trámite no es de defender la seguridad jurídica con argumentos que pueden valer para cualesquiera impugnaciones, sino de alegar y acreditar los perjuicios irreparables o de difícil reparación que se producirían, en concreto, por la vigencia de los preceptos impugnados durante todo el tiempo que dure el proceso constitucional» (por todos ATC 18/2007, de 18 de enero, F. 5 y doctrina allí citada). Con la argumentación utilizada por el Abogado del Estado bastaría con que la norma autonómica impugnada en el proceso principal contradijera lo dispuesto en otra estatal no cuestionada constitucionalmente para que resultase procedente el mantenimiento de la suspensión de la primera, pues las diferenciaciones que el Abogado del Estado menciona obedecen a la existencia de dos normas diferentes, duplicidad que no conlleva, por sí misma, perjuicios que determinen la decisión relativa al mantenimiento o levantamiento de la suspensión acordada, pues de lo que se trata en este incidente es de demostrar que, más allá de la existencia de un conflicto entre dos normas, aparecen concretos perjuicios irreparables derivados de la vigencia y aplicación de la norma autonómica durante la pendencia del proceso. Por ello, no se aprecia en este caso que el levantamiento de la suspensión lleve consigo un daño o perjuicio especial de la seguridad jurídica sino la inevitable incidencia sobre la misma propia de estas situaciones, sin que de dicha afectación se sigan perjuicios relevantes para los intereses generales o particulares.

Dicho esto debemos señalar que, por las razones que a continuación se exponen, no es posible convenir en la producción de los perjuicios de ese carácter a los que ha hecho referencia el Abogado del Estado. En tal sentido, los mismos aparecen vinculados al establecimiento por el legislador autonómico del régimen de separación de bienes como régimen legal supletorio, el cual es considerado como menos protector de lo que denomina «parte más débil del matrimonio» así como perjudicial para terceros potenciales acreedores que la tradicional normativa del Código Civil.

Sin embargo, siendo cierto que el régimen de separación de bienes es el supletorio a falta de carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales (artículo 6 de la Ley) también lo es que esa supletoriedad implica que los perjuicios no hayan de producirse necesariamente. Asimismo, tampoco ha de obviarse que la Ley valenciana 10/2007 afirma (artículo 3) que el régimen económico-matrimonial previsto en la misma tiene como fundamento la plena igualdad jurídica de los cónyuges y se define por la más absoluta libertad civil entre los mismos, sin que en ningún caso pueda perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros y que, por otro lado, el régimen económico-matrimonial se acordará por los cónyuges con total y entera libertad civil en la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales que otorguen a ese efecto, por lo que la decisión sobre cuál sea el régimen económico-matrimonial aplicable queda a la libre decisión de los cónyuges. De esta forma, la aplicación del régimen de separación de bienes es un efecto que la Ley impugnada dispone pero no hace derivar de su aplicación automática. A lo anterior debe añadirse que tanto la propia libertad de pactos como el régimen de separación de bienes previsto en la Ley (artículos 44 y siguientes) no suponen una neta innovación en el ordenamiento jurídico que hiciera de peor condición, caso de su aplicación, a quienes se vieran afectados por su efectividad inmediata. Tampoco la aplicación de la Ley valenciana 10/2007 altera la posición jurídica de los ya casados pues, de acuerdo con su disposición transitoria primera, en los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la presente Ley conservan su validez las capitulaciones matrimoniales otorgadas quedando sometidos, en defecto de éstas, a la sociedad de gananciales prevista en el Código Civil, como régimen económico legal supletorio de primer grado de su matrimonio. En el mismo sentido, la norma dispone su aplicación únicamente a los matrimonios contraídos con posterioridad a su entrada en vigor, los cuales quedarán acogidos al régimen económico-matrimonial de separación de bienes establecido en la misma como legal supletorio, salvo que en carta de nupcias pacten un régimen distinto. De esta suerte, se evita la existencia de dudas sobre la certeza y aplicabilidad de estas normas de derecho positivo de los que pudiera redundar algún perjuicio para los particulares. Por lo expuesto, cualquiera que sea, por tanto, la competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana para adoptar estas reglas, cuestión que no procede dilucidar ahora, es notorio que con las mismas no se ha venido a alterar, en aspectos de relieve, la posición jurídica de los cónyuges en este extremo, sin que, de la diferencia normativa señalada, puedan derivarse perjuicios que pudieran calificarse de graves o irreparables para nadie.

En definitiva, con independencia del juicio de fondo que merezcan los concretos preceptos, lo cierto es que los perjuicios que el Abogado del Estado anuda a su efectiva aplicación no aparecen, al presente, debidamente concretados y mucho menos acreditada la gravedad de los mismos, por lo que no resulta suficiente su invocación para aconsejar el mantenimiento de la suspensión hasta que nos pronunciemos sobre el fondo de la controversia de la vigencia de una norma dotada, como producto de una Cámara legislativa, de la presunción de constitucionalidad de la que goza la Ley autonómica.

Cumple, finalmente, examinar el alegato relativo a que, con el alzamiento de la suspensión de la Ley de régimen económico-matrimonial valenciano, se permitiría continuar a la Comunidad Valenciana con un proceso de codificación del derecho civil, tal y como se anuncia en la propia exposición de motivos de la Ley valenciana 10/2007. Es evidente que dicha apreciación carece de la entidad suficiente para prosperar a los exclusivos efectos de este incidente, pues, por un lado, tiene un carácter meramente hipotético y resulta completamente ajena, no ya a la perspectiva propia de este incidente, que, como venimos insistiendo, es la de los perjuicios que se producirían si se levantara la suspensión de los preceptos implicados, sino, incluso, a este proceso jurisdiccional. Por otro lado resulta evidente que, en la eventualidad de que la declaración de la exposición de motivos de la Ley impugnada fuera puesta en práctica de un modo que fuera estimado contrario al orden constitucional, siempre resultaría posible el ejercicio, por los órganos legitimados para ello, de las acciones a tal efecto previstas en la Constitución española y en nuestra propia Ley Orgánica.

ADOPCIÓN DE MENORES

Después de haberse constituido la adopción, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de lo actuado por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la madre biológica que se opuso a la adopción no habiéndose tramitado por el juzgado el incidente previsto en el artículo 781 de la LEC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 58/2008, DE 28 DE ABRIL

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ A solicitud de la madre biológica, y con fundamento en la dificultad de atender a su hijo menor de edad, mediante Resolución de 16 de marzo de 1999, luego prorrogada mediante otra de 1 de febrero de 2000, la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia asumió la guarda de dicho menor.

⊙ Con justificación en el desinterés mostrado por la demandante de amparo en hacerse cargo de su hijo, las graves repercusiones que se observaron en el comportamiento del menor y las insuficientes e irregulares visitas de su madre, la Consellería dictó Resolución de 20 de junio de 2000 por la que se acordó asumir la tutela automática del menor. La asunción de esta tutela automática fue confirmada, primero, mediante Resolución de 13 de noviembre de 2001 (en la que además se acordó la suspensión de los contactos del menor con su familia biológica) y, luego, por Resolución de 15 de febrero de 2002 (en la cual se acordó también la formalización de un contrato de acogimiento familiar preadoptivo). Finalmente, en Resolución de 8 de noviembre de 2002, la Administración acordó elevar al Juzgado de Primera Instancia propuesta de adopción del menor en favor de una familia que lo había solicitado.

⊙ Estas tres resoluciones administrativas fueron impugnadas por la madre biológica ante la jurisdicción civil, siendo desestimadas acumuladamente dichas impugnaciones por el Juez de Primera Instancia núm. 3 de A Coruña y, con posterioridad, en grado de apelación, por Sentencia de 30 de marzo de 2004, dictada por la Sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de aquella ciudad.

⊙ Iniciado el expediente de adopción a instancias de la Administración pública indicada, el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña ante el que se tramitaba el expediente de jurisdicción voluntaria de adopción, acordó citar a la madre biológica del menor «al objeto de recabar su consentimiento a la adopción». La comparecencia ordenada se celebró el 30 de octubre de 2002, manifestando en ella la demandante de amparo, entre otras cosas, «que no está conforme con la adopción de su hijo».

⊙ El día 7 de noviembre siguiente la madre biológica presentó escrito, firmado por el Letrado en el cual insistía en que no estaba conforme con la adopción de su hijo y, como ya anticipara en la comparecencia del día 30 de octubre anterior, ponía en conocimiento del Juez que las resoluciones administrativas de las que se deja hecha mención en el apartado anterior se encontraban recurridas y pendientes de resolución.

⊙ A la vista de lo manifestado en este escrito el Juez acordó suspender el curso del expediente hasta que recayese resolución firme en la impugnación de los acuerdos de la entidad pública, lo que tuvo lugar mediante la referida Sentencia de la Sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de 30 de marzo de

2004, que alcanzó firmeza el 29 de octubre de 2004, según acredita la oportuna certificación emitida por el Secretario del indicado órgano judicial.

⊙ Por su parte, el padre del menor mostró su conformidad a la adopción de su hijo en comparecencia celebrada el día 6 de noviembre de 2002.

⊙ Reanudado el curso de las actuaciones judiciales, el Juez acordó, mediante providencia de 18 de noviembre de 2004, citar a los padres biológicos del menor «a fin de recabar su consentimiento a la adopción». A consecuencia de esta citación la demandante de amparo, valiéndose de Procurador y Abogado, presentó escrito el 24 de noviembre de 2004 mostrándose parte en las actuaciones y anticipando que, sin perjuicio de manifestarlo personalmente en la comparecencia para la que había sido citada, se oponía a la adopción en su calidad de madre del menor que no había sido privada de la patria potestad ni estaba incursa en causa para ello, siendo su deseo que se acordara la reintegración del menor con su madre biológica.

⊙ Al día siguiente, 26 de noviembre de 2004, el Juez dictó nueva providencia, dejando sin efecto la comparecencia señalada para ese mismo día así como la providencia de 25 de noviembre de 2004, ya que lo acordado en ella implicaría que doña María tuviese acceso a datos identificativos de los adoptantes.

⊙ A raíz de las providencias de 25 y 26 de noviembre la madre biológica presentó escritos en los que interponía recurso de reposición y aducía que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 177.2 del Código Civil, dado que ella no se encontraba privada de la patria potestad sobre su hijo ni se encontraba incursa en causa para ello, la prestación por su parte del consentimiento a la adopción era requisito inexcusable para que ésta pudiera ser acordada. Añadía que, habiendo sido citada para comparecer en el Juzgado a los efectos de prestar su asentimiento a la adopción y no habiéndola consentido, procedía el archivo del expediente. Finalmente, y con carácter subsidiario, aducía que, en el supuesto de considerarse que había un error en la citación y que la comparecencia tenía por objeto simplemente oírla en relación con la adopción de su hijo, debía seguirse el incidente previsto en el artículo 781.1 LEC.

⊙ Mediante Auto de 11 de enero de 2005 el Juez desestimó el recurso de reposición en el que se venía a decir que en el presente procedimiento no es dable volver a analizar la oposición de doña María a la adopción de su hijo, y sí, únicamente, valorar si el matrimonio propuesto como adoptante reúne las debidas garantías para cumplir con la delicada misión de prestar a [S.] la atención y cuidados debidos.

⊙ Doña María instó la nulidad de actuaciones siendo desestimado por Auto de 28 de febrero de 2005.

⊙ El 6 de abril de 2005, el Juez dictó Auto en el cual constituyó la adopción del menor por los padres de acogida preadoptiva, al entender cumplidos los requisitos legales y estimarse ello beneficioso para el menor. El indicado Auto devino firme, habiéndose practicado la correspondiente inscripción de la adopción en el Registro Civil.

⊙ Doña María interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional quien declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la madre biológica y acordó la retroacción de las actuaciones para que el órgano judicial haga saber a la demandante de amparo la circunstancia por la cual basta su simple audiencia y, en su caso, tramite la oposición que la demandante de amparo pudiera deducir, concluyendo luego el proceso con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica del recurso de amparo.

La demanda de amparo, tras recoger el curso procesal que condujo al dictado de las resoluciones impugnadas, aduce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Afirma que el régimen jurídico de la adopción es claro, en el sentido de que, si los padres biológicos no han sido privados de la patria potestad ni se encuentran incursos en causa de privación, su consentimiento resulta imprescindible para autorizar la adopción de un menor. Por otra parte, cuando la citación a los padres biológicos no tenga por finalidad recabar su asentimiento a la adopción de su hijo, sino simplemente oírles, la citación deberá expresar el motivo por el cual sólo es precisa su audiencia pero no su asentimiento. Finalmente, en caso de que surja controversia sobre si los progenitores han de consentir la adopción o sólo han de ser oídos al respecto, la cuestión habrá de resolverse en un proceso contradictorio seguido conforme a lo establecido en el artículo 781.2 LEC.

Mantiene, pese a que la demandante de amparo no está privada de la patria potestad y fue citada expresamente para asentir la adopción (a la que se opuso), el Juez decidió desdecirse de la literalidad de la citación cursada y entender que sólo era preciso oír a la demandante de amparo en relación con la adopción de su hijo menor de edad. Ahora bien, siendo así las cosas, no cabe negar que la demandante tiene derecho a oponerse a ello a través del incidente regulado en el artículo 781 LEC, facultad que sin embargo se le ha negado sistemáticamente. En efecto, una y otra vez sostuvo la demandante que era preciso su asentimiento a la adopción, pero, aun asumiendo un eventual error en la citación recibida que permitiera entender que el órgano judicial la citó sólo para ser oída, se solicitó la apertura del juicio contradictorio que sobre esta cuestión ordena el artículo 781.2 LEC, solicitud sobre la cual el órgano judicial siempre guardó silencio, aludiendo en cambio a que la oposición de la demandante a la adopción había sido ya resuelta con anterioridad en otro proceso judicial previo, cuando en realidad tal proceso versó sobre la legalidad del acogimiento preadoptivo acordado por la Administración.

Concluye afirmando que, como consecuencia de lo anterior, la recurrente en amparo ha sido marginada de un proceso judicial en el que tiene interés evidente, y además merced a una decisión que deja sin efecto la adoptada previamente en sentido contrario, sin causa que justifique el sacrificio de la seguridad jurídica representado por la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio público formuló alegaciones, interesando el otorgamiento del amparo solicitado por considerar vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva, así como la anulación de las resoluciones impugnadas ante este Tribunal y la retroacción de las actuaciones judiciales al momento anterior al dictado de la providencia de 26 de noviembre de 2004 a fin de que se pronunciara nueva resolución en la que se diera respuesta al escrito de la parte de 29 de noviembre de 2004 de modo respetuoso con su derecho a la tutela judicial efectiva.

Tras una detallada exposición de los antecedentes procesales que condujeron al dictado de las resoluciones judiciales impugnadas y de los motivos esgrimidos por la demandante de amparo, el Fiscal expone la doctrina constitucional relativa al derecho de acceso al proceso como manifestación primigenia del derecho a la tutela judicial efectiva y al especial rigor con el que se exige su respeto cuanto se trata de procesos en los cuales están implicados derechos e intereses relativos a la protección de los menores. Seguidamente destaca la semejanza del supuesto abordado en el presente recurso y el resuelto mediante la STC 124/2004, de 20 de mayo, pues, si conforme a dicha resolución los acogedores preadoptivos poseen un interés legítimo a personarse y ser oídos en un procedimiento de impugnación judicial del acogimiento preadoptivo, con mayor razón habrá de sostenerse que los padres biológicos que no hayan sido privados de la patria potestad mediante sentencia firme ostentan, también, un interés legítimo para personarse en un procedimiento de constitución judicial de la adopción de su hijo menor de edad, máxime si tal personación cuenta con la cobertura legal de los artículos 1825, 1829 y 1832 LEC.

Admitiendo el Ministerio público que la demandante de amparo, en su condición de madre biológica del menor adoptado, era titular de un interés legítimo que le permitía, al amparo del artículo 24.1 CE, comparecer en el procedimiento de constitución judicial de la adopción, razona que ninguno de los motivos aducidos por el órgano judicial puede justificar en términos constitucionalmente admisibles la restricción del derecho de la demandante a intervenir en el indicado proceso. Por lo que se refiere a la necesidad de salvaguardar la identidad de los padres adoptivos, el órgano judicial disponía de recursos suficientes para hacer compatible la intervención de la demandante de amparo y la preservación del secreto relativo a la filiación

adoptiva proyectada, resultando significativo que el propio legislador faculte al Juez para que adopte las medidas necesarias a efectos de la consecución de tal fin. Y tampoco puede justificarse la denegación de la intervención de la demandante de amparo en función de la existencia de un previo proceso de impugnación de las resoluciones administrativas de protección de menores dictadas por la Xunta de Galicia, pues el objeto de este proceso (la declaración de desamparo, la formalización de acogimiento preadoptivo con la adopción cautelar de prohibición de contactos con la familia biológica y la declaración de adoptabilidad del menor y de idoneidad de la familia acogedora) era sustancialmente distinto al de constitución de la adopción, centrado en la idoneidad de la familia adoptante pero teniendo también por objeto «recabar los consentimientos y asentimientos necesarios para su válida constitución».

Por lo demás el artículo 781 LEC establece un procedimiento específico que permite a los padres biológicos oponerse a la decisión judicial de darles simple audiencia en vez de recabar su asentimiento a la adopción, procedimiento que debe ser seguido por los trámites del juicio verbal y en el que habría de resolverse si concurre o no en el caso causa de privación de la patria potestad que justifique otorgar simple audiencia de los padres biológicos en vez de recabar su asentimiento a la adopción. Pues bien, la demandante de amparo solicitó reiteradamente que fuese abierto este especial proceso para el supuesto de que su comparecencia hubiera sido acordada para ser simplemente oída aunque por error la citación hubiese expresado que la comparecencia tendría por objeto recabar su asentimiento a la adopción, si bien no obtuvo respuesta judicial alguna a tal solicitud, ni al resolverse el recurso de reposición, ni al desestimarse el incidente de nulidad promovido por la demandante, que de este modo sufrió una marginación procesal lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

A) Objeto del recurso.

El acto del poder público frente al que se demanda amparo por considerar que ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) de la demandante es el Auto de 28 de febrero de 2005, dictado por el Juez de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña. Dicho Auto desestimó el incidente de nulidad deducido contra la providencia de 26 de noviembre de 2004 y contra el Auto de 11 de enero de 2005 por medio de los cuales se dejó sin efecto la decisión de tener a la demandante de amparo por personada y parte en el expediente de adopción de su hijo menor, así como se rechazó la solicitud de que, para el caso de que el órgano judicial considerase que bastaba con la audiencia de la demandante, por su condición de madre biológica, sin ser necesario su asentimiento a la adopción, se iniciara el trámite de oposición a esta decisión a través del cauce previsto en el artículo 781 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal (por todas STC 139/2007, de 4 de junio), «cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de entenderse también por recurridas las precedentes resoluciones confirmadas». Consecuentemente, más allá de la referencia formal a una concreta resolución judicial como específicamente impugnada, nuestro análisis ha de centrarse en si el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) se vio lesionado o no por alguna de estas dos decisiones: a) la de negarle la condición de parte en el procedimiento de jurisdicción voluntaria tramitado sobre la adopción de su hijo menor de edad; b) la de no acordar la apertura del incidente previsto en el artículo 781 LEC para decidir acerca de si era o no necesario el asentimiento de la demandante a la adopción de su hijo menor o si, por el contrario, bastaba con su mera audiencia al respecto. No obstante hay que advertir que, como con posterioridad podremos observar, aun cuando conceptualmente pueden distinguirse ambas cuestiones, su íntima relación va a determinar una dependencia mutua entre ellas a efectos de su análisis.

B) Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

Señala el Tribunal Constitucional que para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar la doctrina elaborada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos en los que, como en el presente, se encuentran en juego intereses de tanta relevancia como los de los menores de cuyo acogimiento, guarda o adopción se trata, así como los de quienes pretenden su adopción y los de los padres biológicos cuya relación de filiación va a quedar extinguida. Así, en la STC 75/2005, de 4 de abril, FJ 3, hemos afirmado «en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos

judiciales que les atañen" (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que "dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado" (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones" (artículo 9.2)»; y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. artículo 1826 LEC)».

Con todo no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender especialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de éstos) guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes.

C) Análisis de si la intervención que se permitió a la madre biológica en el expediente de adopción vulneró o no su derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde la perspectiva constitucional que nos es propia, la cuestión suscitada no se refiere al estricto cumplimiento de la legalidad procesal (más en concreto si se respetó o no la previsión legal de resolver la controversia sobre la necesidad de recabar el asentimiento de los padres biológicos a través del incidente específicamente previsto en el artículo 781 LEC), sino que ha de centrarse en el análisis de si en este concreto supuesto la demandante de amparo dispuso o no de la ocasión de someter a la decisión de los Tribunales de justicia la cuestión de si su asentimiento a la adopción era o no condición necesaria para autorizar la adopción.

Para efectuar este análisis hemos de partir de que, admitido que ni el menor se hallaba emancipado ni la demandante se encontraba privada de la patria potestad, sino que tan sólo el ejercicio de ésta por su parte se encontraba suspendido –*ex* artículo 172.1, *in fine*, del Código Civil (CC)– como consecuencia de la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública de protección de menores, el único supuesto de entre los mencionados en el artículo 177.1.2 CC que justificaría prescindir del asentimiento a la adopción por parte de la demandante de amparo sería el de encontrarse la madre incursa «en causa legal para tal privación». Ahora bien, tal situación «sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881]» (segundo inciso del artículo 177.1.2 CC), remisión esta última que, al referirse a un precepto derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha de entenderse referida al artículo 781 de esta última Ley. Dicho precepto disponía, en el momento de dictarse las resoluciones impugnadas en amparo, que «1. Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que prudencialmente estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 7532. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el tribunal se dictará auto dando por finalizado el trámite. Dictada esta resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate».

Del análisis de las actuaciones judiciales resulta que la demandante de amparo, que por dos veces fue citada para «recabar su consentimiento [sic] a la adopción», adujo reiteradamente que no asentía a la adopción y que, para el caso de que el órgano judicial entendiera que no resultaba necesario su asentimiento sino que bastaba con su mera

audiencia, se oponía a tal decisión y solicitaba la tramitación del incidente establecido en el antes transcrito artículo 781 LEC. A tal solicitud dio respuesta el órgano judicial, mediante el Auto de 11 de enero de 2005, considerando que la oposición de la demandante a la adopción de su hijo había sido resuelta por la Sentencia de 30 de marzo de 2004 dictada por la Sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, confirmatoria de la de primera instancia (erróneamente afirma que del mismo Juez, cuando en realidad fue dictada por el de Primera Instancia núm. 3), desestimatoria a su vez de las demandas interpuestas por la demandante contra las resoluciones de la Consellería de Familia por las que el mentado organismo acuerda asumir la tutela automática del menor, suspender los contactos con la familia biológica y elevar propuesta de adopción. De ahí que el órgano judicial afirmase que en el procedimiento de adopción «no es dable volver a analizar la oposición de doña María a la adopción de su hijo, y sí, únicamente, valorar si el matrimonio propuesto como adoptante reúne las debidas garantías para cumplir con la delicada misión de prestar a [S.] la atención y cuidados debidos». Con posterioridad el Juez de Primera Instancia insistiría en el mismo criterio, al desestimar mediante el también impugnado Auto de 28 de febrero de 2005 el incidente de nulidad promovido por la demandante de amparo mediante Auto, razonando a tal efecto que «en el caso enjuiciado no se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 177 del Código Civil y 781 de la LEC, pues la promovente del presente incidente ya fue oída sobre la adopción en el procedimiento tramitado por este Juzgado con el núm. 766/02 y que la Sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, desestima las demandas interpuestas por la Sra. María contra las resoluciones de la Consellería de Familia de fechas 13 de noviembre de 2001, 15 de febrero de 2002 y 8 de noviembre de 2002, por las que el citado organismo acuerda asumir la tutela automática del menor suspender los contactos con la familia biológica y elevar la propuesta de adopción.»

Según se desprende de las actuaciones judiciales el Juez de Primera Instancia citó a la demandante de amparo para «recabar su consentimiento a la adopción» por dos veces (aunque la segunda fue dejada sin efecto), manifestando la demandante tanto en comparecencia personal como por escrito que, no encontrándose privada de la patria potestad ni incursa en causa para ello, su asentimiento era necesario para la adopción de su hijo menor y que no lo autorizaba, siendo su deseo que se reintegrara al menor con su familia biológica. Pese a que el artículo 1831, párrafo 2, LEC de 1881 expresamente dispone que «en la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia», en ningún momento se advirtió a la demandante de amparo de que su asentimiento no era necesario, con expresión de qué circunstancia autorizaba a prescindir de él, lo que le impidió contradecirla. Pero es que, además, la diligente actuación de la demandante de amparo le llevó a poner de manifiesto al órgano judicial que, si se trataba de un error en la citación y, en consecuencia, se consideraba que estaba incursa en causa de privación de la patria potestad, también negaba que esta circunstancia concurriese y solicitaba que se tramitara el incidente regulado en el artículo 781 LEC para decidir sobre tal cuestión. Aun así el Juez nunca llegó a precisar qué causa entendía que autorizaba a prescindir del asentimiento materno, sino que en los Autos de 11 de enero y 28 de febrero de 2005 se limitó a afirmar que la oposición de la demandante a la adopción ya había sido sustanciada al resolver (erróneamente se afirma que por el mismo Juzgado) los recursos deducidos contra las resoluciones administrativas sobre asunción de tutela automática, acogimiento preadoptivo y solicitud de adopción. Sin embargo lo cierto es que en tales procesos, por más que se debatiera sobre si la demandante había proporcionado al menor las atenciones de todo orden inherentes a la patria potestad, y si, en consecuencia, resultaba conveniente para el menor la adopción proyectada a la vista de su integración en la familia en la cual se encontraba acogido, no se decidió si los hechos descritos integraban o no causa de privación de la patria potestad, todo lo cual impide considerar que existió decisión judicial acerca de la concurrencia de la causa de privación de la patria potestad en un procedimiento judicial contradictorio, único modo en el que el artículo 177.1.2 CC permite su apreciación, como ya ha quedado expuesto. Y es que la especial trascendencia de los intereses en juego no permite que la controversia judicial sobre la concurrencia de causa de privación de la patria potestad, en tanto que supuesto habilitante para prescindir del asentimiento a la adopción, sea meramente intuida o presumida. En suma, al no precisar la causa por la cual entendía que podía prescindirse del asentimiento de la madre biológica a la adopción y no adoptar las medidas necesarias para que, tal y como con reiteración solicitaba la demandante de amparo, pudiera hacer uso del incidente previsto en el artículo 871 LEC para someter a enjuiciamiento el carácter necesario o contingente de su asentimiento a la adopción (con la consecuente imposibilidad de impugnar la resolución constitutiva de la adopción por tal motivo –artículo 781.2, *in fine*, LEC), el órgano judicial colocó a la demandante de amparo en situación de indefensión y, en consecuencia, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva.

No resulta ocioso insistir en que lo decisivo para nuestro enjuiciamiento es que, atendidas las circunstancias concretas del caso, se aprecie la existencia o no de indefensión material, no siendo suficiente para ello la constatación del mero incumplimiento de las reglas procesales que disciplinan un concreto proceso. Fueron precisamente las circunstancias del caso concreto las que condujeron a rechazar la alegación de indefensión que se adujo en el caso resuelto por la STC 114/1997, de 16 de junio, con el cual guarda alguna semejanza el supuesto ahora analizado. En efecto, pese a que en aquel caso la apreciación de la existencia de causa de privación de la patria potestad (y consecuentemente la prescindibilidad del asentimiento materno a la adopción) tuvieran lugar en el proceso previo de impugnación de la resolución administrativa sobre acogimiento del menor [antecedente de hecho 3, apartados e), f) y g), párrafo 3, y fundamento jurídico 5], este Tribunal (que por lo demás terminó otorgando el amparo por otras razones) descartó que se hubiera producido indefensión material a la demandante de amparo, madre biológica del adoptando, valorando las circunstancias concretas del caso al tomar en consideración que: 1) en el procedimiento de adopción la madre biológica había sido citada expresamente sólo para ser oída, al considerar que estaba incursa en causa de privación de la patria potestad; 2) había tenido pleno conocimiento de los hechos determinantes de tal apreciación al haber tomado pleno conocimiento de las resoluciones administrativas en las que se acordó el acogimiento de su hijo menor, manifestando su oposición a la adopción tanto en el expediente administrativo como en la subsiguiente impugnación judicial de la resolución administrativa; 3) en el caso enjuiciado concurría, con especial relieve, el hecho de que fueron los mismos órganos judiciales los que en instancia y apelación conocieron tanto de la impugnación de la resolución administrativa que acordó el acogimiento del menor como del expediente de adopción de éste, y 4) el órgano judicial motivó adecuadamente en aquel conocimiento previo la apreciación de que concurría en la madre biológica causa de privación de la patria potestad y que, en consecuencia, no era preciso su asentimiento a la adopción, sino que era suficiente con que fuese oída en relación a ello (fundamentos jurídicos 5 y 6). La flexibilidad con la que la ley procesal ordena los procedimientos de jurisdicción voluntaria (entre los que, prescindiendo de la adecuación de tal caracterización, se encuentran los encaminados a constituir la adopción), así como la imposibilidad de concebirlos de modo completamente aislado cuando guardan relación entre sí, completan la clave de la decisión adoptada en aquella resolución.

La estimación de la demanda de amparo por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva determinada por la situación de indefensión en que resultó situada la demandante de amparo hace innecesaria cualquier otra consideración relativa a la quiebra del derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes que, como vertiente diferenciada del derecho a la tutela judicial efectiva, se denuncia con carácter secundario o accesorio.

Resta tan sólo precisar el alcance del amparo que se otorga, cuestión de la máxima importancia dados los muy relevantes intereses en presencia, singularmente los del menor adoptado (artículo 39 CE), pero también los de los demás afectados por la relación de filiación ya constituida, lo que nos llevó a denegar la suspensión de las resoluciones impugnadas en amparo por medio del ATC 461/2007, de 17 de diciembre.

El restablecimiento de la demandante en la integridad de su derecho exige, con mantenimiento de la situación fáctica actual del menor concernido, la anulación de los Autos de 11 de enero y 28 de febrero de 2005, así como la de las resoluciones subsiguientes, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que el órgano judicial haga saber a la demandante de amparo la circunstancia por la cual basta su simple audiencia y, en su caso, tramite la oposición que la demandante de amparo pudiera deducir, concluyendo luego el proceso con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado.

VIOLENCIA DE GÉNERO

Aunque se admite un recurso de amparo contra una sentencia que condenó al esposo por un delito de maltrato habitual, no se acuerda la suspensión de la pena de prohibición de aproximación, comunicación o acercamiento a su ex esposa, la de privación del derecho y porte de armas y la del pago de la indemnización. En cambio, sí procede la suspensión de la pena de privación de libertad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, AUTO DE 14 DE ABRIL DE 2008

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 6 de octubre de 2005 recaída en el rollo de apelación 270-2005, que revoca la absolución acordada por la Sentencia de 19 de mayo de 2005 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba en procedimiento abreviado 50-2004, condenó a don Manuel por delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP a una pena de dos años de prisión, privación del derecho a tenencia de armas por tres años y prohibición de aproximación, comunicación o acercamiento a su ex esposa, su domicilio o su lugar de trabajo por tiempo de cuatro años; y por una falta de amenazas y otra de vejaciones a la pena de arresto de cuatro fines de semana por cada una de ellas. Se le condenó también a una indemnización de 6.000 euros en concepto de responsabilidad civil.

⊙ Don Manuel interpuso recurso de amparo que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional.

⊙ Don Manuel solicitó la suspensión de la ejecución.

⊙ El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito presentado en el Registro general de este Tribunal el 7 de marzo de 2008, en el que interesó la suspensión de las penas privativa de libertad, de prisión y de arresto de fin de semana, considerando que, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no debían suspenderse el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil ni tampoco la privación del derecho a la tenencia de armas y la medida de alejamiento. Respecto de estas últimas manifiesta que, de una parte, el recurrente no ha acreditado los perjuicios derivados de la no suspensión de tales penas, ni si resultarían en modo alguno irreparables. De otra parte, enfatizando el carácter excepcional y de aplicación restrictiva de la suspensión, considera que, aun cuando hayan de considerarse penas accesorias a la privativa de libertad, ello no justificaría la suspensión, ni está aconsejada ésta al ser medidas orientadas a la protección de la víctima que al mismo tiempo no conllevan un grave perjuicio para el recurrente.

⊙ El Tribunal Constitucional acordó la suspensión de la pena privativa de libertad, pero no así de la de prohibición de aproximación, comunicación o acercamiento a su ex esposa, la privación del derecho y porte de armas, y la del pago de una indemnización.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.2 LOTC, «cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá dis-

poner la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona».

En la interpretación del artículo 56.1 LOTC, en gran parte similar en su redacción a la reciente reforma de la Ley Orgánica 6/2007, este Tribunal ha venido entendiendo (AATC 17/1980, 57/1980, 257/1986, 249/1989, 294/1989, 141/1990, 35/1996, 287/1997, 185/1998, 86/1999 y 99/1999, entre otros) que la suspensión se configura como una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, dado el interés general en la efectividad de las decisiones de los Poderes públicos, y, en particular, en la ejecución de las resoluciones judiciales ya que, como se afirma en el ATC 143/1992, la aplicación del citado precepto «está presidida por la regla general de la no suspensión, pues así lo impone la protección que merece el interés general que conlleva la ejecución y efectividad de los actos y decisiones de los Poderes públicos, amparados como están en la presunción de legalidad y veracidad. Este interés general posee especial relieve cuando se trata de resoluciones dictadas por Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere el artículo 117.3 de la Constitución».

Por lo tanto, como regla general, la admisión de un recurso de amparo no suspende la ejecución de los actos recurridos, dada la presunción de legitimidad que alcanza a todas las actuaciones de los Poderes públicos, si bien, dado el carácter cautelar de la suspensión, debe ponderarse la concurrencia de los requisitos establecidos para su adopción atendiendo en primer lugar a determinar su presupuesto: esto es, que en caso de no adoptarse se ocasionará al actor un perjuicio que hará perder al amparo su finalidad, debiendo ponderarse los intereses generales y los derechos fundamentales de terceros, cuya perturbación grave o lesión actúa como límite de la adopción de la medida cautelar, y el interés particular del demandante de amparo que alega a su vez la lesión de un derecho fundamental, siendo el potencial perjudicado quien ha de justificar el eventual perjuicio.

Expuesta esta doctrina general hemos de examinar las circunstancias particulares del presente caso, en que se solicita por el demandante de amparo la suspensión respecto de los pronunciamientos condenatorios de la Sentencia recurrida, si bien de la lectura tanto de la demanda de amparo como del posterior escrito presentado en la pieza del incidente de suspensión, parece ceñir su petición a la pena privativa de libertad de dos años de prisión. En cualquier caso, resulta procedente pronunciarse sobre el conjunto de los pronunciamientos de la Sentencia impugnada.

Respecto de ésta, y de las dos penas de arresto de cuatro fines de semana, resulta de plena aplicación al supuesto examinado la doctrina general y reiterada de este Tribunal de que la ejecución de las penas privativas de libertad puede ocasionar al recurrente perjuicios irreparables que harían perder al amparo su finalidad, porque la pérdida de la libertad es irreparable y no puede restituirse (AATC 98/1983, 179/1984, 574/1985, 301/1995, 321/1995, 152/1996, 163/1996 y otros muchos). En su virtud procede, sin más, y en consonancia con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, estimar la pretensión de suspensión de la Sentencia en cuanto al cumplimiento de las citadas penas privativas de libertad impuestas al recurrente.

En cuanto a la prohibición de aproximación, comunicación o acercamiento a su ex esposa, y a la privación del derecho y porte de armas, debe matizarse el criterio antes expuesto de irreparabilidad del perjuicio derivado de la pérdida o restricción de libertad, no sólo porque en este caso no tiene el mismo alcance que la pena de prisión, sino también atendiendo al bien jurídico protegido de evitar la posible desprotección de las víctimas, circunstancias que han sido tomadas en cuenta por este Tribunal para atemperar aquel criterio (AATC 4/2005, de 17 de enero; 247/2003, de 14 de julio, 53/2003, de 10 de febrero). Así, en el citado ATC 53/2003, hemos fundado tal conclusión en que «la imposición en la Sentencia de la pena de alejamiento de la víctima tiene por objeto proteger la integridad física de aquélla –que constituye, asimismo, un derecho fundamental– frente a eventuales nuevos ataques, y que la restricción de la libertad ambulatoria del actor a dicha pena es mínima». Por tanto no procede la estimación de la suspensión de la pena de alejamiento, ni de la prohibición de tenencia de armas, a la que pueden hacerse extensivos los anteriores razonamientos.

Por último, en relación con la indemnización civil, este Tribunal viene manteniendo que las resoluciones judiciales con efectos meramente patrimoniales en principio no causan perjuicios irreparables, por más que puedan producir efectos desfavorables a quien demanda el amparo, puesto que su reparación posterior, en caso de estimarse éste, es meramente económica y por ello no dificultosa, por lo que no procede su suspensión (AATC 573/1985, 574/1985, 275/1990, 287/1997, 185/1998, 106/2002 y 119/2003, entre otros muchos).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aunque los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales modificando el régimen económico de gananciales a separación de bienes, se declara que los capítulos matrimoniales fueron simulados habiéndose regido siempre el matrimonio por el régimen de gananciales, por lo que debían incluirse en la liquidación los dos inmuebles adquiridos por la esposa durante el período en que formalmente rigió el régimen de separación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Antonieta y don Andrés se casaron en Corrales, Zamora, el 10 de enero de 1965; su régimen económico-matrimonial era el de gananciales. El 18 de febrero de 1986 otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que pactaron el cambio de régimen de gananciales por el de separación; al día siguiente, la demandante Antonieta compró un piso en el que los cónyuges constituyeron su vivienda conyugal; durante este período adquirieron otro inmueble también a nombre de la esposa. El 22 de junio de 1990 volvieron a pactar el régimen de gananciales. Nunca se liquidaron los diversos regímenes que sucesivamente se extinguieron. El 23 de junio de 1992 se dictó la sentencia de separación de los cónyuges.

⊙ Doña Antonieta presentó demanda contra su esposo, pidiendo la liquidación de los dos regímenes de gananciales. Don Andrés puso de relieve en su contestación que la primera escritura de disolución del régimen de gananciales se otorgó para permitir que la adquisición de la vivienda conyugal figurara a nombre de su esposa y que en realidad no hubo nunca separación de bienes; que los bienes adquiridos constante matrimonio lo fueron con dinero ganancial porque su esposa carecía de ingresos propios. En su contestación a la demanda se mostró conforme con que el juzgado decretara la disolución y posterior liquidación de la sociedad conyugal y que debería procederse a efectuar inventario de los bienes en el que se incluyeran los pisos adquiridos en el período en que estuvo aparentemente vigente el régimen de separación. Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, se personó en autos solicitando que se dictase sentencia desestimando la demanda.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sabadell dictó Sentencia el 6 de noviembre de 1998 y con la siguiente parte dispositiva: «Decideixo estimar parcialment la demanda presentada en nom i representació de Doña. Antonieta contra el Sr. Andrés i declaro dissolta la societat de guanys existent entre les parts litigants, sense fer especial adjudicació dels béns que en formaven part a cap d´ambdues partículos Que es procedeixi a la liquidació del patrimonio comú, en fase d´execució de sentència. No es fa imposició de les costes causades en aquest plet». El Juzgado consideró que se trataba de liquidar dos sociedades de gananciales, la que había subsistido hasta el 18 de febrero de 1986, y la vigente desde 22 de junio de 1990 hasta la sentencia de separación en 1992. Entendió que en la primera sociedad sólo había un bien ganancial, mientras que no quedaba acreditado qué bienes exis-

tían en la segunda sociedad, por lo que se remitía a ejecución de sentencia para la fijación del activo. Estimó en parte la demanda, declarando disuelta la sociedad, sin hacer adjudicaciones de bienes.

- En grado de apelación, la Sec. 16.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 28 de octubre de 1999, estimando parcialmente el recurso interpuesto por don Andrés en el sentido de establecer que el régimen de gananciales desplegó sus efectos desde la fecha del matrimonio de los litigantes hasta el día 23 de junio de 1992. La Audiencia entendió que los capítulos matrimoniales otorgados el 18 de febrero de 1986 fueron simulados, en base a la apreciación de las pruebas obrantes en los autos; en consecuencia entendió que el matrimonio se había regido siempre por el régimen de los gananciales, por lo que debían incluirse en la liquidación los dos inmuebles adquiridos por la esposa durante el período en que rigió el régimen de separación.

- Doña Antonieta interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso presentado por doña Antonieta incide básicamente en la denuncia de la existencia de incongruencia *extra petitum*, que se recoge en el primero de los motivos al denunciarse, al amparo del artículo 1692.3 LEC la infracción del 24 Constitución Española, en relación con el artículo 359 LEC por haber causado indefensión a la parte recurrente. Alega la recurrente en su escrito y repitió en el acto de la vista oral, con cita de sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala, que la sentencia recurrida concede algo no pedido ni debatido, como es «la nulidad de la escritura de fecha 18 de febrero de 1986, por simulación absoluta de la misma». Este argumento lo basa la recurrente en que el demandado no lo pidió expresamente en su escrito de contestación a la demanda, no se hace alusión alguna al tema en los fundamentos de derecho de la misma ni formuló reconvención. En consecuencia, la sentencia que declara, siempre según la recurrente, la nulidad de los capítulos por simulación es incongruente, porque se pronuncia sobre un aspecto no solicitado por el demandado, ya que lo único que éste pidió fue que se decretara la disolución y posterior liquidación de la sociedad económica matrimonial, oponiéndose a la declaración de privaticidad de los bienes inmuebles adquiridos en el período cuestionado. Para razonar sobre estos extremos debemos recordar que, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, la incongruencia de una resolución «ha de apreciarse confrontando o poniendo en relación lo pedido por las partes con lo acordado o resuelto por el juzgador, pues el órgano judicial debe pronunciarse sólo sobre lo pedido y únicamente en los límites de la tutela jurídica postulada» (Sentencia de 20 de diciembre de 2006 y las allí citadas). La Sentencia de 26 de enero de 2006 señalaba que «conforme a la doctrina de esta Sala (Sentencias de 30 de abril de 1991, 1 de octubre de 1992, 8 de junio de 1993, 25 de octubre de 1993, 8 de febrero de 1994, 6 de marzo de 1995) se produce incongruencia con relevancia constitucional cuando la sentencia altera de modo decisivo los términos en que se ha desarrollado el debate procesal».

Pues bien, en el presente recurso no puede apreciarse la concurrencia de incongruencia, porque la sentencia de instancia no declaró la nulidad de los capítulos matrimoniales, como afirma la recurrente, sino solamente su simulación y ello estaba de acuerdo con la contestación a la demanda efectuada por don Andrés, quien afirmó que «en realidad los esposos siempre se han regido bajo el régimen de gananciales», que la «Sra. Antonieta no trabajó nunca durante el matrimonio y por ello nunca tuvo ingresos propios», que «pese a que estuvieren inscritos a su nombre, y pese a que se adquirieran en período en que el régimen económico-matrimonial era el de separación de bienes, (...), todos los bienes adquiridos durante este período, lo fueron con dinero ganancial y por tanto no se trata de bienes privativos en realidad, sino de la sociedad conyugal»; que nunca fue intención de los cónyuges disolver el régimen de gananciales después del otorgamiento de la primera escritura y que en la demanda de separación que había presentado la propia actora se reconocía la ganancialidad de los bienes que ahora se reclaman como privativos. Estos argumentos utilizados en la demanda permiten entender que el esposo demandado estaba implícitamente reconociendo la simu-

lación de las capitulaciones matrimoniales, a lo que debe acompañarse la petición de que los inmuebles reclamados por la esposa se incluyeran en el inventario de la sociedad de gananciales, lo que cerraba el argumento, ya que era una consecuencia clara de la simulación que reconocía haberse efectuado para que «la adquisición inmediata de una vivienda lo fuera a efectos puramente formales, bajo la titularidad de la esposa», lo que queda confirmado por el hecho de que la dicha vivienda fue adquirida el día siguiente al otorgamiento de los capítulos. Por todo ello, el demandado ciertamente no pidió expresamente que se declarara la nulidad, sino que fue argumentando la existencia de una simulación, por lo que en este punto, no puede afirmarse que la sentencia recurrida haya incurrido en el vicio que se le imputa.

Pero es que, además, debe recordarse que la sentencia de la Audiencia no declaró la nulidad de los capítulos matrimoniales, sino que se limitó a «acoger la alegación de simulación esgrimida por el demandado» y afirmó que el matrimonio siempre se había regido por el régimen de gananciales, «con las consecuencias que ello acarrea en orden a la inclusión en el activo de la sociedad de los dos inmuebles de constante referencia» (FJ 4) y así se recoge en el fallo que revoca parcialmente la sentencia de Primera Instancia, «en el sentido de establecer que el régimen de gananciales desplegó sus efectos desde la fecha del matrimonio de los litigantes hasta el día 23 de junio de 1992», fallo que se ajustaba perfectamente a lo alegado por el demandado en la contestación a su demanda.

Todo lo anterior nos lleva a rechazar el primer motivo del recurso.

El segundo de los motivos al amparo del artículo 1692.4.º LEC denuncia la aplicación indebida del artículo 1276 del Código Civil, porque considera que no existe simulación en el contrato al ser válido, conforme a los artículos 1091, 1261, 1281 y ss. del Código Civil. Argumenta que los cónyuges ejercieron la autonomía de la voluntad al pactar el cambio del régimen, lo que se desprende de la escritura de capítulos y de las inscripciones de los bienes como privativos a nombre de doña Antonieta; también entiende que no se ha destruido la presunción de causa, establecida en el artículo 1277 del Código Civil, por lo que el matrimonio no se rigió «en todo momento» por el régimen de gananciales, sino que entre 18 de febrero de 1986 y 22 de junio de 1992 se rigió por el régimen de separación. La recurrente incurre en este motivo en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, porque opone su propia interpretación a los hechos declarados probados por la sentencia recurrida sin atacar directamente la prueba en base a una norma que considere infringida. La sentencia impugnada ha llegado a unas conclusiones adecuadas a partir de los hechos probados y lo que pretende la recurrente es que esta Sala vuelva a examinar la prueba, lo que está vedado en casación. Además, esta Sala tiene dicho reiteradamente que considera que en la simulación, «su determinación queda reservada a los tribunales de instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea impugnada por el medio adecuado para ello, que no es otro que la alegación de error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se consideren infringidas, cauce procesal que aquí no ha sido utilizado (Sentencias de 29 de julio de 1993, 19 de junio de 1997 y 21 de septiembre de 1998; y, entre las más recientes, las de 5 de febrero de 2000 y 21 de noviembre de 2005)» (Sentencia de 16 de enero de 2007).

Por ello debe rechazarse también este motivo.

El tercer motivo del recurso, también al amparo del artículo 1692.4.º LEC denuncia la infracción de los artículos 1249 y ss. del Código Civil por falta de acreditación de la presunción de ganancialidad. Este motivo debe rechazarse por su propio planteamiento, ya que es doctrina reiterada de esta Sala que no puede fundarse un motivo en el recurso de casación en la alegación como infringidos de unos artículos indeterminados, como cuando se utiliza la expresión «y siguientes», como ocurre en el presente motivo. Pero es que además, declarado por la sentencia recurrida que las relaciones económicas entre los cónyuges litigantes se rigieron siempre por el régimen de gananciales, resulta superflua cualquier otra argumentación, ya que los bienes que se discuten fueron adquiridos constante el citado régimen y tienen la cualidad de gananciales. Por todo ello debe rechazarse también este motivo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Nulidad de la escritura de compraventa otorgada por el esposo respecto a la mitad indivisa de un inmueble, utilizando un poder general de la esposa, rigiéndose el matrimonio por el régimen de separación de bienes, al existir vicio en el consentimiento por intimidación al esposo para evitar un proceso penal contra él por apropiación indebida.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Dolores interpuso demanda de menor cuantía contra don Luis Antonio, don Carlos Miguel y la mercantil Akrazahara, SL solicitando se dictara sentencia por la que «1. Se declare la nulidad de los contratos celebrados por el Sr. Luis Antonio, en nombre propio o de la sociedad "Akrazahara, SL", con el Sr. Carlos Miguel, que tenían por objeto la transmisión de las fincas registrales núm. NÚM000 y NÚM001, inscritas en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Elche; así como de los muebles que se encontraban en el interior de la casa, cuya relación se ha aportado a los presentes autos; y por tanto se declare nula la escritura otorgada en fecha 14 de julio de 1997; así como la nulidad de la inscripción, ordenando la cancelación de inscripción de las respectivas fincas en el Registro de la Propiedad, siendo de cuenta de los demandados los gastos e impuestos que ello produzca. 2. Subsidiariamente, se declare la nulidad de la transmisión de la mitad indivisa de las fincas registrales anteriormente citadas, y de los bienes muebles; así como la nulidad y cancelación de inscripción de las respectivas fincas en el Registro de la Propiedad, reservándome el derecho de retracto en este acto, respecto de la otra mitad. 3. Se condene a la entidad "Akrazahara, SL" a la devolución de la posesión de los bienes muebles e inmuebles. 4. Condenar a los demandados solidariamente a la indemnización de daños y perjuicios, a determinar en período probatorio o en ejecución de sentencia. 5. La condena en costas a los demandados.»

⊙ Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Elche, dando lugar a los Autos núm. 180/1998 de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, y emplazados los demandados, no compareció don Carlos Miguel, por lo que fue declarado en rebeldía, y sí lo hicieron, conjuntamente, la mercantil Akrazahara, SL y don Luis Antonio, que contestaron a la demanda oponiéndose en el fondo y solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte actora y sin perjuicio de los pronunciamientos que correspondieran en relación con el codemandado don Carlos Miguel.

⊙ Con posterioridad a la interposición de la primera demanda, doña María Dolores interpuso nueva demanda contra los mismos demandados solicitando se dictara sentencia por la que «Se declare la nulidad de los contratos celebrados por el Sr. Luis Antonio, en nombre de la sociedad "Akrazahara, SL", con el Sr. Carlos Miguel, que tenían por objeto el reconocimiento de deuda por parte de éste último, efectuado el día 20 de junio de 1997, así como la escritura de fecha 26 de junio de 1997, otorgada ante el Notario del Elche, don Manuel Miñarro Muñoz, núm. de protocolo 2246 y, por tanto, el reconocimiento de deuda y la hipoteca constituida sobre la finca registral núm. NÚM001, inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Elche; siendo de cuenta de los demandados los gastos e impuestos que ello produzca; con imposición de las costas a los demandados».

⊙ Emplazados los demandados para comparecer y contestar a esta segunda demanda, no lo hizo don Carlos Miguel, por lo que fue declarado en rebeldía, y sí los otros dos demandados por separado:

don Luis Antonio, proponiendo las excepciones de su falta de legitimación pasiva y defecto legal en el modo de proponer la demanda, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora; y la mercantil Akrazahara, SL, oponiéndose en el fondo, solicitando la íntegra desestimación de la demanda con la imposición de costas a la actora y, además, formulando reconvención para que se dictara sentencia en la que se acordase: «A). Que el vehículo Toyota matrícula A-8565-CD es propiedad de "Akrazahara, SL" B) Se condene a doña María Dolores a estar y pasar por dicha resolución, otorgando cuantos documentos sean necesarios para formalizar ante los organismos oficiales correspondientes dicha transmisión, otorgándolos el Juzgador de oficio en su nombre si fuera necesario; y a la entrega de la posesión del vehículo a mi representada. C) Se condene a doña María Dolores al pago de las costas de la presente RECONVENCIÓN».

⊙ Por Auto de 17 de diciembre de 1998 se acordó acumular los Autos núm. 247/1998, de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Elche, a lo que se accedió por el Juez requerido mediante Auto de 8 de febrero de 1999.

⊙ Tras contestar la demandante inicial a la reconvención pidiendo su desestimación con imposición de costas a la reconviniente y ser de nuevo convocadas las partes a la preceptiva comparecencia, ésta se celebró con el resultado de considerarse improcedente la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda acumulada, sin perjuicio de no tener en consideración las alegaciones de la misma destinadas a rebatir la contestación a la primera demanda, y reservar a la sentencia la decisión sobre la excepción de falta de legitimación pasiva.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Elche dictó Sentencia el 27 de marzo de 2000 estimando la demanda y declarando: la nulidad de la transmisión de la mitad indivisa de las fincas registrales números NÚM000 y NÚM001 inscritas en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Elche y, en consecuencia, la nulidad de la escritura de cesión de bienes otorgada con fecha 14 de julio de 1997 ante la fe del Notario don Manuel Miñarro Muñoz y su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, y la de la mitad de los bienes muebles existentes en el chalé construido en dichas fincas registrales recogidos en el informe pericial, efectuada mediante documento privado de fecha 30 de marzo de 1998 suscrito entre los demandados declarándose asimismo su nulidad, condenándoles a estar y pasar por dicha declaración, ordenando la cancelación de las inscripciones y asientos registrales efectuados a favor de la mercantil adquirente en dicha escritura de cesión de bienes respecto de la mitad indivisa de las referidas fincas que corresponde a la actora. Igualmente se declaró la obligación de la parte actora y de la mercantil Akrazahara, SL de proceder en ejecución de sentencia a la liquidación que se recoge en el fundamento jurídico quinto; con reserva del derecho de retracto a favor de la misma en la forma establecida en el fundamento jurídico octavo, condenando a los referidos demandados al pago de las costas acusadas en esta instancia, sin que proceda la indemnización de daños y perjuicios solicitada. Asimismo se condenó a la mercantil Akrazahara, SL a la devolución de la posesión de los bienes muebles e inmuebles a la parte actora, previo el pago de las cantidades a que viniera obligada ésta en la liquidación que establece el fundamento jurídico quinto y la prestación de fianza, que se determinará en ejecución de sentencia, por la entrega de la totalidad de los referidos bienes. Desestimándose la demanda reconvencional se absolvió a doña M.ª Dolores de las pretensiones que contra ella se dirigían.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 7.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 28 de julio de 2000 desestimando el recurso.

⊙ Don Luis Antonio y Akrazahara, SL interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El litigio causante de este recurso de casación versó sobre la nulidad de diversos negocios jurídicos mediante los cuales el marido de la demandante, valiéndose de un poder general otorgado por aquélla, con la que estaba casado bajo el régimen económico-matrimonial de absoluta separación de bienes, había dispuesto del chalé en el que tenían su vivienda conyugal y de las fincas registrales que constituían la parcela sobre el que aquél estaba edificado, así como de todo su mobiliario y enseres e incluso de un coche, todo ello después de unos reconocimientos de deuda, el segundo de los cuales se garantizó mediante hipoteca constituida sobre una de esas fincas registrales.

Las dos demandas acumuladas se dirigieron contra el marido de la actora, contra quien había sido jefe de éste en una agencia inmobiliaria que actuaba en el tráfico bajo la forma de sociedad limitada de la que era gerente y administrador único este segundo demandado y contra la propia sociedad limitada, y la causa de pedir era, básicamente, que el marido de la actora, sin conocimiento de ésta, había accedido a disponer de los bienes en favor del otro demandado o de la referida sociedad limitada bajo chantaje, ya que de no hacerlo se promovería contra él proceso penal por la apropiación indebida de unos 35 millones de pesetas que el marido de la actora habría ido recibiendo de los compradores de viviendas a cuenta del precio sin ponerlos a disposición de la inmobiliaria. En las demandas se explicaba que la actora no había tenido conocimiento alguno de la situación hasta que el 30 de marzo de 1998 fue obligada por el antiguo jefe de su marido a abandonar su hogar teniendo que llevarse consigo a su hija de diecisiete meses de edad, que esa misma persona venía presentándose anteriormente en la casa junto con el marido de la actora como si tuviera interés en comprarla normalmente por su precio y, en fin, que el resultado final había sido la transmisión de inmuebles que valían más de 100 millones de pesetas y muebles que valían unos 30 millones de pesetas a cambio de la referida deuda de 35 millones de pesetas del marido de la actora; y en los fundamentos de derecho de dichas demandas se proponían diversos planteamientos, incluyendo los indemnizatorios, mediante la cita de los artículos 1261, 1265, 1267, 1269, 1275, 1276 y 1902 CC, destacándose especialmente las amenazas al marido de la actora por parte de su antiguo jefe, la diferencia de valor entre las prestaciones, la causa falsa o ilícita de los negocios jurídicos impugnados, la extralimitación del marido de la actora como mandatario y el enriquecimiento injusto de los otros dos demandados, a todo lo cual se añadía tanto la posibilidad de que la actora conservara derecho de retracto de comuneros sobre la mitad indivisa de los bienes correspondientes a su marido como la indivisibilidad de la hipoteca conforme a los artículos 122 y siguientes LH y 1860 CC.

El marido de la actora no compareció en el proceso, por lo que fue declarado en rebeldía, y los otros dos demandados se opusieron alegando, fundamentalmente, que ese primer demandado había actuado siempre libremente y con pleno conocimiento de la situación por parte de su esposa, la demandante, queriendo evitar ambos el proceso penal contra aquél por apropiación indebida; y en el escrito de contestación de la sociedad limitada a la demanda acumulada incluso se formuló reconvención para que el vehículo entregado en su día por el esposo de la actora, un Toyota Celica, se pusiera a nombre de dicha sociedad.

La sentencia de primera instancia, estimando la primera demanda en su planteamiento subsidiario referido a la mitad indivisa perteneciente a la actora y desestimando tanto la demanda acumulada como la reconvención, declaró la nulidad de la transmisión de la mitad indivisa de las dos fincas registrales referidas en aquella primera demanda y, en consecuencia, la de la escritura de cesión de fecha 14 de julio de 1997 y su correspondiente inscripción registral; la nulidad de la transmisión de la mitad de los bienes muebles existentes en el chalé construido sobre tales fincas, llevada a cabo mediante documento privado de 30 de marzo de 1998 que también se declaraba nulo; la cancelación de las inscripciones y asientos registrales a favor de la mercantil demandada respecto de la mitad indivisa de las fincas perteneciente a la actora; y la obligación de la actora y de dicha mercantil de proceder en ejecución de sentencia a liquidar la situación, abonando la actora las cantidades satisfechas por la mercantil para atender préstamos hipotecarios anteriores a la escritura de cesión y evitar las consecuencias de un juicio ejecutivo en tanto la mercantil tendría que pagar a la actora la diferencia entre el importe de las antiguas hipotecas y la constituida después de la cesión que afectara a la mitad indivisa de las fincas. Y condenó a la misma mercantil a devolver a la actora la posesión de los bienes muebles e inmuebles previo pago de la cantidad resultante de tal liquidación y mediante la prestación de fianza que se determinaría en ejecución de sentencia. Razón causal de este fallo era la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto dada la exagerada diferencia entre el valor atribuido a los bienes en la escritura de cesión de 14 de julio de 1997 y su valor

de mercado, ya que aquél ni tan siquiera llegaba a la mitad de éste.

Interpuesto recurso de apelación conjuntamente por la mercantil demandada y su gerente, el tribunal de segunda instancia lo desestimó y confirmó el fallo apelado, aunque por apreciar no enriquecimiento injusto y sin causa sino la intimidación en que también se fundaba la demanda. Se razona por dicho tribunal, en esencia, que ya a primera vista causaba extrañeza la escritura pública de cesión de bienes, pues el marido de la actora se había valido de los poderes otorgados por ella cuando en realidad ésta podía haber comparecido ante el notario para prestar su consentimiento personalmente y, además, se transmitían bienes por una deuda muy inferior al valor de aquéllos; que se daban los requisitos de anulabilidad de los contratos traslativos; que la cesión de los bienes por el marido de la actora, dado el régimen de separación entre ellos y la utilización de poderes generales por aquél, se hizo «por un precio inferior aproximadamente en dos tercios de su valor real», lo que revela que dicha cesión respondió a la «evidente intimidación del ejercicio contra el mismo de acciones penales por delito de apropiación indebida»; que así resultaba de la confesión judicial del demandado gerente de la mercantil codemandada, explicando en dicha confesión su acuerdo con el esposo de la actora para que éste pagara la deuda con sus bienes, reconociendo que «jamás se concretó ni el valor de los bienes muebles ni de la vivienda ni del coche, sino únicamente el montante de la supuesta deuda» o, en fin, que la escritura de hipoteca anterior a la cesión de los bienes se dejó sin efecto, antes incluso del primer vencimiento del préstamo, para en su lugar «recibir mediante escritura pública la finca, cuyo valor pericial era tres veces superior al de la deuda, amén de bienes muebles y coche»; que sin necesidad de acudir a otras pruebas era evidente que en los contratos de cesión «subyace una intimidación evidente y manifiesta para obtener así tanto sus bienes como los de su esposa de la que el Sr. Andrés tenía poderes, y ello se deduce de la actuación realizada a espaldas de la actora y de la adquisición fraudulenta del patrimonio familiar, por cantidad que alcanza a un tercio de su valor real, dato pericialmente contrastado»; y que a todo ello se unía el documento privado de 30 de marzo de 1998 por el que el esposo de la actora había admitido recibir 500.000 pesetas en efectivo y un pagaré por importe de 1.000.000 de pesetas «como final del pago de los muebles y enseres de mi casa» cuando, según la prueba pericial practicada para mejor proveer, tales bienes se habían tasado en 5.203.000 pesetas pero puntualizando el perito que su precio de adquisición sería incluso «superior en torno a tres veces más».

El primer motivo del recurso se funda en infracción del párrafo segundo del artículo 1267 en relación con los artículos 1265 y 1300, todos del CC, por aplicación indebida, y del párrafo tercero de aquel artículo 1267 por no haber sido aplicado. Según la parte recurrente, la inminencia del mal temido por el esposo de la actora sería incompatible con la persistencia de la intimidación incluso durante la tramitación del proceso, ya que permaneció siempre en rebeldía. Se alega que entre el 20 de junio de 1997 y el 30 de marzo de 1998, es decir durante un período de más de nueve meses, el marido de la actora firmó hasta cuatro documentos, y luego ha permanecido inactivo sin comparecer en el proceso. Se aduce también que con arreglo a la doctrina de esta Sala no puede constituir intimidación el ejercicio de acciones penales por delito de apropiación indebida y, finalmente, que tampoco por la edad y condición del esposo de la actora cabía apreciar intimidación, dado que «es un padre de familia con amplia experiencia en el ámbito mercantil, que según la propia parte demandante desempeñaba el puesto de jefe de ventas de la sociedad codemandada», constando además que anteriormente había sido contable de una empresa de calzados y luego intermediario en la venta de una promoción de viviendas.

Pues bien, el motivo así planteado ha de ser desestimado. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala sobre la intimidación consistente en la amenaza de un proceso penal u otra actuación judicial tiende a no apreciar dicho vicio del consentimiento desde la consideración general de que cuando los hechos son ciertos su denuncia o persecución penal no constituye un mal injusto, de suerte que la amenaza de denunciarlos no sería ilícita por no concurrir el elemento de su antijuridicidad (SSTS de 21 de junio de 1943, 11 de marzo de 1985 y 21 de octubre de 2005 entre las más significativas); como también lo es que el grado invalidante de la intimidación tiene que medirse en función de las circunstancias ambientales y personales de quien la sufre, siendo aquél tanto menor cuanto mejor sea la posición social, cultural y económica de quien se diga intimidado (SSTS de 21 de marzo de 1950, 21 de marzo de 1970 y 16 de julio de 1991). Pero no es menos cierto que tales consideraciones generales se matizan con importantes puntualizaciones que, en lo que aquí importa, excluyen el chantaje como medio legítimo de obtener el consentimiento contractual. Así, una sentencia próxima a la ya citada de 1943, la de 21 de marzo de 1950 igualmente citada en relación con las condiciones personales del sujeto intimidado, ya recalcó que «si bien en ciertas ocasiones el ejercicio de aquella facultad [la de promover un procedimiento judicial contra la persona a quien se pretende intimidar] es justa y legítima por constituir

un derecho de quien anuncia su utilización que por una u otra vía pretende obtener lo que le es debido, en otras se convierte en un verdadero chantaje con trascendencia notoria en distinta esfera jurisdiccional», concluyendo que «para que el ejercicio de este medio intimidatorio sea justo no basta con que el que lo utilice tenga derecho a hacer lo que anuncia, sino que es preciso que con la amenaza pretenda obtener lo que conseguiría también mediante el proceso judicial con que intenta intimidar». Incluso la propia sentencia más especialmente citada en apoyo del motivo, de 11 de marzo de 1985, se cuida de advertir que la utilización del proceso penal no debe ser abusiva, y para descartar que en el caso examinado se dieran los aspectos fundamentales del acto intimidante atiende también a que no se había evidenciado que el proceso penal respondiera a «una intención de originar un mal que condujera a la ineludible necesidad... de aceptarlo... para evitar mayores y más graves males» ni tampoco «que los recurridos pretendieran coactivamente la obtención de ventajas o mejoras con relación a convenios concertados». Y entre las sentencias más recientes, la de 21 de octubre de 2005, que expone de forma completa la doctrina de esta Sala sobre la intimidación en relación con un caso que guarda ciertas similitudes con el ahora examinado, rechaza que se diera tal vicio del consentimiento en la constitución de una hipoteca sobre la vivienda conyugal para evitar el proceso penal contra el marido por haberse apropiado dinero del Banco en que trabajaban él y su esposa pero recalcando que el acuerdo del Banco fue «con el matrimonio», que no se había probado la amenaza de despido de la esposa, que ésta no había actuado en sentido contrario a sus intereses y que el compromiso contraído no era «desproporcionado».

Basta entonces con comparar el caso allí resuelto con el aquí examinado para concluir que en este último sí se dio la intimidación con todos sus requisitos de amenaza injusta o ilícita, mal inminente y grave, prestación de consentimiento contractual y nexo causal. Podría tal vez admitirse que no fue desproporcionado con la situación el rudimentario reconocimiento manuscrito de deuda de 20 de junio de 1997, primero de los documentos invocados en el alegato del motivo, en virtud del cual el esposo de la actora manifestaba entregar la posesión de su casa al demandado gerente y administrador único de la mercantil codemandada con la condición de darle «todas las facilidades para crear una hipoteca de máximo y pagarle 16 millones de pesetas». Cabría igualmente considerar en hipótesis que tampoco fue desproporcionado el reconocimiento de deuda con constitución de hipoteca sobre una de las fincas registrales hecho en escritura pública otorgada tan sólo seis días después, segundo de los documentos invocados en el motivo. Pero lo que ya resulta de todo punto desproporcionado, abusivo e incluso hiriente para cualquier persona, es que a los pocos días de vencido el plazo para el primer pago parcial de la deuda allí reconocida (6 de julio de 1997) se otorgara el 14 de julio de 1997 la escritura pública por la que el esposo de la actora, a espaldas de ésta y valiéndose de un poder general que la misma le había otorgado en 1989, reconociera adeudar a la mercantil demandada, representada por su administrador único también demandado, 35 millones de pesetas, y en pago de esta deuda le cediera el patrimonio inmobiliario familiar valorado en más de 100 millones de pesetas; como más abusivo aún fue que el 30 de marzo de 1998 la mercantil demandada y su administrador codemandado, no satisfechos con lo que hasta entonces habían obtenido, lograran que el esposo de la actora, precisamente el mismo día en que esta última tuvo que abandonar su hogar, les vendiera por 1.500.000 pesetas, según el último documento invocado en el propio motivo, todos los muebles y enseres de la casa, pericialmente valorados en 5.203.000 pesetas y comprados en su día por aproximadamente tres veces más.

Lo que hubo, pues, no fue una advertencia de que se ejercitaría legítimamente el derecho a promover la acción de la justicia si no se enjugaba la deuda sino, muy claramente, un chantaje para quedarse con todos los bienes del matrimonio a espaldas de la esposa demandante. Es más, la sucesión de documentos invocada en el motivo viene a demostrar precisamente lo contrario de lo que pretende la parte recurrente, ya que la proximidad entre ellos es altamente expresiva de la intensidad de la coacción a que fue sometido el esposo de la actora, cuyas condiciones personales, empleado de los otros dos demandados que se había apropiado de dinero y mantenía un nivel de vida probablemente muy por encima de sus posibilidades ignorándolo su esposa, lejos de fortalecerle frente a la coacción le hacían más sensible a ella, como demuestra la circunstancia de que acabara entregando incluso el automóvil que estaba a nombre de su esposa. De ahí, en definitiva, que con la amenaza se consiguiera mucho más de lo que la mercantil demandada y su administrador codemandado habrían podido obtener denunciando al esposo de la actora (SSTS de 21 de marzo de 1950 y 21 de octubre de 2005), dada la separación absoluta de bienes bajo la que se regía económicamente el matrimonio, y de ahí, por tanto, que se entiendan concurrentes todos los elementos de la intimidación como vicio del consentimiento.

El segundo motivo del recurso, fundado en infracción del párrafo primero del hoy derogado artículo 1232 CC en relación con el párrafo tercero del artículo 580 LEC de 1881 y con la jurisprudencia, impugna la sentencia recurrida porque,

en opinión de la parte recurrente, habría dado por probada la intimidación con base en la respuesta del administrador correcurrente a tres posiciones en el acto de su confesión judicial, deduciendo el tribunal consecuencias ajenas a lo únicamente admitido por el confesante. Así planteado, el motivo carece de consistencia y por ello debe ser desestimado, ya que el razonamiento del tribunal sentenciador sobre la suficiencia de esa prueba de confesión judicial para demostrar por sí sola la intimidación no deja de ser una figura meramente retórica, pues las consideraciones sobre la confesión judicial vienen precedidas de toda una serie de razonamientos tanto sobre los negocios jurídicos reflejados en los documentos incorporados a las actuaciones como sobre los precios allí plasmados en relación con el valor real de los bienes, del mismo modo que a continuación de esos mismos razonamientos se añaden otros sobre la transmisión de los muebles y enseres de la casa en otro documento también incorporado a las actuaciones o sobre el valor de tales bienes según la prueba pericial. En suma, que el tribunal diera relevancia a la respuesta que admitía no haberse tasado los bienes sino sólo la deuda, o a la que reconocía el acuerdo de que la hipoteca simultánea al reconocimiento de deuda de 26 de junio de 1997 quedara sin efecto antes incluso del primer pago, no implica infracción alguna del artículo 1232 CC sino, pura y simplemente, aplicación de la reiterada y muy conocida doctrina de esta Sala sobre la valoración de la prueba de confesión judicial en relación con las demás pruebas, siendo en verdad sobremanera significativo para el juicio sobre la intimidación, en función de si la amenaza de proceso penal era o no abusiva, el que se fijara el importe de la deuda y sin embargo se prescindiera por completo del valor real de todos los bienes que se cedían para evitar dicho proceso penal.

Lo anteriormente razonado conduce prácticamente por sí solo a desestimar el tercer motivo del recurso, fundado en infracción del también hoy derogado artículo 1233 CC, ya que en modo alguno la referida confesión judicial se dividió en contra del confesante, como se pretende en el motivo subrayando que también afirmó el confesante tanto la existencia de un acuerdo para la cesión de los bienes como la participación de la propia demandante en tal acuerdo. En primer lugar, porque la existencia de acuerdo no excluye que el consentimiento esté viciado por la intimidación; y en segundo lugar, porque el conocimiento por la actora de los tratos entre su marido y el otro demandado es un hecho distinto de si se tuvo o no en consideración el valor real de los bienes objeto de cesión, siendo así que según la doctrina de esta Sala sobre el citado artículo 1233 la confesión sí puede dividirse cuando se refiera a hechos diferentes o cuando una parte de la misma esté probada por otros medios (SSTS de 10 de abril de 1987 y 13 de junio de 1988 entre otras), y tal doctrina resulta plenamente aplicable al caso porque, de un lado, la prueba pericial demostró la extraordinaria desproporción entre la deuda reconocida y el valor real de los bienes transmitidos para saldarla y, de otro, la actuación continuada del marido de la actora valiéndose del poder otorgado por ésta es un dato de significado probatorio opuesto al hecho de que la actora estuviera al tanto de todas las operaciones, ya que en tal caso habría podido concurrir personalmente al otorgamiento de la escritura de reconocimiento de deuda y de la posterior escritura de cesión de los inmuebles.

Finalmente, el quinto y último motivo del recurso, fundado en infracción del también hoy derogado artículo 1253 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, carece de posibilidad alguna de prosperar porque, según su alegato, el tribunal sentenciador habría presumido sin base alguna el desconocimiento por la actora de los tratos entre su esposo y el codemandado y, además, como la intimidación sólo la sufrió aquél, la actora habría convalidado las transmisiones al conocer la firma de los documentos correspondientes y consentir su otorgamiento, argumentación artificiosa por demás porque, en primer lugar, el conocimiento por la actora de aquellos tratos tampoco habría excluido que, de consentir las transmisiones de los bienes por un tercio de su valor, su consentimiento estuviera viciado por la intimidación consistente en que su marido acabara siendo condenado por delito de apropiación indebida; y en segundo lugar, el desconocimiento de la actora se desprende no sólo de que las escrituras de constitución de hipoteca y de cesión de los bienes se otorgaran sin su intervención personal y directa sino también del propio curso de los acontecimientos, a todo lo cual se une, de un lado, que siempre persistiría la exagerada desproporción entre el importe de la deuda reconocida y el valor de todos los bienes transmitidos, dato claramente demostrativo de lo abusivo de la amenaza de denunciar y de la obtención por la mercantil demandada y su administrador de mucho más de lo que mediante un proceso penal habrían podido lograr como beneficio propio y, de otro, que incluso podría haberse planteado una falta total de consentimiento de la esposa por la extralimitación de su marido en cuanto mandatario sometido a coacción por los otros dos demandados que eran conscientes de tal extralimitación.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No se incluye en el activo de la sociedad de gananciales el inmueble que se adquirió en estado de viudo, aun cuando con anterioridad y constante el matrimonio se suscribiese un contrato con la Administración (Patronato de Casas para Funcionarios) ya que aun cuando dicho documento fuera considerado como documento público, no podía producir los efectos traslativos del dominio sobre la vivienda, ya que, si ello hubiera sido así, no habría resultado necesaria la adjudicación formal de dicha vivienda al comprador que se produjo después del fallecimiento de la esposa ni el posterior otorgamiento de escritura pública.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Filomena y doña Asunción interpusieron demanda de menor cuantía contra doña Camila solicitando que se dictase sentencia por la que «1.º Declare nula por inexistente la escritura otorgada en 6 de diciembre de 1985 ante el Notario de Madrid, don José L. Figuerola Cerdán, por la que don Luis Enrique adjudicatario del piso NÚM000 de la escalera NÚM001 de la casa núm. NÚM002 de la AVENIDA000, de Madrid, y su entonces esposa, doña Camila, manifestaron su adhesión y ratificaron la escritura de adjudicación origen de la misma, cuya adjudicación se había acordado en favor de don Luis Enrique, en 4 de febrero de 1985, fecha en que se dice que estaba casado con doña Camila, cuando estaba viudo; y cuando se daba el pago de contraprestaciones de la sociedad de gananciales con doña Francisca, y declare también nulas las donaciones en favor de doña Camila de dicha finca por escritura de 14 de abril de 1992, ante el Notario de Madrid, don Francisco Javier Die Lamana, acordando asimismo la cancelación de los asientos registrales a que tales contratos hubieran dado lugar. 2.º Declare que procede adicionar la herencia de la causante, doña Francisca con la finca descrita en el hecho quinto de la presente demanda: piso NÚM000 de la escalera NÚM001 de la casa núm. NÚM002 de la AVENIDA000, de Madrid. 3.º Acuerde que procede la partición de la finca expresada entre los herederos de doña Francisca, con arreglo al testamento de la misma, atribuyendo un tercio a cada una de las demandantes, doña Filomena y doña Asunción, y el tercio restante a los herederos de don Luis Enrique, conforme al testamento de este último. 4.º Declarar que procede adjudicar a doña Francisca y doña Asunción como reserva vidual los bienes que el padre de las mismas, don Luis Enrique, recibió de su primera esposa, doña Francisca, a virtud de testamento, excluida su mitad de gananciales; que, al ser todos los bienes de tal herencia gananciales, y no haberse inventariado los reservables, serán la sexta parte de todos de los bienes quedados al fallecimiento de doña Francisca, incluida la finca piso NÚM000 de la escalera NÚM001 de la casa núm. NÚM002 de la AVENIDA000, de Madrid, calculando su valor al fallecimiento del reservista. 5.º Acuerde partir la herencia de don Luis Enrique conforme a su testamento, incluyendo en la misma los bienes relacionados en el hecho sexto de la demanda, más la mitad indivisa del piso expresado de la AVENIDA000, de Madrid, en cuanto debe ser considerado ganancial del primer matrimonio, y atribuya a las demandantes, doña Francisca y doña Asunción, un tercio en pleno dominio y un tercio en nuda propiedad del total de los bienes expresados, atribuyendo a la heredera doña Camila el tercio de libre disposición y el tercio de mejora en usufructo; sin perjuicio de reservar a mis representadas la facultad de pagar el usufructo en la forma expresada en el artículo 839 del Código Civil. 6.º Condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones. 7.º Deje para ejecución

de Sentencia, con arreglo a las anteriores bases, las operaciones divisorias. 8.º Imponga las costas a la demandada, doña Camila.»

⊙ Doña Camila contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, en definitiva, se dicte «... Sentencia desestimando la misma con expresa imposición de las costas a las demandantes».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid dictó Sentencia el 9 de octubre de 1997 estimando en parte la demanda con los siguientes pronunciamiento: «Primero.– Se declaran nulas las escrituras otorgadas con fecha 6 de diciembre de 1985 y de 29 de noviembre de 1985 que figuran en la inscripción núm. 4 de la Registral núm. NÚM003. Segundo.– Se declara nula la donación que figura en la inscripción número 5 de la registral número NÚM003 otorgada con fecha 22 de diciembre de 1988, así como la nota marginal practicada con fecha 23 de mayo de 1989, declarando nula la escritura de fecha 22 de diciembre de 1988 subsanando el error contenido en la escritura de fecha 11 de septiembre de 1985. Tercero.– Se declara que la registral número NÚM003 fue adquirida para la sociedad constituida por los cónyuges don Luis Enrique y doña Francisca, y en su consecuencia procede adicionar la herencia de la causante doña Francisca dicho inmueble, y la partición entre sus herederos correspondiendo sobre la mitad indivisa de dicho inmueble a doña Filomena la mitad del tercio de legítima en pleno dominio y la nuda propiedad de la mitad del tercio de mejora, a doña Asunción la mitad del tercio de legítima en pleno dominio y la nuda propiedad de la mitad del tercio de mejora calculados al valor del inmueble según la fecha del fallecimiento de doña Francisca ocurrida el día 3 de enero de 1983. Cuarto.– Procede la partición de la herencia de don Luis Enrique de los bienes quedados al fallecimiento del causante con fecha 15 de febrero de 1983, al que deberá incluirse el inmueble objeto de esta litis (la registral núm. NÚM003) y conforme el artículo 968 del Código Civil reservándose el 1/6 de la cantidad resultante, es decir, los inventariados al fallecimiento de doña Francisca más dicha registral según cuaderno particional de fecha 15 de junio de 1983 que corresponderán en un 50% a Filomena y el otro 50% a doña Asunción y el resto sobre los bienes del causante a la viuda doña Camila por el usufructo viudal valorado en el 46% al haber nacido el 12 de enero de 1949 en pleno dominio y la cuota correspondiente por herencia y a doña Filomena la correspondiente herencia y a doña Asunción, su correspondiente herencia, una vez deducidos los gastos deducibles, en sus respectivas proporciones, conforme lo estipulado en testamento abierto de fecha 18 de julio de 1986, correspondiendo el tercio de libre disposición en pleno dominio sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria a doña Camila según las bases propuestas en la demanda. Quinto.– Una vez fijadas las cantidades y las correspondientes cuotas, teniendo los mismos el carácter de indivisibles se autoriza a las partes a indemnizarse mutuamente las cantidades adjudicadas conforme el artículo 839 del Código Civil reuniendo en una de ellas la titularidad del inmueble en pleno dominio. Todo ello sin mención expresa de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes.»

⊙ En grado de apelación, la Sec. 18.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 5 de mayo de 2000 estimando parcialmente el recurso y revocando la sentencia del juzgado en lo referente a los tres primeros apartados del fallo de la misma, y declarando en consecuencia como adición a la herencia de la Sra. Francisca el 50% de las cantidades entregadas por virtud de la vivienda sita en la AVENIDA000 núm. NÚM004, las que se determinaran en ejecución de sentencia, dejando en todo lo demás incólume mencionada resolución. Igualmente debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. No es procedente hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias.

⊙ Doña Francisca y doña Asunción interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del recurso quedó circunscrito a la determinación de los derechos que sobre la vivienda correspondían a doña Francisca, madre de las hoy actoras doña Filomena y doña Asunción, que por tanto habían de integrarse en el caudal hereditario causado por su fallecimiento ocurrido el día 3 de enero de 1983. Se discute por las partes si dicho inmueble ha de considerarse como bien ganancial del primer matrimonio formado por los padres de las actoras, don Luis Enrique y la causante doña Francisca, o si por el contrario se trata de un bien de propiedad de la demandada doña Camila, segunda esposa de don Luis Enrique.

La Audiencia señala en su sentencia como hecho cierto que don Luis Enrique solicitó la referida vivienda al Patronato de Casas de Funcionarios en el año 1979 en estado de casado en primeras nupcias con doña Francisca, que falleció en el año 1983, siendo adjudicada la referida vivienda por el Patronato en fecha 4 de febrero de 1985, fallecida ya la señora Francisca, otorgándose la escritura pública por parte de dicho Patronato el día 6 de diciembre de 1985. Razona la Audiencia en el sentido de que, por aplicación de la teoría del título y el modo para la adquisición de la propiedad, no se pudo adquirir el dominio del inmueble hasta la fecha de la escritura pública, es decir cuando ya hacía más de dos años que había fallecido la Sra. Francisca «de lo que se sigue que habiéndose abonado cantidades de dinero con acervo ganancial, existe un crédito a favor de la sociedad de gananciales por las cantidades que se hayan abonado con cargo a la sociedad de gananciales hasta la fecha del fallecimiento de la Sra. Francisca y que, en consecuencia, tan sólo el 50% de dichas cantidades podrá integrar el haber de dicha señora en la herencia y al no constar dichas cantidades procede su determinación en el trámite de ejecución de sentencia» (fundamento de derecho segundo *in fine*).

Sentado lo anterior, el primer motivo del recurso denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de las normas de valoración contenidas en los artículos 1225 y 1216 del Código Civil en relación con el 609, párrafo 2.º, y 1462, párrafo 1.º, del mismo código. Se combate en el motivo la declaración que hace la sentencia impugnada en el sentido de que la transmisión del dominio de la vivienda litigiosa a favor de don Luis Enrique no se produjo hasta que se otorgó la escritura pública de venta con fecha 6 de diciembre de 1985. Se sostiene, por el contrario: 1.º) Que el Sr. Luis Enrique contrató en el año 1979 con la Administración del Estado, estando casado con la Sra. Francisca, madre de las actoras, la adjudicación del piso en cuestión; contratación que se produjo mediante documento público «al que ha de dársele el mismo valor que a una escritura pública a efectos de significar y suponer la *traditio ficta* a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil»; y 2.º) Que, en cualquier caso, la entrega de llaves del referido piso tuvo lugar en fecha 19 de septiembre de 1983, según se desprende del documento núm. 5 aportado con la contestación a la demanda, fecha en que el Sr. Luis Enrique estaba viudo.

El primero de los argumentos ha de ser rechazado sin que pueda estimarse vulnerado por la Audiencia lo dispuesto en el artículo 1218 del Código Civil sobre la eficacia probatoria de los documentos públicos, ya que efectivamente el contrato celebrado entre la Administración (Patronato de Casas para Funcionarios de la presidencia del Gobierno) y el Sr. Luis Enrique en el año 1979, aun cuando fuera considerado como documento público, no podía producir los efectos traslativos del dominio sobre la vivienda en cuestión, ya que si ello hubiera sido así no habría resultado necesaria la adjudicación formal de dicha vivienda al comprador, que se produjo con fecha 4 de febrero de 1985 –encontrándose éste en estado de viudo de la madre de las demandantes– ni el posterior otorgamiento de escritura pública. La entrega de la cosa vendida comporta la efectiva transferencia de la posesión al comprador, que la propia parte recurrente afirma producida con fecha 19 de septiembre de 1983, fecha en la cual se complementa el título con el modo y se adquiere el derecho real de propiedad por el comprador, sin perjuicio de que, como excepción, la ley admita como forma espiritual la llamada tradición ficticia cuando la venta se hace en escritura pública (artículo 1462, párrafo segundo, del Código Civil) que «equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario», siendo así que en ningún caso podía entenderse efectuada la entrega en forma ficticia por la suscripción del referido documento de 1979, no sólo porque en tal fecha no consta que estuviera construido el inmueble, sino sobre todo porque las propias partes lo evidenciaron así al suscribir el comprador un documento haciendo constar que la entrega se produjo el 19 de septiembre de 1993.

En segundo lugar, es cierto que, como se ha dicho, el referido documento (documento núm. 5 aportado con la contestación a la demanda) comporta la entrega material de la vivienda al Sr. Luis Enrique, con lo cual la misma se habría puesto «en poder y posesión del comprador» (artículo 1462, párrafo primero, del Código Civil) que así adquiría desde tal fecha el dominio sobre el inmueble (artículo 1095 del Código Civil); pero también resulta

acreditado que en dicha fecha, en que se produjo la entrega, la causante de las actoras Sra. Francisca ya había fallecido y por tanto se había disuelto la sociedad de gananciales que mantenía con el Sr. Luis Enrique (artículos 85 y 1392.1.º del Código Civil) por lo que el derecho real de propiedad sobre el inmueble nunca se integró en la referida sociedad, lo que justifica la decisión de la Audiencia en orden a reconocer que la fallecida Sra. Francisca ostentaba un crédito contra la sociedad de gananciales por la mitad de las aportaciones que con cargo a dicha sociedad se habían efectuado para la adquisición de la vivienda.

Resulta así que aun cuando se estime que la fecha de entrega fue anterior al otorgamiento de la escritura pública de venta y que, en consecuencia, la Audiencia no sólo ha debido reconocer al documento de fecha 19 de septiembre de 1993 el valor probatorio otorgado por el artículo 1225, sino también la eficacia procesal que le confiere el hecho de haber sido aportado por la demandada y aceptado su contenido por las actoras, ello no significaría en modo alguno que hubiera de estimarse el recurso de casación. Entre las más recientes, las Sentencias de esta Sala de 31 de enero, 15 de junio de 2006, 7 de julio, 7 y 22 de septiembre, 6 y 29 de noviembre, y 7 de diciembre de 2006, así como las de 20 de febrero y 27 de abril de 2007, señalan que la doctrina de la equivalencia de resultados o falta de efecto útil de la casación o de sus motivos conduce a la desestimación cuando su acogida no habría de incidir en la modificación del «fallo» recurrido.

El segundo de los motivos del recurso denuncia, al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 1261, núm. 2.º, del Código Civil, en relación con el artículo 609, párrafo 2.º, y 1462, párrafo 1.º, del mismo código. El motivo adolece del defecto de falta de claridad y precisión al mezclar preceptos de carácter heterogéneo como son el artículo 1261 del Código Civil, relativo a los requisitos del contrato, con el 609, párrafo segundo, del mismo código, que se refiere a la adquisición del dominio por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y el 1462, párrafo primero, que alude a la entrega de la cosa vendida en el contrato de compraventa. Viene a insistir la parte recurrente en que la vivienda litigiosa pertenecía en propiedad a la sociedad de gananciales que en su día mantuvieron los padres de las demandantes, don Luis Enrique y doña Francisca, cuando, como ya se ha razonado, la propiedad no se adquiere por el mero hecho de la celebración del contrato, que únicamente despliega efectos obligacionales, sino en virtud de tal celebración seguida de la entrega o *traditio* del objeto sobre el que recayó; entrega que tuvo lugar una vez disuelta la sociedad de gananciales, por lo que en el activo de la sociedad no procedía la inclusión de tal bien (artículo 1397.1.º del Código Civil) sino el importe de las cantidades que constituyen créditos de la sociedad contra el cónyuge que recibió la vivienda en propiedad tras el fallecimiento del otro (artículo 1397.3.º del Código Civil), que es lo resuelto por la sentencia impugnada.

Se contiene en el motivo una petición alternativa en el sentido de que se declare que el inmueble es bien privativo de don Luis Enrique al haberlo adquirido en estado de viudo el 19 de septiembre de 1983, en que se produjo la tradición real, supuesto en el que se admite que, como señala la Audiencia en su sentencia, se declare la procedencia de adicionar la herencia de la Sra. Francisca con el 50% de las cantidades entregadas con cargo a la sociedad de gananciales para su adquisición. Se trata de una cuestión nueva que no se incluyó como petición subsidiaria en el «suplico» de la demanda y que, por tanto, no cabe suscitar en casación (Sentencias de 14 de junio; 4, 9 y 18 de julio de 2007, entre las más recientes). Desde luego, de lo razonado con anterioridad se desprende que la adquisición del dominio se produjo con carácter privativo a favor del Sr. Luis Enrique –la sociedad de gananciales ya se había disuelto– pero nada impedía al mismo la realización de actos de disposición sobre el bien a título oneroso o gratuito a favor de quien tuviere por conveniente pues la limitación contenida en el artículo 636 del Código Civil, según el cual «ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento», únicamente comportaría el carácter inoficioso de la donación en cuanto perjudicare a la legítima de los herederos forzosos, cuestión cuya determinación no ha sido objeto del presente proceso, por lo que, fuera de tal caso, quedaba fuera del alcance de las actoras cualquier impugnación de tales actos.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se desestima la demanda interpuesta por el esposo contra la entidad bancaria que permitió que la esposa dispusiera de la cartera de valores a pesar de que en el contrato suscrito se hizo constar que para modificar el patrimonio objeto de administración se exigía la actuación conjunta de ambos o de uno con el consentimiento del otro. Se acreditó la existencia de un poder general del esposo a favor de la esposa que no estaba revocado, auque sí se revocó el igualmente otorgado por la esposa a favor del esposo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Octavio interpuso demanda de menor cuantía contra la entidad BBVA solicitando que se dictase sentencia por la que declare su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que le ha causado la conducta culposa o negligente de la entidad demandada, condenándola al pago de las cantidades en que se cifren los daños y perjuicios causados que se prueben en el procedimiento o las que, en su defecto, se fijen en ejecución de sentencia sobre las bases que establezca el juzgado en la sentencia. Se alegaba en la demanda que en el contrato de 2 de octubre de 1989, suscrito conjuntamente por el actor y su esposa con el banco demandado, y que tenía por objeto la administración de su patrimonio, existía una estipulación en la que se hacía expresa mención a la necesidad de que ambos cónyuges actuaran conjuntamente o, al menos, uno con el consentimiento del otro, para «modificar, por sucesivas aportaciones o detracciones, el patrimonio objeto de administración», condición que había incumplido el Banco al autorizar, por orden exclusiva de su esposa, sin consentimiento del actor, que se vendiera casi el 85% de la Cartera de valores, e ingresar en una cuenta que poseía su esposa en otra entidad bancaria el importe obtenido con dicha venta (5.200.000 pesetas).

⊙ La entidad BBVA compareció en autos y solicitó la íntegra desestimación de la demanda. La entidad bancaria centró su oposición a las pretensiones formuladas de contrario en la existencia de un poder otorgado en 1971 por el marido a favor de su esposa, que se encontraba vigente en la fecha en que se cursó la orden de venta (30 de agosto de 1996), al no haber sido revocado por el esposo, sin que dicho poder se encontrara afectado por la escritura de 5 de agosto de 1996 en la medida que por medio de este instrumento era la esposa la que revocaba el poder otorgado a su marido, y no al contrario.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Madrid dictó Sentencia el 13 de octubre de 1998 estimando la demanda y declarando que ha habido incumplimiento contractual por parte de la demandada y tiene la parte actora derecho a ser indemnizado. Quedando para ejecución de sentencia la fijación de ésta, con arreglo a las bases señaladas en esta resolución. Sin expresa condena en costas del demandado.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 19.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 20 de septiembre de 2000 estimando el recurso interpuesto por BBVA y desestimando la demanda.

⊙ Don Octavio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de Primera Instancia estimó la demanda, al considerar que el banco sí había incumplido el contrato por no cerciorarse en la fecha en que la esposa cursó la orden de venta de si obraba o no con poder de su marido, siendo irrelevante todo lo demás, incluso que dicho poder existiera o no, y estuviera o no vigente en dicha fecha. Declarado el incumplimiento, la sentencia reconoce el derecho del actor a ser indemnizado, y fija las bases de la indemnización para su cuantificación en ejecución. Por el contrario, la Audiencia Provincial desestima la demanda señalando que lo relevante para descartar el incumplimiento es la existencia misma del poder otorgado por el marido a la esposa, que se encontraba en vigor cuando ésta dio la orden de vender, y no el hecho, meramente formal, de que el Banco no se cerciorase de este aspecto al dar cumplimiento a la citada orden. Por esta razón, prescindiendo del aspecto formal y atendiendo a la «validez material de la actuación de la esposa», como el poder a favor de doña Araceli existía y no había sido revocado por el marido, –fue la mujer la que revocó el otorgado a su esposo, pero no al contrario– concluye la Audiencia que ningún incumplimiento basado en supuesta actuación negligente puede atribuirse al banco toda vez que en el momento de autorizarse la detracción la entidad se ajustó a lo previsto en el contrato respecto a la necesidad del mutuo consentimiento.

El argumento principal del recurrente para cuestionar la decisión de la Audiencia es que el Banco no comprobó por ningún medio la vigencia del poder en la fecha en que la esposa cursó la orden de venta, constituyendo tal comportamiento una falta de diligencia de entidad suficiente, en sí misma, para apreciar un incumplimiento contractual y pedir daños y perjuicios, aunque realmente el poder estuviera vigente. Pues bien tal argumento del recurrente es inaceptable por diversas razones: a) en primer lugar, el poder se considera subsistente mientras no se pruebe lo contrario, y por esta razón, aunque el apoderado tiene que exhibir su poder cuando actúa frente a terceros, también lo es que la acreditación del poder constituye una cuestión probatoria; b) en segundo lugar, la acreditación del apoderamiento no se circunscribe a la exhibición por el apoderado de una copia del poder pues la esencia del apoderamiento radica en la declaración unilateral del poderdante, declaración recepticia que no implica en ningún caso la trasformación de la copia del poder en un título real, por lo que la manifestación exterior de la existencia del apoderamiento puede comprobarse por otras vías distintas de la exhibición de una copia del mismo; c) en tercer lugar, dado que la exhibición de una copia del mismo no es el único medio para que el apoderado justifique el poder que ostenta, resulta acertado lo dicho en la Sentencia de que bastaría incluso «la simple manifestación al respecto» del apoderado, manifestación que, en contra de la tesis del recurrente, la Audiencia no dice que no se produjese; d) en cuarto lugar, en ningún caso han sido vulnerados los preceptos a que alude el recurrente, relativos a la indemnización de daños y perjuicios, pues éstos exigen la acreditación de un incumplimiento contractual que no ha quedado demostrado.

En el segundo motivo casacional se alegan como infringidos los artículos 1261 y 1275 del Código Civil, en relación con los artículos 1274, 1277 y 7 del mismo Código. Al igual que hizo al desarrollar las infracciones denunciadas en el primer motivo casacional, también para justificar las que aquí cita se sirve de un argumento utilizado en ambas instancias, consistente en que debe considerarse también revocado el poder del marido a la mujer por desaparecer su causa, al tratarse de poderes recíprocos, y constar que la mujer revocó el concedido al marido en fecha anterior a que ordenara al banco la venta de los valores. De este modo, la cuestión controvertida se contrae a determinar si el poder otorgado por la esposa a favor del marido debe considerarse como la causa verdadera y lícita del otorgado *a sensu contrario* por el marido; sólo así, aún no mediando revocación expresa por parte del marido, bastaría la revocación hecha por la esposa del poder otorgado a su marido para considerar también extinguido el otorgado por el esposo.

A la vista del anterior planteamiento, y con carácter previo, se hace necesario abundar en la diferencia entre mandato y representación, pues el discurso del recurrente identifica el negocio jurídico de apoderamiento, por el que se constituye la representación voluntaria y el contrato de mandato, como si aquélla sólo fuera posible dentro de éste, razón por la cual alude, al fundamentar este segundo motivo, a los preceptos que el Código Civil dedica a la causa del contrato como elemento indispensable para su existencia. Este planteamiento es contrario a las diferencias existentes entre mandato y representación, como tiene señalado esta Sala, entre otras en la Sentencia de 24 de febrero de 1995, que literalmente establece que, «como tiene sancionado la jurisprudencia y una prevalente doctrina científica, mientras que el mandato afecta primordialmente a las relaciones materiales internas entre el mandante y el mandatario; el apoderamiento es un concepto de naturaleza más bien formal, que trasciende a lo externo y

va dirigido a ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro de los límites del poder que le ha sido conferido». En efecto, mientras el mandato tiene su origen en un contrato, negocio bilateral, obligatorio entre partes; la representación, que puede tener un origen legal o voluntario, como mera facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro, surge, si hablamos de la voluntaria, de un negocio unilateral de apoderamiento, que, tal como acontece en el caso de autos, puede ser independiente del contrato de mandato y existir sin él. Sólo en el caso de que la representación tenga su origen en un contrato de mandato se habla de mandato representativo, figura en la que el mandato-contrato va unido a la representación –apoderamiento, acto unilateral de concesión del poder para representar al mandatario–. Sobre la posibilidad de que el poder para representar a otro y actuar en lugar del mismo se halle desvinculado del mandato ha dicho también esta Sala que, aunque es ordinario que los poderes vayan ligados a una relación jurídica de mandato, no es esencial esta coincidencia ni son idénticos los principios y normas a que han de ajustarse el poder y la relación jurídica obligatoria que origine el otorgamiento (Sentencias de 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944, 27 de enero de 1945, 13 de enero de 1958, 17 de diciembre de 1959, 1 de marzo de 1988 y 13 de abril de 1994), y recuerda la Sentencia de 10 de julio de 2007 que «tales diferencias derivan de que el apoderamiento, como negocio unilateral destinado a servir de instrumento a los fines perseguidos con el contrato subyacente, no cumpla otra función que la de otorgar al apoderado la facultad de ejecutar, con heteroeficacia, las gestiones representativas contractualmente encomendadas».

En el caso de autos, el poder recíproco que cada cónyuge otorgó con fecha 1 de abril de 1971 (folios 79 y siguientes) no trae causa de un contrato de mandato; constituye un apoderamiento general, para realizar actos de administración, o disposición sobre los bienes gananciales y privativos de cada esposo. Por otra parte, aunque se documentó en un solo instrumento público, no se trata de un solo poder sino de dos distintos, al otorgarlo cada cónyuge a favor del otro, pero conservando dicho acto de apoderamiento la característica que le es propia de ser fruto de la exclusiva voluntad unilateral de cada otorgante y, por ello, independiente del ajeno, lo cual concuerda con la doctrina antes aludida que define el apoderamiento como negocio unilateral, constituido exclusivamente por la voluntad del poderdante, ya se otorgue sólo o en función de un negocio subyacente. Si cuando el apoderamiento trae causa de un negocio subyacente, lo que no es el caso, tal negocio no constituye la causa del apoderamiento, menos aún cuando, como aquí acontece, el apoderamiento se otorga sólo, sin que se haga en contemplación de un concreto negocio representativo (el poder del año 1971 no se otorgó en atención al posterior contrato de 1989, ni contemplaba las consecuencias del mismo). Siguiendo este criterio, la Audiencia sienta como probado que el poder otorgado por los esposos, aunque recíproco, se formuló de forma «independiente y no condicionada», lo que conlleva que cada negocio de apoderamiento surtiera efectos al margen de las vicisitudes del otro, por tener su propia causa legitimadora, sin que, contrariamente a la tesis de la parte recurrente, la causa de uno se halle en el otorgamiento del otro.

Tratándose de poderes independientes, y decartado que uno sea causa del otro, evidentemente su extinción también debe contemplarse como un fenómeno individual. Es sobradamente conocido que el poder se extingue por las mismas causas de extinción del mandato (revocación, renuncia del representante, muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del representado o del representante), ninguna de las cuales concurre en el caso enjuiciado, al ser un hecho probado, no discutido en casación, que el poder conferido por el recurrente a su mujer no había sido revocado en la fecha en que ésta dirigió al Banco la orden de venta de una parte del patrimonio (30 de agosto de 1996). Por todo ello se debe reputar como plenamente ajustada a derecho la decisión de la Audiencia de considerar materialmente válido el acto de disposición patrimonial, pese a que la orden de venta fuera cursada individualmente por la esposa pues, al realizar dicho acto dispositivo, no sólo actuaba en nombre e interés propio, sino que también lo hacía como apoderada general de su marido, del mismo, y dentro del ámbito material del poder que se le había conferido, comprensivo de facultades de disposición sobre bienes comunes y propios del esposo –donde se incardina la disposición de una parte del patrimonio depositado–, siendo por ello que, aunque no actuaran los esposos conjuntamente, la esposa sí contaba con un poder con facultades para expresar el «consentimiento» de su marido a que se refería expresamente el propio contrato de 2 de octubre de 1989 para aceptar una eventual modificación del patrimonio administrado.

Se considera el inmueble ganancial al no haberse destruido la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del CC, ya que las respuestas que, en confesión judicial, efectuó el esposo no fueron concluyentes para considerar que el inmueble se adquirió por herencia de la madre de la esposa.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El derecho de uso que ostenta la esposa sobre el inmueble ganancial proviene de la sentencia firme de divorcio donde se reconoce. Esta atribución no se ha alterado ni se ha cambiado y no se debe reiterar mientras no se pronuncie una nueva decisión judicial en trámite de modificación de medidas y relativa a este derecho y ello con independencia de que se proceda a la venta del citado inmueble en pública subasta, si a ello hubiere lugar.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excma. Sra. doña Encarna Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

Don Emilio interpuso demanda de menor cuantía contra doña Trinidad solicitando que «se dicte sentencia por la que se proceda a la división y adjudicación de bienes entre los cónyuges, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha liquidación y adjudicación, con expresa condena en costas si se opusiere a cumplirlo, o, en su caso, se acuerde el reparto del 50% del líquido, propiedad ganancial, del producto de la venta del bien común señalado en el inventario».

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de doña Trinidad, como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte en su día Sentencia por la que a) Se desestime íntegramente la demanda al no haberse obtenido previamente por la parte actora la autorización judicial que acuerde modificar la medida de atribución del uso y disfrute del piso litigioso a la demandada y haber cesado la comunidad del piso litigioso. b) Subsidiariamente, para el supuesto de estimarse ganancial el piso referenciado, se incorporó al inventario integrador de dicha masa, el vehículo turismo Q-...-QJ, que desde 1991 fue usado y disfrutado exclusivamente por el actor, compensándose a doña Trinidad, en la liquidación y adjudicación de dicha sociedad, el importe de la mitad del valor de dicho vehículo, así como de la cantidad abonada por la misma, respecto de dicho piso, desde 1991 hasta la actualidad por el IBI y por la Comunidad de Propietarios, así como se le compense de las cantidades que el actor pueda adeudarle por el pago de la pensión compensatoria a que fue condenado por la Sentencia de separación y divorcio, suma que se determinará en su caso en sentencia o en ejecución de sentencia de la misma. c) En todo caso se condene a la parte actora a estar y pasar por dicha declaración así como al pago de las costas ocasionadas por la mala fe y temeridad con que ha actuado». Asimismo en dicho escrito y por medio del primero otrosí digo, formuló demanda reconvencional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia por la que, admitiendo íntegramente esta demanda reconvencional, se declare: a) Que el piso NÚM000, de la CALLE000, núm. NÚM001 de Madrid, inscrito en el Registro de la Propiedad núm. 31 de Madrid, al tomo NÚM002, folio NÚM003, finca núm. NÚM004, ES PRIVATIVO DE doña Trinidad a la que pertenece, EN PROPIEDAD Y EN PLENO DERECHO, declarándose nula la inscripción registral en la que aparece con el carácter de ganancial perteneciendo en propiedad y en pro indiviso, por mitades a los cónyuges don Emilio y doña Trinidad. b) Se libre mandamiento dirigido al Sr. Registrador de la Propiedad, Titular del Registro de la Propiedad núm. 31 de los de Madrid, ordenando la inscripción en el tomo, folio y finca registral referidos, de la anterior declaración. c) Se incluya en la liquidación de la sociedad de gananciales el vehículo de motor antes referenciado, matrícula Q-...-QJ, partida del activo, de carácter ganancial, reconociéndose el 50%

de su valor económico a la esposa, hoy demandada reconviniente. d) En todo caso, se condene al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones, con expresa condena en costas al mismo, por la temeridad y mala fe con que ha actuado».

⊙ De dicha demanda reconvencional se acordó conferir traslado al actor, presentando escrito contestando y oponiéndose a la demanda reconvencional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: «... dicte Sentencia, liquidatoria de la Sociedad de Gananciales de don Emilio y doña Trinidad, conforme al suplico de la demanda formulada por esta parte y desestimando la demanda reconvencional absuelva a esta parte de los pedimentos contenidos en la misma».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid dictó Sentencia el 22 de octubre de 1998 declarando que los bienes que constituyen el activo de la sociedad de gananciales son el inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad núm. 31 de Madrid como finca núm. NÚM004 en el tomo 1.496, así como el automóvil Renault 9 matrícula Q-...-QJ, del que se computa sólo su valor en el momento de la venta, que presuntamente ascendió a 200.000 pesetas, siendo el valor total del activo de 12.167.648 pesetas, y, aunque exista pasivo, no se declara por falta de determinación. El reparto se efectuará en ejecución de sentencia en la forma que las partes libremente deciden, pero en caso de desacuerdo, se hará de una de las dos formas siguientes: a) Mediante la adjudicación a la demandada de la propiedad plena del inmueble, en cuyo caso, antes de proceder a la adjudicación e inscripción en su favor de la misma en el Registro de la Propiedad, deberá hacer entrega al actor de 4.085.272 pesetas; b) Mediante venta en pública subasta del inmueble y dividiéndose entre dos el precio líquido obtenido, pero descontando de la parte correspondiente al actor la cantidad de 1998.552 pesetas, que se entregará a la actora además de la otra mitad. Esta segunda fórmula de reparto podrá exigirla el actor en cualquier momento anterior a la adjudicación a la demandada de la propiedad plena del inmueble, según lo ya expresado en la primera de las fórmulas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 3 de julio de 2000 estimando parcialmente el recurso interpuesto por doña Trinidad y revocando la sentencia del juzgado en el sentido de declarar como pasivo que la sociedad legal de gananciales, lo satisfecho y pagado por concepto del impuesto sobre bienes inmuebles, cuya concreción del gasto se difiere al trámite de ejecución de sentencia; y en cuanto la deuda por impago de pensión compensatoria como crédito personal de uno contra el otro litigante, podrá ser satisfecho mediante la adjudicación de bienes comunes salvo que el deudor pague voluntariamente siempre y cuando se trate de crédito declarado judicialmente en el procedimiento matrimonial del que dimana que lógicamente debe remitir al trámite de ejecución, y las demás operaciones liquidatorias deberán llevarse en ejecución de sentencia.

⊙ Doña Trinidad interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de divorcio del matrimonio formado por don Emilio y doña Trinidad se pronunció el 5 de julio de 1996; en ella se atribuyó a la esposa el uso del domicilio conyugal. En 1998, el Sr. Emilio interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía en la que pidió la liquidación de la sociedad de gananciales, formada por un bien, el inmueble que constituía el piso propiedad de ambos cónyuges. La esposa se opuso a la demanda alegando cuatro motivos de oposición: a) que aunque tenía atribuido el uso y disfrute del que había sido el domicilio conyugal, no se había pedido la modificación de esta medida y que habría que acudir al juez que lo acordó para conseguir este cambio; b)

que el piso en cuestión no era un bien ganancial, porque lo adquirió la esposa por herencia de su madre, aunque registralmente figurara inscrito a nombre de ambos cónyuges y que el valor del piso era menor del que figura en la demanda, porque existía el uso; c) que había otros bienes gananciales, como el coche que el marido vendió por su cuenta, y d) que existían gastos no pagados, como los de la comunidad y los del IBI, así como que el actor debía una cantidad por pensiones compensatorias impagadas, gastos que debían figurar en el pasivo de la comunidad a los efectos de la oportuna liquidación. Formuló reconvención en la que pidió que se declarara que el piso era un bien privativo, porque era de la madre de la esposa y que los cónyuges no pagaron nada, lo que, según la reconviniente, estaba reconocido en la confesión efectuada por el marido en el procedimiento de separación.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, de 22 de octubre de 1998, estimó parcialmente la demanda y declaró que: a) las partes estaban de acuerdo en el carácter ganancial del vehículo y en que el marido adeudaba unas cantidades por pensión compensatoria, aunque discrepaban en el valor que había que atribuir al piso; b) la demanda no afectaba al derecho de uso atribuido a la esposa en la sentencia de separación; c) el piso es un bien ganancial porque no hay ningún propietario inscrito entre los compradores y el vendedor y no se aporta ninguna prueba sobre la discrepancia entre la realidad y la inscripción; d) respecto a las cantidades que la demandada entendió comunes, denegó las relativas a los gastos de la comunidad, porque deben ser pagadas por el propietario a quien benefician; aunque sí aceptó el IBI, aunque no se acredita qué cantidades se pagaron.

Apelada dicha sentencia, la de la Sec. 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de julio de 2000, declaró que: a) el procedimiento del menor cuantía era el adecuado para resolver en este caso la liquidación de la sociedad de gananciales; b) que no puede ser declarado privativo el piso por aplicación de los artículos 1361 del Código Civil y 38 de la Ley Hipotecaria; c) que no puede deducirse el derecho de uso en la valoración del piso y sí debe incluirse en el pasivo de la sociedad el pago del IBI.

Denuncia la recurrente la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y más concretamente, se presenta por considerar la recurrente que la sentencia incurre en incongruencia *extra petita*, vulnerándose así el artículo 359 LEC, en relación con el artículo 24 CE. Dice que la sentencia otorga algo diferente a lo que las partes habían solicitado, porque contiene una valoración de bienes del activo que no había sido pedida por ninguna de las partes y en forma errónea en relación al bien inmueble. Acaba señalando que no se pudo oponer la parte recurrente a dicha valoración cuando tal pretensión no se había pedido. Esta Sala ha venido considerando que la incongruencia de una resolución «ha de apreciarse confrontando o poniendo en relación lo pedido por las partes con lo acordado o resuelto por el juzgador, pues el órgano judicial debe pronunciarse sólo sobre lo pedido y únicamente en los límites de la tutela jurídica postulada» (Sentencia de 20 de diciembre de 2006 y las allí citadas). La Sentencia de 26 de enero de 2006 señalaba que «conforme a la doctrina de esta Sala (Sentencias de 30 de abril de 1991, 1 de octubre de 1992, 8 de junio de 1993, 25 de octubre de 1993, 8 de febrero de 1994, 6 de marzo de 1995) se produce incongruencia con relevancia constitucional cuando la sentencia altera de modo decisivo los términos en que se ha desarrollado el debate procesal». La compleja redacción del motivo, que se ha extractado en lo que parecen ser sus líneas generales, lleva a la conclusión de que lo que aquí se denuncia es un defecto de incongruencia en lo relativo a la valoración del piso ganancial. Esta incongruencia no existe, puesto que en la demanda, don Emilio atribuyó al piso ganancial un valor de 11.967.648 pesetas (71.927,01 euros) y pidió que se incluyera este valor en el inventario y liquidación posterior de la sociedad de gananciales; a ello no se opuso doña Trinidad en su contestación y sólo se defendió alegando que debían incluirse unas determinadas cantidades en el pasivo de la sociedad y reclamando que el piso objeto principal del litigio fuera declarado privativo por lo que debe entenderse aceptada implícitamente la valoración que se contenía en la demanda. Al estimar la demanda, se ha declarado que el valor atribuido por el demandante era el que debía figurar en el activo, por lo que no se ha producido ninguna incongruencia. Por ello, debe desestimarse el tercer motivo del recurso.

Examinados y desestimados los motivos fundados en defectos procesales, debemos entrar a continuación en el estudio de los referidos a las cuestiones de fondo de este litigio y más concretamente, a la titularidad, privativa o ganancial, del piso. A ella se refieren los motivos cuarto y quinto de recurso, ambos con base en el artículo 1692.4 LEC. El cuarto se formula por no aplicación del artículo 1232.2 CC y del principio de los actos propios, porque no se valoró la confesión, siendo las respuestas del marido confesante claras y precisas. El quinto entiende infringido, por no haber sido aplicado, el principio de los actos propios, ya que lo manifestado en la confesión por el demandante ahora recurrido, tiene carácter vinculante para el marido, por lo que al reunir dicha confesión los requisitos para que pueda ser considerada como acto propio y presentando a continuación la demanda de la que

trae causa el presente recurso, ha infringido esta doctrina. Y todo ello a los efectos de la destrucción de las presunciones de los artículos 1361 del Código Civil y 48 LH que lleva a considerar el mencionado piso como ganancial.

Deben recordarse aquí las circunstancias de la denominada «confesión» por la parte recurrente. En su escrito de contestación a la demanda, la demandada aportó unas preguntas y respuestas del demandante en el procedimiento de separación que consistían en lo siguiente: «Decimoséptima.– Que el domicilio conyugal sito en la CALLE000 NÚM001 de Madrid, piso NÚM000, puerta NÚM000 de Madrid, fue el domicilio de su difunta suegra, quien lo tenía adjudicado por el IVIMA. "Es cierto". Decimonovena.– Que por el dicho piso Ud. no ha pagado cantidad alguna. NO PAGARON NADA MÁS QUE LAS ESCRITURAS». Esta confesión no se produjo, por tanto, en el actual procedimiento, ni tampoco se ha aportado testimonio de estos autos, aunque el demandante no las ha negado. Es en estas respuestas que basa la recurrente la pretensión de que se ha destruido la presunción de ganancialidad y que por ello debe declararse privativo el piso en cuestión.

Frente a estas pretensiones hay que decir:

1.º Que la respuesta a las preguntas formuladas en aquel procedimiento no es tan definitiva como la parte pretende. Efectivamente, se preguntó a don Emilio si había pagado alguna cantidad por el piso al otorgamiento de las escrituras y dijo que «no pagaron nada más que las escrituras», lo que es coherente con la respuesta y no significa que no hubiera pagado nada por el piso. En definitiva, la pregunta era polivalente y se respondió no en relación a lo aportado para adquirir la propiedad, sino al pago de cantidades relacionadas con la compra del inmueble y la respuesta sólo se refiere a ellas.

2.º Que la confesión debe considerarse en este caso extrajudicial, porque no ha sido efectuada en el procedimiento, ni tampoco ha sido aportado testimonio de los autos del proceso de separación.

3.º Que rige el principio de libre valoración de la prueba también en la prueba de confesión, por lo que la efectuada por el tribunal de instancia, al no ser absurda, ni ilógica, no vulnera las normas generales sobre valoración.

Estos argumentos llevan a mantener la sentencia recurrida, al no ser suficientes estas razones para considerar que se ha destruido la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. A tal efecto debe recordarse que es doctrina de esta Sala, que para que la mencionada presunción sea destruida es necesario que se haya producido una prueba «satisfactoria y concluyente» de que el bien tiene el carácter de privativo (SSTS de 9 de junio de 1994, 20 de junio de 1995, 10 de marzo de 1997 y 17 de octubre de 2007, entre otras). La sentencia de 24 de febrero de 2000 después de decir que la jurisprudencia ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad, declara que «para desvirtuarla no basta una prueba indiciaria, sino que se precisa una prueba expresa y cumplida», de manera que para que quede destruida la presunción *iuris tantum* se «requiere la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges». Dicha prueba, con la contundencia exigida por la jurisprudencia pronunciada en la interpretación del artículo 1361 del Código Civil, no se ha producido, por lo que las razones aducidas en estos dos motivos no son suficientes para alterar las citadas presunciones, por lo que deben desestimarse los motivos cuarto y quinto del recurso.

El segundo de los motivos del recurso, al amparo siempre del artículo 1692.4 LEC, denuncia la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 96.3 y 4 por infracción de la jurisprudencia establecida al efecto por la sentencia recurrida, al no considerar subsistente el derecho de uso sobre el piso. Alega que al admitirse la venta del piso en pública subasta, sin adoptarse medida alguna en relación con el derecho de uso, se han infringido los preceptos citados y la jurisprudencia que se cita. Este motivo no puede estimarse por sus fundamentos. Esta Sala ha afirmado reiteradamente que la venta en pública subasta no puede alterar el derecho de uso concedido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o de divorcio. La jurisprudencia ha venido proclamando la compatibilidad entre la división y cesación de la comunidad y el derecho de uso, consecuencia de la existencia de una situación jurídica tutelada legalmente y así ya la Sentencia de 14 de julio de 1994 decía que subsistiendo la situación producida por el divorcio que determinó la atribución del derecho de uso de la vivienda conyugal a la esposa, debía mantenerse la «indemnidad de la ocupación de la vivienda en tanto dure la temporalidad del disfrute» (ver asimismo SSTS de 22 de abril de 2004 y 6 de junio de 2007, entre otras). El derecho de uso que ostenta doña Trinidad sobre el inmueble ganancial proviene de la sentencia firme de divorcio donde se reconoce. Esta atribución no se ha alterado ni se ha cambiado y no se debe reiterar mientras no se pronuncie una nueva decisión judicial en trámite de modificación de medidas y relativa a este derecho y ello con independencia de que se proceda a la venta del citado inmueble en pública subasta, si a ello hubiere lugar.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No puede reconocerse un crédito a favor de la esposa por haber abonado las pensiones alimenticias del hijo mayor de edad, toda vez que éste, al incorporarse como profesional al ejército, dejó de reunir los requisitos para ser perceptor de la pensión alimenticia fijada en la sentencia de separación y, si luego optó por volver a estudiar, debió reclamar personalmente los alimento a sus progenitores.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ La separación de los cónyuges doña María Teresa y don Germán fue acordada por la sentencia de 6 de febrero de 1997. A falta de acuerdo sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, se formuló demanda en ejecución de la sentencia de separación, pidiendo la liquidación, dictándose Sentencia por la Audiencia Provincial de Jaén el 6 de febrero de 1997, donde se fijó el activo y el pasivo de la sociedad y se determinaron unas cantidades en estos conceptos; esta sentencia devino firme.

⊙ El 2 de junio de 1997 el contador partidor nombrado al efecto presentó el cuaderno particional contra el que la esposa doña María Teresa presenta la demanda origen de este litigio. En ella se impugnaron los siguientes extremos del mencionado cuaderno: a) que el importe finalmente pagado por la adquisición del local comercial que tenía la cualidad de bien ganancial ascendía a una cantidad superior, puesto que la demandante habría abonado de su propio peculio en la adquisición de dicho inmueble 8.431.789 pesetas (50.676,07 euros), que deberían trasladarse al pasivo de la sociedad, con la debida actualización; b) que determinados elementos del activo y del pasivo no habían sido computados en el cuaderno particional con sus valores actualizados; c) que en concepto de alimentos a los hijos el día de la demanda, debería haber pagado el esposo una cantidad superior a la efectivamente pagada. En definitiva, pidió en la demanda que se rectificara el cuaderno particional, con las modificaciones que se solicitaban en el escrito de demanda y se ordenara adjudicar a la demandante los dos bienes inmuebles gananciales, con las debidas compensaciones económicas a pagar al marido.

⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de don Germán los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dictar en su día sentencia por la que se hagan los siguientes pronunciamientos: 1.º Se desestime la demanda y se apruebe definitivamente la propuesta del contador-partidor, con la única corrección que se señala en el hecho VII, apartado 3.º, de este escrito, y en su caso, la compensación de la cantidad de 288.434 pesetas a favor de mi mandante hasta donde llegue con la que resultaría a favor de la actora en el hecho IX de 397.087 pesetas, declarando en el resto de 108.653 pesetas deudor a mi mandante, o adjudicando en pago a la esposa el vehículo ganancial, e imponiendo expresamente las costas a la parte actora. 2.º Conforme a ello, se atribuya la propiedad y uso inmediato del piso ganancial a mi representado, o adjudicándole la propiedad, se limite temporal y prudencialmente el derecho de uso de la esposa. 3.º Subsidiariamente, se señalen las cantidades que en el pasivo de la sociedad deban imputarse a favor de la esposa, y se ordene que en ejecución de sentencia se tasen pericialmente los bienes gananciales, procediendo a hacer las adjudicaciones con arreglo a los nuevos valores y las compensaciones en metálico que correspondan, adjudicando en todo caso el local comercial a la esposa y el piso al esposo, sin imposición expresa en este caso de las costas causadas».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Villacarrillo dictó Sentencia el 28 de junio de 1999 estimando parcialmente la demanda aprobando el cuaderno particional con las correcciones siguientes: «debe actualizarse en el activo la partida de 65.815 pesetas correspondiente a los gastos de notaría y de registro y en pasivo la cantidad 228.000 pesetas obtenidas por la venta de la finca privativa del esposo gastadas en interés de la comunidad y la cantidad de 690.946 pesetas abonadas por la actora en exclusiva siendo de cargo de la sociedad de gananciales. El coeficiente de actualización será el interés legal del dinero. De la diferencia de valor de las adjudicaciones, establecida en el cuaderno particional en la cantidad de 576.969 pesetas, doña María Teresa sólo tendrá que abonar la mitad al demandado. La cuantificación de la deuda que por alimentos y gastos necesarios de los hijos comunes pudiera tener el demandado se cuantificará en ejecución de sentencia, teniéndose en cuenta las siguientes bases: que la cantidad abonada por el mismo a fecha 15 de julio de 1998 es de 840.000 pesetas, que de los alimentos de don Alfonso sólo podrán reclamarse los devengados entre el 22 de marzo de 1993 y el 1 de enero de 1994. Que respecto de los alimentos y gastos de doña Eva María, se entenderá actualizada la pensión alimenticia conforme a los incrementos del IPC, comprenderá los gastos de matrícula y la cantidad de 50.000 pesetas mensuales (incluye alimentos y demás gastos necesarios) por cada uno de los meses que por su condición de universitaria debe permanecer en Granada. Una vez actualizadas las cantidades antes referidas, corregido el error por el que se imponía a doña María Teresa el pago íntegro de la diferencia resultante de la valoración de las adjudicaciones y cuantificada la deuda del demandado para con su esposa en lo referente a sus hijos se procederá a compensar las cantidades resultantes hasta donde proceda, abonándose en metálico las diferencias que resultaran. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Jaén dictó Sentencia el 29 de septiembre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por doña M.ª Teresa.

⊙ Doña M.ª Teresa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se denuncia la infracción del artículo 1252.1 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta. La recurrente entiende que no existe cosa juzgada. Textualmente en referencia al pago del precio del local comercial comprado por la sociedad conyugal, dice que no puede aplicarse la regla de la cosa juzgada porque no concurre la perfecta identidad de los requisitos, ya que si bien en la diligencia de inventario de 4 de julio de 1994 en la que se sentó la anterior resolución, figura la cantidad de 3.842.245 pesetas (23.092,36 euros), con posterioridad lo realmente abonado como pendiente de pago de la adquisición ha sido otra suma muy superior, que ha sido hecha efectiva con exclusividad por la esposa de su propio peculio. Por ello considera que la cosa juzgada no puede amparar situaciones fácticas que no fueron tenidas en consideración en el inventario de 1994, porque las mismas no se habían producido a la fecha en que se realizó dicho inventario. El argumento que se viene repitiendo a lo largo de este litigio, pretende convencer a esta Sala de que la cantidad fijada como deuda de la sociedad de gananciales en relación con la adquisición del local comercial y que fue confirmada en la sentencia recaída en el pleito sobre ejecución de la sentencia de separación de los cónyuges y por ello mismo, incorporada al cuaderno particional que se impugna, es errónea, porque no ha tenido en cuenta diversos gastos y pagos efectuados después de la disolución de la sociedad. Para ello, la recurrente utiliza en este motivo dos caminos: la impugnación de la afirmación de la Sala sentenciadora acerca de que la determinación de esta cantidad es ya cosa juzgada y la pretensión de que se ha probado que se trata de gastos originados después, pero en beneficio de la comunidad postganancial que es consecuencia de la disolución.

Metodológicamente debemos comenzar por estudiar la cuestión relativa a la condición de gastos beneficiosos para la comunidad. Aporta la recurrente una serie de argumentos para convencer a esta Sala acerca de la razón que la asiste al exigir que se incorporen estas cantidades, como ya viene solicitando desde la ejecución de la sentencia de separación. Frente a ello debe afirmarse que el

patrimonio ganancial queda fijado en el momento en que se produce la disolución, con los ajustes previstos en la ley y la liquidación se refiere a la situación existente en el momento de dictarse la sentencia de separación. Y aunque no puede negarse, desde el punto de vista teórico, que la existencia de una comunidad postganancial puede generar obligaciones para ambos comuneros, no es esto lo que ha sucedido en este caso. Para que estos gastos debieran ser computados en el inventario y correspondiente liquidación de los bienes gananciales, sería necesario que se hubieran invertido en beneficio de la citada comunidad, debiendo probarse por quien lo afirma que esta condición concurre en los gastos que pretende incluir. No ha ocurrido esto en el presente litigio, por lo que no puede pretenderse incluir los efectuados por uno de los comuneros en su beneficio exclusivo y no en beneficio de la comunidad.

Esto es lo que se consideró por los órganos judiciales al dictar sentencia en el procedimiento de ejecución de la de separación. Y por ello mismo, debe ahora entenderse que sí concurre cosa juzgada, porque existe identidad de personas, los cónyuges; de cosas, la cantidad que debe figurar en el inventario, y de causas de pedir, la liquidación de la sociedad de gananciales. Además, se ha dictado en sentencia contradictoria. Si la finalidad de la cosa juzgada es evitar, entre otras cosas, que una discusión se prolongue indefinidamente y que vuelva a entablarse la misma cuestión cuando ya ha sido decidida por un tribunal, hay que concluir que las sentencias recaídas en este litigio aplican correctamente la excepción. En efecto, la Sentencia de 27 de octubre de 2006 resume las directrices jurisprudenciales sobre este tema y, entre ellas, incluye la recogida en las Sentencias de 30 de julio de 1996, 3 de mayo de 2000 y 27 de octubre de 2000, de acuerdo con las que «no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando mediante el segundo pleito se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió», razones que son plenamente aplicables al presente litigio y así en el proceso posterior, la recurrente debe atenerse al contenido de la sentencia pronunciada sobre las cantidades debidas para la adquisición del local comercial, que han quedado fijadas de acuerdo con lo efectivamente invertido en el momento de la disolución de la sociedad. Razones todas ellas que llevan al rechazo del primero de los motivos del recurso.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 152.3 del Código Civil, en relación con 93.2 y de la jurisprudencia que los interpreta, aunque después no se cita ninguna sentencia que deba entenderse infringida. Se refiere a las cantidades reclamadas por alimentos debidos al hijo mayor de edad, puesto que aunque se incorporó como soldado profesional al ejército, lo hizo como tránsito a los estudios que luego empezó y porque la madre es el progenitor que de hecho está soportando la contribución establecida en el artículo 93 del Código Civil.

La fundamentación de este motivo no permite su admisión. Las disposiciones que se citan como infringidas en realidad no pueden servir a la madre para poder reclamar lo pagado voluntariamente al hijo en concepto de alimentos una vez que éste, después de alcanzar una autonomía patrimonial, aunque fuera temporal parece que volvió a necesitarlos y ello por las razones siguientes:

1.ª El artículo 152.3.ª del Código Civil que se cita como infringido establece un supuesto en el que cesa la obligación de prestar alimentos, cuando pueda ejercer un oficio o una profesión, «de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia». Lo que viene a decir la recurrente es que al haber cesado en su profesión, la de soldado profesional, debería haberse aplicado esta disposición interpretándola a contrario, es decir, que tiene derecho a la pensión alimenticia porque no ha mejorado de fortuna y vuelve a necesitar los alimentos. Es cierto que cuando ello sucede, se restablece el derecho de alimentos y es lo que pretende decir la recurrente, pero entonces será el propio interesado quien ostentará la acción correspondiente para reclamar, de quien esté obligado según la ley, el pago de una nueva pensión por tratarse, como ocurre en este litigio, de un mayor de edad.

2.ª El artículo 93 del Código Civil no puede considerarse infringido en la situación a que este litigio responde. En la sentencia de separación sólo se imponía al padre la obligación de pagar una pensión alimenticia a sus hijos, lo que debe entenderse mientras éstos fuesen menores de edad, puesto que no se prevé en la sentencia el supuesto que daría lugar a la aplicación del segundo párrafo del artículo 93 del Código Civil que permite al juez fijar o a los cónyuges acordar en el convenio regulador, las cantidades que se deberían a los mayores que convivieran y carezcan de ingresos propios. Ésta es una norma que evita litigios posteriores, pero que no puede aplicarse en este caso porque no se ha probado que se haya producido el supuesto de hecho de la misma. Y ello teniendo en cuenta, además, que el hijo dejó de necesitar los alimentos cuando se incorporó al ejército como soldado profesional, momento en que cesó la obligación del padre.

3.ª Finalmente, la prestación de alimentos no es automática, debe ser reclamada por quien tiene derecho a ellos y probándose que se dan los supuestos que, de acuerdo con el Código Civil, provocan el nacimiento de esta obligación, lo que no ha ocurrido en este pleito; ciertamente si sólo uno de los obligados afronta el pago de los alimentos, se genera un crédito contra el otro obligado, pero el procedimiento para esta reclamación no sería, en el caso de que hubiera lugar a ello, el de la liquidación de los bienes gananciales.

En el tercer motivo se denuncia la infracción del artículo 1061 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta. Se refiere a las adjudicaciones de los bienes que se efectúan en el cuaderno particional. La jurisprudencia que interpreta el artículo que se denuncia como infringido permite, según la recurrente, que sin violentarlo para nada, los bienes inmuebles gananciales sean adjudicados a la esposa en los términos solicitados y previas las compensaciones dinerarias correspondientes a favor del esposo. Además, si le fue atribuido el uso de la vivienda, la adjudicación a la esposa del inmueble en el que hallaba ubicada se ajustaría mejor a la realidad del caso. El artículo 1061 del Código Civil, aplicable a la sociedad de gananciales, establece que en la partición deberán hacerse lotes en los que se guarde la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad y especie. La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que este precepto «tiene un carácter más bien facultativo que imperativo» (SSTS de 15 de marzo de 1995, 6 de octubre de 2000, 25 de noviembre de 2004 y 2 de noviembre de 2005, entre otras). Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la sociedad de gananciales objeto de la presente liquidación, sólo hay dos bienes inmuebles, que la recurrente pretende que se le adjudiquen en aplicación, también, de lo dispuesto en el artículo 1406.3 y 4 del Código Civil. Una adjudicación como la que se pretende no respeta los principios contenidos en el mencionado artículo 1061 del Código Civil, que se dice infringido, por lo que no puede estimarse el presente motivo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se desestima el recurso de revisión interpuesto por el esposo alegando que, con posterioridad a la sentencia, tuvo conocimiento de un documento notarial del que se desprendía que, conforme a la legislación alemana, había prescrito la acción ejercitada por la esposa reclamando una determinada cantidad al esposo tras la extinción del régimen de participación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Margarita interpuso demanda de menor cuantía contra don Juan Ramón solicitando que se dictase sentencia declarando que el inmueble descrito en el hecho segundo de la demanda, finca registral núm. NÚM000, pertenece a la parte actora y a la parte demandada por partes indivisas iguales y es indivisible; declarando la indivisibilidad de la finca deberá venderse en pública subasta con admisión de licitadores extraños y bajo el tipo de 697 113,60 euros.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Motril dictó Sentencia el 24 de noviembre de 2005 estimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Granada dictó Sentencia el 21 de julio de 2006 revocando la sentencia del juzgado y condenado al demandado a que abone a la actora la cantidad de 340 002,74 euros, e intereses legales, así como al pago de las costas de primera instancia, sin efectuar pronunciamiento en cuanto a las del recurso.

- Don Juan Ramón interpuso recurso de revisión que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentos jurídicos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada.

No es cuestión controvertida que el régimen legal de bienes para el matrimonio, era el Régimen de Participación, contenido en el Título sexto, dentro del Libro Cuarto del BGB Derecho de Familia, como Régimen legal de bienes (Código Civil Alemán).

Aunque en el Derecho alemán se hable de «Comunidad» (*Zugewinngemeinschft*), la doctrina científica (*Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* –Profesor A. Dohrmann y Collado–) prefiere la expresión «régimen de participación» por ser más acorde con la nueva participación española del régimen matrimonial.

Preceptúa el artículo 1363.2 del Código Civil alemán, que el patrimonio de la mujer no se convertirá en patrimonio común de los cónyuges; tampoco se convertirá en patrimonio común el patrimonio que adquiera el cónyuge con posterioridad a la celebración del matrimonio. Sin embargo, las ganancias que los cónyuges obtengan durante el matrimonio serán compensadas cuando termine el régimen de participación.

Aunque el Texto alemán se refiere a ganancia, es decir en singular, nosotros usamos el plural, es decir, las ganancias por ser algo genérico. *Ausgleichen* es un término muy ambiguo, equivale a nivelar; en este contexto, sin embargo, preferimos traducirlo por compensar (no olvidemos que la participación es una compensación de las ganancias de cada cónyuge). Citando doctrina científica, consignamos a Melón Infante: «El patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer no se convierten en patrimonio común de los cónyuges; esto vale también para el patrimonio que uno de ellos adquiere después de la conclusión del matrimonio. Sin embargo, la ganancia (*Zugewinn*) que los cónyuges obtengan en el matrimonio se nivela cuando finaliza la comunidad de ganancia». Conforme a lo dispuesto en el artículo 1363.1, regirá entre los cónyuges el régimen de participación mientras no estipulen otra cosa en capitulaciones matrimoniales. La Ley alemana habla de contrato matrimonial (*Ehevertrag*) nosotros preferimos, sin embargo, capitulaciones matrimoniales por ser más usual en el Derecho español. Nuevamente citamos a Melón Infante, que opta por una traducción literal: «Los cónyuges viven en el estado de bienes de la comunidad de ganancia si no pactan otra cosa por contrato matrimonial». En el supuesto que enjuiciamos el bien litigioso fue adquirido por el marido para su patrimonio (ya hemos expuesto, que «comunidad» en Derecho alemán, corresponde a «régimen de participación»), sin que pueda convertirse en patrimonio común (artículo 1363.2). Si la *Zugewinn* de un cónyuge supera a la *Zugewinn* del otro corresponde a éste la mitad del exceso como crédito de nivelación. No acreditándose *Zugewinn* de la esposa, debe acogerse la petición subsidiaria de la demanda.

2. Fundamentos jurídicos del recurso de revisión.

a) Falsedad de documento pendiente de declaración penal.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada basa la cantidad objeto de condena, en el informe pericial de don Carlos Alberto de 18 de enero de 2005.

Dicho dictamen recoge una valoración de la finca litigiosa que no se corresponde con la realidad, al haber sido elaborado sobre presunciones falsas y sin una comprobación física. Así, parte de un supuesto reconocimiento ocular, declaración que incluso se recoge reiteradamente en el mencionado informe, cuando la realidad es que el técnico nunca visitó el inmueble objeto de peritación, el propietario y ocupante del mismo no fue requerido en tal sentido y jamás concedió acceso a la vivienda.

Por lo tanto, el dictamen está elaborado sobre una base falsa, la inspección ocular del inmueble y en él se funda la mayoría de sus afirmaciones, mediciones de las distintas dependencias de la vivienda, valoraciones de las características del inmueble, carpinterías, materiales, acabados, etc., que no se corresponden con la realidad y que han sido conscientemente alteradas.

Muestra clara e inequívoca de las alteraciones contenidas en el informe son las fotografías que se acompañan y que teóricamente fueron captadas por el perito en la inspección efectuada, pero no pudieron tomarse, pues el técnico nunca tuvo acceso al inmueble; y, sin embargo, han sido incorporadas como prueba de la falsa inspección realizada.

Dichas imágenes son instantáneas tomadas 10 años antes de la elaboración del informe y reflejan el inmueble tal y como se encontraba en aquella época, pero con posterioridad ha sido objeto de numerosas transformaciones.

El arquitecto elaboró su informe con las declaraciones y los documentos facilitados por la parte que encargó su elaboración, sin comprobar su veracidad y alterando, por tanto, de manera culpable e intencionada la realidad, al incurrir en errores e inexactitudes derivados de la parcialidad y subjetividad de los interesados en una determinada valoración y que pudieron ser evitados con una inspección personal del inmueble.

De los hechos relatados deberá responder el autor penalmente por la comisión de un presunto delito de falso testimonio, hechos puestos en conocimiento de la jurisdicción correspondiente mediante denuncia penal interpuesta por la representación del demandante el 19 de enero de 2007, cuya copia se acompaña a este escrito.

El referido informe ha sido la prueba principal en la que se ha basado el tribunal. La resolución dictada se encuentra, por tanto, viciada, al ampararse en un documento falso, lo que determina sea solicitada la revisión al amparo del artículo 510.2.º LEC.

b) Documento decisivo que determina la revisión.

Subsidiariamente al motivo anterior, con posterioridad a la sentencia el demandante ha tenido conocimiento de un documento decisivo que exige una reconsideración del fallo, al poner de manifiesto la improcedencia de las pretensiones de la demanda pues según la legislación aplicable –legislación alemana–, las pretensiones deducidas por la actora estaban legalmente prescritas.

Se trata de una escritura de certificación de hechos emitida por el notario de Munich, don Meter Gantzer, documento que ha tenido acceso al Registro de la Propiedad de Motril núm. 1, donde figura inscrito el inmueble controvertido y que se acompaña.

Dicho documento público no pudo presentarse en el procedimiento cuya revisión se pretende, al haber sido emitido con posterioridad a la sentencia recurrida y, resulta de especial importancia por su contenido y la autoridad de la que procede.

En esta certificación se pone de manifiesto que don Juan Ramón es dueño único y exclusivo de la vivienda litigiosa, careciendo su ex cónyuge de derecho de propiedad alguno sobre la misma, y lo que es especialmente relevante para provocar la revisión del fallo, que los posibles derechos de compensación que pudieron corresponder a doña Margarita (ex esposa), se hayan prescritos desde fecha muy anterior a la interposición de la demanda. Según el punto 7.º de la certificación: «Subsidiariamente certifico que según el artículo 1378, párrafo 4, del Código Civil alemán, todos los derechos gananciales de la Sra. Margarita, son prescritos dentro de 3 años desde el contrato de matrimonio, lo que era el 14 de diciembre de 2003».

El párrafo 4 del artículo 1378 del Código Civil alemán corrobora la posición del demandante, refrendada por el fedatario público que declara prescrita la acción de reclamación de repartición a los 3 años, comenzando el plazo a correr desde el momento en el que el cónyuge tiene conocimiento de la finalización del régimen de bienes, que en el presente caso es el 14 de diciembre de 2000, fecha de la escritura de capitulaciones matrimoniales, en las que se establece la separación de los bienes del matrimonio.

Todo lo anterior debe ponerse en relación con la postura del Juzgado que conoció del procedimiento en primera instancia, que nunca se planteó la posible prescripción de la liquidación del régimen matrimonial, precisamente, porque, como se discutió en la audiencia previa, era una cuestión que se encontraba fuera de la competencia de dicho tribunal, limitando su fallo a pronunciarse sobre la copropiedad de un determinado bien del matrimonio.

Sorprende la postura de la Audiencia al dar acogida a la petición subsidiaria en contra de la cual ya se habían pronunciado dos juzgados; sin fundamento se pronuncia a favor de la liquidación de un régimen económico que estaba prescrita, en un procedimiento ordinario que no corresponde al específicamente previsto para estas cuestiones y sin un inventario y demás trámites necesarios para la liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial.

El documento aportado pone de manifiesto lo incongruente de la tesis de la Audiencia y debe ser tenido en cuenta a la hora de justificar una revisión de la sentencia impugnada al amparo del artículo 510.1 de la Ley 1/2000.

3. Informe del Ministerio Fiscal.

El fondo del asunto es un contencioso judicial entre el recurrente y su exmujer que le demanda en juicio ordinario interesando la división de una pretendida cosa común o, subsidiariamente, una compensación económica basada en el régimen económico-matrimonial vigente en Alemania, nacionalidad de ambos contrayentes.

El contencioso concluye con sentencia (ahora recurrida en revisión), que estima la compensación a favor de la esposa.

El esposo-recurrente pretende la revisión con base en los dos supuestos siguientes:

Artículo 510.2 LEC: el recurrente mantiene que el juzgador ha resuelto la compensación económica a favor de la esposa con base en un informe pericial dictado, al parecer, con indicios de falsedad, por lo que ha presentado denuncia por falso testimonio ante el Juzgado de Instrucción correspondiente cuyo resultado está pendiente.

Es inaceptable la admisión de la demanda de revisión con base en el precepto citado, ya que, según el mismo, es necesario que la condena por falso testimonio haya sido anterior al pleito principal. Circunstancia que aquí no se da, pues, incluso,

todavía no hay resolución judicial que determine la falsedad o el falso testimonio.

Artículo 510.1 LEC: el recurrente, con fecha posterior a la sentencia recurrida, ha tenido acceso a un instrumento consistente en una escritura de certificación de hechos redactada por un notario de Munich, en uno de cuyos extremos (ordinal 7.º), manifiesta que según un precepto del Código Civil alemán vigente, la pretensión que la esposa logró colmar en el pleito contra su esposo habría prescrito.

A este respecto alberga grandes dudas el Ministerio Fiscal. En principio, se pone en tela de juicio que el instrumento invocado por el recurrente constituya realmente un documento o no pase de ser un mecanismo instrumental, pues se limita a transcribir un texto legal que, por sí mismo, posee valor jurídico.

Por otro lado, no expresa en el escrito de demanda de este recurso cuál ha sido la causa del, al parecer, tardío acceso al documento y si dicha causa es achacable a la esposa o si el actor debía de conocer su existencia.

Interesa el Fiscal que se inadmita el recurso en relación con el supuesto del artículo 510.2.º LEC y que, en relación con el artículo 510.1.º LEC se admita la revisión pues, a lo largo del procedimiento del artículo 514 de la Ley procesal, puede concretarse la naturaleza del pretendido documento y esclarecerse las causas del tardío acceso al mismo por parte del actor y del resultado de las actuaciones se concluirá con resolución acorde con las mismas.

4. Alegaciones de la ex esposa.

Se rechaza el correlativo de la demanda pues hace una exposición del desarrollo de este procedimiento que no se corresponde con la realidad.

Omite intencionadamente la parte ahora demandante que formulada por su parte la excepción de inadecuación del procedimiento respecto de las acciones entabladas por la hoy demandada, la cuestión quedó resuelta en la audiencia previa, donde el juzgador *a quo* rechazó la excepción y ordenó la continuación del litigio, lo que fue objeto de su oportuna protesta para hacer valer su pretensión en la alzada. Sin embargo, cuando el Sr. Juan Ramón formuló su recurso de apelación frente a la sentencia no hizo valer su pretensión ante la Audiencia, con lo cual admitió la adecuación del procedimiento y por eso ahora no puede invocar otra vez aquella cuestión.

Olvida la parte demandante que ya opuso en su contestación a la demanda la prescripción de la pretensión subsidiaria que la hoy demandada ejercitaba y que en su recurso de apelación tal alegato fue objeto de su abandono y una vez fue dictada la sentencia en segunda instancia no interpuso recurso de casación, pese a que podía haberlo hecho por la cuantía, sino que se aquietó a la decisión judicial que no había acogido su excepción de inadecuación del procedimiento ni la prescripción de la acción de compensación. Dejó transcurrir el plazo para recurrir y *a posteriori* solicitó un incidente de nulidad de actuaciones que no fue admitido a tramite porque la sentencia dictada en la alzada era susceptible de recurso y la adversa no había querido formalizarlo, con lo cual quebraba la primera premisa para la solicitud de nulidad procedimental.

Y con estos antecedentes vuelve el Sr. Juan Ramón a reclamar la atención de un órgano judicial, precisamente el mismo que hubiera conocido del recurso de casación que no quiso interponer, con base en el artículo 510 de la vigente LEC que viene a ser una reiteración de lo que disponía el artículo 1796 LEC 1881. Por tanto, la jurisprudencia dictada sobre éste es perfectamente trasladable.

La parte adversa articula dos motivos: por un lado, aporta una denuncia contra el perito arquitecto superior don Carlos Alberto al que acusa de falso testimonio y, por otra, adjunta un informe de un notario alemán excusando haberlo obtenido con posterioridad al dictado de la sentencia hoy firme.

En cuanto a la denuncia contra el arquitecto superior don Carlos Alberto al que acusa de haber cometido falso testimonio, el artículo 510 LEC es claro al exigir una doble premisa para que proceda la revisión: que el perito haya sido condenado por falso testimonio y que, además, sus declaraciones hayan servido de fundamento a la sentencia.

En el supuesto que nos ocupa no se dan ninguna de las dos condiciones, el perito no ha sido condenado ni su informe y posterior declaración no han servido para la estimación de la pretensión subsidiaria sino sólo para la determinación del *quantum* de la misma una vez acogida.

Es jurisprudencia consagrada que no basta con una mera denuncia que a día de hoy no sabemos ni siquiera si ha sido admitida a trámite, sino que es imprescindible una sentencia de condena penal. Por tanto, el motivo no puede ser acogido, pues bastaría una simple denuncia frente a cualquiera de los intervinientes en un procedimiento judicial para quebrar el principio de seguridad jurídica posibilitando un procedimiento tan estricto y riguroso como el de revisión de una sentencia firme.

La denuncia formulada por el Sr. Juan Ramón no es más que un artificio para forzar y justificar la interposición de esta demanda, porque de otro modo no se entiende que, aportado el dictamen pericial de don Carlos Alberto con la demanda, el Sr. Juan Ramón no adjuntó ningún informe técnico contradictorio y tampoco solicitó la designación judicial de perito si entendía que las características

de la vivienda eran diferentes o distinta su valoración de mercado. Sin embargo, la adversa no aportó nada, no interrogó al perito sobre la censura que ahora le dedica, no entabló en su contra acción penal si es que entendía que el técnico había faltado a la verdad, y ha esperado justamente al agotamiento de los cauces procesales para interponer una denuncia a la que tampoco ha acompañado ninguna acreditación o informe pericial.

A pesar de acusar al perito de falso testimonio, el demandante no articula el motivo tercero del artículo 510 LEC referido al falso testimonio de testigos y peritos sino que lo encasilla en el apartado 2.º del precepto. No obstante, la exigencia legal y jurisprudencial para la viabilidad del motivo es igualmente rigurosa al requerir una sentencia penal condenatoria y no una simple denuncia.

Aporta la parte demandante una «certificación de hechos» emitida por un notario alemán, don Peter Gantzer, e invoca el artículo 510.1.º LEC, precepto que exige que después de pronunciada una sentencia firme se recobren u obtengan documentos decisivos de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado.

Ninguna de estas circunstancias concurren en este caso. La actora no ha recobrado ni obtenido ese documento de, sino que lo ha fabricado o ha solicitado su confección *ex professo* para esta demanda de revisión. No es tampoco un documento decisivo porque su contenido es estrictamente jurídico y los órganos judiciales que dictaron las sentencias conocían y tuvieron en cuenta la legislación aplicable a las cuestiones suscitadas durante el procedimiento.

En ningún caso, el ahora demandante se ha visto privado del documento por fuerza mayor o por obra de la hoy demandada sino por razones imputables al mismo que, a pesar de haber aportado con su contestación a la demanda otra «certificación de hechos» del mismo notario, no obstante, no le pidió que se pronunciara sobre la hipotética prescripción de la acción de compensación que ya alegaba en su escrito de contestación. Fácilmente se comprende que debió ser por el desacierto de su formulación, máxime cuando el artículo 204 BGB alemán establece que la prescripción de las pretensiones entre los cónyuges se suspende durante el tiempo que dure el matrimonio. Es decir, si en este caso el enlace conyugal estuvo vigente hasta el 21 de octubre de 2003, en que se produjo el divorcio, no podía haber transcurrido el plazo trienal cuando la hoy demandada formuló su pretensión.

Es obvio que la parte actora ha buscado intencionadamente la elaboración y aportación de este documento para interponer la demanda de revisión, lo ha encargado al mismo notario que elaboró el primer documento que mencionaba la escritura de capitulaciones matrimoniales suscrita por los cónyuges el 14 de diciembre de 2000.

Además, hay obstáculo insalvable, el plazo del artículo 512.2 LEC al haber transcurrido más de 3 meses desde que tuvo en su poder el documento hasta la presentación de la demanda de revisión: la certificación de hechos está fechada el 16 de octubre de 2006 sin que se pueda alegar que el actor la conociera u obtuviera después porque se hizo a su expresa petición y, sin embargo, la demanda de revisión no se ha presentado hasta el 23 de enero de 2007 transcurrido, por tanto, con exceso el plazo de 3 meses.

No se dan las exigencias del artículo 510 LEC en los documentos aportados de contrario y se constata que han sido preparados expresamente para formular esta demanda de revisión, por tanto, debe ser rechazada y se deberán imponer las costas al Sr. Juan Ramón no sólo por la reseña del artículo 516.2 de la ley adjetiva sino también porque su forma de proceder raya el fraude procesal que expresamente proscribe el artículo 247 del mismo texto legal.

5. Fundamentación jurídica del Tribunal Supremo para desestimar el recurso de revisión.

El primero de los motivos de revisión, formulado con carácter principal, fue objeto de desistimiento en la vista por la parte actora, por lo que no debe entrarse en su examen.

El segundo motivo –haberse obtenido una certificación notarial de la que se infiere que la acción estimada en la sentencia recurrida había prescrito–, formulado con carácter subsidiario y mantenido en el acto de la vista, debe ser rechazado, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, por la concurrencia de varias razones, por sí suficientes cada una de ellas para obtener la expresada conclusión:

a) El artículo 510.1.º LEC, en que se apoya la parte demandante, establece que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme «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 relación con este precepto, el artículo 512.2 LEC establece que, dentro del plazo de cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia, se podrá solicitar la revisión «siempre que hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieron los documentos decisivos (...)».

En el caso examinado se advierte que el conocimiento del documento alegado se produjo el 16 de octubre de 2006, en que fue emitido, puesto que

hay que presumir que dicho documento fue emitido a instancia de la parte que lo presenta como fundamento de su demanda de revisión, aunque se obtuviera para otros fines registrales de interés para dicha parte. Por ello no puede ser aceptada la posición de la parte actora, defendida en el acto de la vista, en el sentido de que debe computarse como *dies a quo* o inicial el de presentación del documento ante el Registro de la Propiedad en España, pues (siendo admisible que la parte actora no pudiera disponer de dicho documento hasta un momento posterior a su emisión), el plazo para la demanda de revisión no se computa desde el momento en que se dispone del documento, sino desde el momento en que se produce su descubrimiento, es decir, se conoce su existencia, pues el lapso de tres meses que la LEC concede permite en principio cumplimentar los requisitos necesarios para disponer de él. La presentación de la demanda se produjo el 23 de enero de 2007 (antes de las 15 horas, con efectos, por consiguiente, de 22 de enero de 2007), transcurrido en varios días el plazo de tres meses desde el momento en que el documento fue conocido, que finalizaba el día 16 de enero de 2007.

El plazo de tres meses a que acaba de hacerse referencia es un plazo que la jurisprudencia constantemente ha calificado como de caducidad y susceptible incluso de ser apreciado de oficio. En el caso examinado ha sido alegado por la parte demandada. Fuera de una alegación sobre el cómputo del plazo de carácter formal, nada se ha alegado por la parte actora que sea suficiente para justificar que la aplicación de este plazo, que debe hacerse con sumo rigor, dado que se fija como límite temporal para pedir que se deje sin efecto una sentencia firme (SSTS, entre otras, de 6 de julio de 1999, rec. 2183/1990, 14 de diciembre de 2000, rec. 1795/1997, 16 de febrero de 2002, 6 de julio de 2002, 22 de mayo de 2003, 21 de febrero de 2005, 14 de julio de 2006, rec. 63/2005, 31 de octubre de 2006, rec. 22/2005), pueda producir efectos desproporcionados (y con ello, lesivos del derecho a un proceso debido) por concurrir circunstancias objetivas no imputables a la parte o a su representación que hayan hecho imposible o muy difícil la presentación de la demanda en plazo. En efecto, aun en la hipótesis de que la parte no hubiera podido disponer del documento sino unos días después de tener conocimiento de él, nada justifica que dilatara la presentación de la demanda más allá del plazo de tres meses a partir de su conocimiento.

b) El artículo 510.1.º LEC exige, para que puedan dar lugar a revisión de la sentencia firme, que los documentos sean decisivos. Esta circunstancia no se aprecia en el caso examinado con el grado de seguridad exigible. El documento aportado, en efecto, contiene una manifestación con carácter de certificación notarial acerca de la prescripción de las acciones gananciales ejercitadas por un cónyuge frente a otro a partir de la escritura de separación. Sin embargo, dicha apreciación es insuficiente para estimar que esta circunstancia sea por sí determinante de una modificación del fallo, dado, por una parte, que la prescripción fue alegada en la primera instancia, de donde se infiere que el juzgador la tuvo en consideración, y que también pudo tomarla en consideración el tribunal de apelación; y, por otra, que nada se hace constar en la propia certificación acerca de la posible concurrencia de causas de interrupción o limitación de la prescripción, entre las cuales la parte recurrente alega la subsistencia de la relación conyugal hasta el año 2003.

La parte demandante alegó en el acto de la vista que la suspensión de la prescripción entre cónyuges establecida por el BGB (parágrafo 204, hoy 207) no afecta a la acción de complemento de ganancia, pero no cabe duda de que esta cuestión es, cuando menos, discutible (la Sala ha podido consultar opiniones en contrario en textos científicos recientes de la doctrina alemana), y, por ende, no puede reconocerse al documento el carácter decisivo que de él se predica.

c) El documento que se aporta no contiene más que una certificación acerca de la existencia del documento del año 2000 sobre capitulaciones matrimoniales, que ya fue alegado en la instancia, y acerca de la vigencia y alcance de un precepto del BGB sobre prescripción de la acción de compensación ganancial, que pudo ser alegado y tomado en consideración por los órganos de instancia, por lo que, desde este punto de vista, no puede considerarse que el contenido del documento aportado no haya podido ser conocido u obtenido con anterioridad al proceso, dado que el tribunal que pronunció la sentencia firme, no recurrida en casación, pudo tener conocimiento por medio de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada de las premisas fácticas y jurídicas a las que hace referencia el expresado documento necesarias para formular la conclusión con la que la parte demandante se muestra disconforme.

La revisión civil no puede, en efecto, versar sobre hechos o temas planteados o que pudieron haberse suscitado en el proceso declarativo al que se refiere (SSTS de 18 de enero de 1989, 4 de octubre de 1989, 19 de noviembre de 2004, 30 de enero de 2007, rec. 80/2005, 26 de febrero de 2007, rec. 77/2005).

d) Finalmente, constante jurisprudencia exige que el documento aportado sea anterior a la sentencia, como se infiere del requisito de que no se hubiera podido disponer del documento «por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubie-

re dictado» (SSTS, entre las más recientes, de 28 de junio de 2006, rec. 47/2005, 31 de octubre de 2006, rec. 22/2005 y 26 de enero de 2007, rec. 48/2005).

En el caso examinado, el documento aportado es de fecha posterior a la sentencia cuya revisión se solicita.

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Se acuerda la división de la cosa común y la venta en pública subasta del negocio de panadería y del local, al no ser factible su división en dos nuevas dependencias, siendo cada una de las resultantes insuficientes para albergar la maquinaria y elementos actuales.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Ángeles interpuso demanda de menor cuantía contra don Carlos Manuel solicitando que se dictase sentencia estimando la demanda y procediéndose a la venta, mediante subasta pública, tanto del negocio de panadería sito en la calle Mahón núm. 20 y que se valora en 6.000.000 pesetas, así como del propio local, cuya descripción registral consta en el cuerpo de este escrito, que se valora en 28.000.000 pesetas con expresa imposición de costas al demandado.

⊙ Admitida a trámite la demanda, don Carlos Manuel contestó a ésta, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que se dicte «... sentencia desestimando íntegramente la demanda formulada por la adversa, (...) con expresa imposición de costas a la actora...», al tiempo que formulaba reconvención, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado «... dicte en su día sentencia dando lugar a la presente demanda y, en consecuencia: a) Se adjudique a mi mandante la mitad indivisa correspondiente a la demanda reconvencional del negocio de horno de pan sito en la calle Mahón núm. 20, bajos de Barcelona, por el precio de tres millones de pesetas (3.000.000), que deberá satisfacer mi mandate a la demandada reconvencional, en el mismo momento en que se formalice la indicada adjudicación a su favor; b) Se proceda, en ejecución de sentencia, a la división del actual local de negocio de la calle Mahón núm. 20 de Barcelona, en dos locales iguales y totalmente independientes, de forma que mi mandante se adjudique la totalidad de uno de los dos locales resultantes de la división, concretamente aquel en el que se hallaban las instalaciones de venta al público de pan –por haber adquirido mi mandante la totalidad de dicho negocio–, adjudicando a la demandada reconvencional el otro local; c) Al pago de las costas del proceso. Subsidiariamente, y para el inesperado supuesto de que no se diera lugar a la petición contenida en el apartado b) del párrafo anterior, en este supuesto, además de reiterar nuevamente en esta petición subsidiaria las peticiones contenidas en los apartados a) y c) precedentes, se solicita, insistimos, subsidiariamente, en relación al apartado b), se adjudique a mi mandante la mitad indivisa correspondiente a la demandada reconvencional del local sito en la calle Mahón núm. 20, bajos de

Barcelona, entidad registral 21.185, por el precio de 14.000.000 de pesetas, que deberá satisfacer mi mandante a la demandada reconvencional, en el mismo momento en que se formalice la indicada adjudicación a su favor, en la correspondiente escritura pública, a fin de que la misma pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad correspondiente.»

- Dado traslado de la reconvención a la parte actora, por la representación de ésta se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que «... dicte Sentencia estimando la demanda y en consecuencia se proceda a la venta, mediante subasta pública, tanto del negocio de panadería sito en la calle Mahón núm. 20 así como del propio local, y subsidiariamente, para el caso de que no se llevara a efecto la citada subasta pública, se adjudique a mi representada la mitad indivisa del negocio del horno de pan correspondiente a don Carlos Manuel por la cifra de 3.000.000 de pesetas y la mitad indivisa del local sito en la calle Mahón núm. 20 por 14.000.000 de pesetas, con expresa imposición de costas al actor reconvencional».

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Barcelona, dictó Sentencia el 23 de diciembre de 1998 estimando la demanda, declarando disuelta la Comunidad de Bienes existente entre actora y demandado respecto al negocio de panadería sito en la calle Mahón y local comercial en la planta baja de dicho edificio, cuya disolución tendrá efecto mediante la subasta pública, con intervención de licitadores extraños, en un solo lote y siendo el tipo de la subasta el de 81.077.000 pesetas, la cual se celebrará, firme que sea esta Sentencia, en ejecución de la misma y por el procedimiento propio de la vía de apremio y debo desestimar y desestimo la demanda reconvencional interpuesta por don Carlos Manuel contra doña Ángeles. Las costas ocasionadas por la demanda inicial serán a cargo de la Comunidad de Bienes y en los de la demanda reconvencional condeno a don Carlos Manuel.

- En grado de apelación, la Sec. 18.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 12 de septiembre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por don Carlos Manuel.

- Don Carlos Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 404 y 7 del Código Civil, al haberse remitido la sentencia impugnada a lo dispuesto por el artículo 1062 del Código Civil, respecto de la forma de llevar a cabo la división.

El artículo 404 del Código Civil dispone que si la cosa resulta ser indivisible y los condueños no convienen en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio; mientras que el artículo 406 establece que serán de aplicación a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia, entre las cuales, el artículo 1062, tras señalar que si la cosa es indivisible o desmerece mucho por su división podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, dispone en su párrafo segundo que bastará que uno solo de los herederos (en este caso, comuneros) pida su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así se haga. De ahí que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial han entendido que en el caso presente procedía la venta en pública subasta por haberlo solicitado así la actora en el «suplico» de la demanda y resultar procedente, desde luego, la cesación en la situación de la comunidad.

Esta Sala ha considerado plenamente aplicable al supuesto de división de cosa común la norma contenida en el artículo 1062 del Código Civil, por la remisión que a las reglas propias de la división de la herencia realiza el artículo 406, de modo que basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse, pues en tal caso resulta claro que falta el acuerdo de adjudicación a uno de ellos a calidad de abonar a los

otros el exceso en dinero. Dicha solución es además la más beneficiosa para los propios intereses de la comunidad en orden a obtener un precio superior por el bien de propiedad común, permitiendo que en la subasta a celebrar participen, junto con los propios comuneros, licitadores extraños; sin que pueda obligarse a ningún partícipe a aceptar la adjudicación a uno del bien por una cantidad determinada, percibiendo su parte, cuando su voluntad es la de que se subaste para obtener el mayor precio posible.

De ahí que la actuación de la demandante al solicitar la celebración de pública subasta en absoluto suponga un ejercicio del derecho más allá de las reglas de la buena fe o suponga ejercicio abusivo del propio derecho (artículo 7 del Código Civil). El abuso de derecho, que proscribe el artículo 7 del Código Civil, viene determinado por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima y la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho y así lo declaran las Sentencias de esta Sala de 14 de octubre de 2004 y 8 de mayo de 2006, entre otras muchas, al precisar que «el abuso del derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado»; siendo así que en el caso presente la demandante se ha limitado a ejercer los derechos que la ley le concede en su condición de comunera y la alegación de haber sido infringido el artículo 7 del Código Civil sólo se explica desde la parcial e interesada posición del demandado –hoy recurrente– que en el desarrollo del motivo viene a decir que «podemos hallarnos con que un comunero que actúa con total mala fe, y con el único fin de perjudicar a otro comunero, se salga con la suya solicitando la pública subasta del bien del que ambos son propietarios para incrementar el precio del susodicho bien y así dificultar al otro comunero que adquiera el bien del cual, a día de hoy, es propietario en una mitad», razonamiento que carece de justificación alguna y que pone de manifiesto la posición del recurrente en orden a situar sus propios intereses por encima de los de la comunidad. En consecuencia el motivo ha de ser rechazado.

En otro motivo del recurso se combate la apreciación de la prueba pericial realizada en ambas instancias, por cuanto la Audiencia viene a ratificar en este punto los razonamientos de la sentencia dictada por el Juzgado, y se afirma que se ha producido infracción de lo dispuesto por el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual «los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos». Se trata de una norma de carácter facultativo que difícilmente puede ser conculcada en cuanto atribuye amplia libertad de apreciación al juzgador, por lo que esta Sala únicamente ha venido a admitir su vulneración en los supuestos en que la apreciación de la prueba pericial se revela como absurda, arbitraria o ilógica, como incluso viene a reconocerse en el desarrollo del motivo.

En este sentido, la Sentencia de 26 de junio de 2006, con cita de otras anteriores como las de 15 de abril de 2003 y 15 de noviembre de 2005, se refiere a que las «reglas de la sana crítica» no se hallan recogidas en precepto alguno ni previstas en ninguna norma valorativa de prueba, por lo que su invocación como infringidas no tiene eficacia para fundamentar el recurso de casación salvo que el juzgador *a quo* tergiverse ostensiblemente las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas; añadiendo, con las Sentencias de 27 julio y 15 de diciembre de 2005, que «ni siquiera cabe debatir si la solución o conclusión pretendida es más lógica que la de la resolución que se impugna, pues de aceptarse esta dialéctica se convertiría a la casación en una tercera instancia contrariando su auténtica función». Esto último es lo que en realidad se pretende por el recurrente al intentar sustituir las conclusiones periciales, aceptadas en la instancia, por su particular e interesada posición, ya que, en primer lugar, no cabe discutir la indivisibilidad jurídica y económica de lo que constituye un local en el que se desarrolla una industria y un negocio de venta al público pues, aunque el local sea materialmente divisible, resulta claro que ello rompería la unidad del bien, integrado por ambos elementos, y haría desmerecer su valoración. La Sentencia de esta Sala de 3 de abril de 1995, citada en el mismo sentido por la de 22 de julio de 2002, al tratar de la divisibilidad de un local sobre el que existía un negocio de bar-cafetería, afirma que «las apreciaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común son conceptos valorativos deducibles de hechos, dependiendo tales consideraciones, no sólo de la indivisibilidad real o física, sino también de la jurídica, configurada ésta por resultar la cosa inservible para el uso a que se destina, por su anormal desmerecimiento si se produce la división o por la originación de un gasto considerable en los partícipes». En consecuencia, como afirma la Audiencia en la sentencia ahora impugnada, «el negocio, con la maquinaria y elementos actuales, no podría ser instalado en uno de los locales resultantes de la división que requeriría, en realidad, la instalación de un "nuevo negocio" con los gastos correspondientes» (fundamento jurídico cuarto) sin que la voluntad de uno de los partícipes pueda

imponer, en contra del los intereses comunes, una solución claramente perjudicial desde el punto de vista económico.

Por otro lado, la discusión sobre la valoración que del local y el negocio ha realizado el perito no sólo carece de fundamento sino que además resulta impropia del recurso de casación al pretender un nueva valoración de la prueba intentando convertir la función de este Tribunal en una tercera instancia no prevista por la Ley.

UNIONES DE HECHO

Desestimación de la acción declarativa de dominio interpuesta por un conviviente de hecho contra la herencia yacente de la que fue su compañera sentimental al haberse acreditado que el precio del inmueble se pagó con dinero exclusivo de aquélla no habiendo existido ningún negocio fiduciario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Fernando y doña Silvia, ambos de nacionalidad belga, eran convivientes y ésta falleció (víctima de brutal asesinato, cuyo asesino fue condenado a cerca de treinta años de reclusión mayor), sin haber otorgado testamento, siendo sus herederos, según la legislación belga, su padre y hermanas.

⊙ Don Fernando, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra la herencia yacente de doña Silvia en la persona de don Juan Miguel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que «1.º Se declare que mi representado es propietario del inmueble descrito en el hecho primero de la demanda; 2.º Se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración. 3.º Se declare la nulidad de la escritura pública de compraventa otorgada en fecha 31 de mayo de 1990, ante el Notario de Lloret de Mar, don Xavier Rocha i Rocha. 4.º Se acuerde la cancelación de la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, a favor de doña Silvia. 5.º Subsidiariamente, para el supuesto de haberse producido venta a tercero de buena fe, se condene a la demandada al pago del total del valor de la citada vivienda, así como del mobiliario existente en su interior, a la fecha de la presente demanda e intereses, valor que en su caso se determinará en ejecución de sentencia o en la prueba del presente procedimiento. 6.º Se condene a la demandada, en cualquiera de los supuestos a la expresa condena en costas.

⊙ Don Juan Miguel contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que previo estimar las excepciones procesales formuladas, absuelva a mi representado de los pedimentos de la demanda; y de no ser así, resolver acerca del fondo del asunto, declarando la desestimación de la demanda formulada por el actor y rechazando íntegramente todas sus peticiones, absolviendo en consecuencia a mi principal de todos sus pedimentos; con imposición de costas por imperativo legal y por evidente temeridad de sus planteamientos.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Blanes dictó Sentencia el 17 de septiembre de 1999 estimando parcialmente la demanda declaró el derecho de propiedad del actor sobre el inmueble sito en la localidad de Lloret de Mar.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Girona dictó Sentencia el 25 de septiembre de 2000, estimando el recurso interpuesto por la representación de Herencia yacente de doña Silvia en la persona de don Juan Miguel, y desestimó íntegramente la demanda.
- Don Juan Miguel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La acción que se ejercita en la demanda tiene su *causa petendi* en que la finca objeto de la acción declarativa (apartamento sito en la Costa Brava) fue pagada exclusivamente con dinero del actor, quien abonó también los arreglos y adaptaciones posteriores y «por razones puramente formales, se inscribió como comprador a su compañera sentimental»; así se dice literalmente en la demanda, aunque no explica cuáles fueron tales «razones puramente formales».

La Sentencia de la Audiencia Provincial, Sec. 1.ª, de Girona, de 25 de septiembre de 2000, revocando la de primera instancia, desestimó la demanda, esencialmente por declarar «acreditado, sin lugar a dudas, la procedencia del dinero con el que la señora Silvia adquirió la vivienda» (fundamento tercero, que añade: «... dejando patente la manifiesta mala fe y temeridad con la que ha actuado el demandante»); asimismo negó la existencia –que sí había apreciado la sentencia de primera instancia– de negocio jurídico fiduciario que, sobre no ser alegado como *causa petendi* en la demanda, carecía de los mínimos presupuestos fácticos que lo sustentaran. En definitiva, la sentencia de instancia, objeto de este recurso, rechaza la acción declarativa de dominio por falta de todos sus presupuestos: el título es la compraventa en escritura pública a favor de la fallecida señora Silvia; el precio, «ha quedado acreditado que el precio lo abonó la señora Silvia»; la posesión del piso no la tiene el demandante que «abandonó el piso».

El motivo primero del recurso de casación, como se ha apuntado, mantiene la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y también del 372 de la misma ley en sentido de que en tales preceptos se consagra el principio de motivación de las sentencias, que también hace el artículo 120.3 de la Constitución Española. El motivo se desestima porque la sentencia recurrida está suficiente y sobradamente motivada, ya que tal principio no exige una total y completa argumentación respecto a todos los razonamientos de las partes, sino que basta motivar el fallo que se emite, en el presente caso desestimatorio. Así se han pronunciado tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 187/2000, 10 de julio y 214/2000, de 18 de septiembre) como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de noviembre de 2004, 3 de febrero de 2005, 16 de noviembre de 2006). Por otra parte, en el desarrollo del motivo se concreta la infracción denunciada en un determinado negocio jurídico en documento privado que se califica por la parte recurrente de verdadera compraventa. Cabe destacar dos extremos: en primer lugar, es un típico precontrato en el que los padres se obligan a vender y comprar como primer paso el *iter contractus* con la también típica cláusula que lo convierte en negocio jurídico por persona a designar, al preverse que la escritura verdadera de compraventa se otorgará «como adquirente, el propio comprador o la persona o personas que éste designe» y la adquirente fue la señora Silvia; en segundo lugar, este precontrato no ha sido elemento esencial para el fallo, sino que el esencial lo ha sido el que se ha acreditado que el precio de la compraventa lo pagó efectivamente ella y ella fue la auténtica adquirente del apartamento.

El motivo segundo del recurso denuncia la infracción de preceptos generales sobre la compraventa (artículos 1445 y 1450) y sobre las pruebas documental (artículo 1225) y de presunciones (artículo 1253) todos del Código Civil. Este motivo tiene tres partes, aunque todas se reducen a lo mismo, que no es otra cosa que combatir los hechos declarados probados por la sentencia de instancia. El documento privado de 27 de julio de 1987 es un precontrato bilateral de compraventa, llamado «promesa de venta» y el único contrato de compraventa es el celebrado posteriormente en escritura pública cuya compradora y adquirente del inmueble fue la señora Silvia, como así se declara acreditado. Igualmente, la sentencia de instancia declara probado que el precio lo pagó esta misma. En este documento privado figura un recibo a mano que el Tribunal *a quo* no ha estimado que constituya prueba del pago del precio por el demandante, recurrente en casación. El apartamento fue entregado en posesión, no como transmisión del dominio. El sujeto adquirente era «persona a designar». En definitiva, el documento privado de 27 de julio de 1989 no abona la posición del demandante, que no expone siquiera «las razones puramente formales» que le llevaron a colocar a otra persona como adquirente. Por tanto, no se

han infringido los artículos relativos a la compraventa. Tampoco los de la prueba: sobre el documento privado, no plantea tema de prueba, sino de calificación y del recibo el Tribunal ha negado, certeramente, todo valor probatorio; en cuanto a la prueba de presunciones, carece de sentido alegar la infracción de normativa sobre ella, cuando no ha sido empleada en la instancia (así lo expone resumiendo la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de 15 de noviembre de 2007). No se han infringido, pues, los artículos 1225 y 1253 del Código Civil y el motivo se desestima, que, realmente, en su desarrollo no hace sino insistir en su posición mantenida desde la demanda y volver a revisar la prueba (llega a decir, literalmente: «de la prueba aportada a autos quedó suficientemente acreditado que...») lo que queda lejos de la casación, cuya función no es sino controlar la aplicación correcta de la norma al caso declarado probado, pero no revisar éste, cual si fuera una tercera instancia.

UNIONES DE HECHO

Carácter común del premio de lotería cobrado por un conviviente al haberse acreditado que la compra del billete se hizo cuando convivía en pareja, y por ello se le condena por un delito de apropiación indebida.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Martín Pallín

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Erica y don Gaspar iniciaron en el año 1998 una relación de noviazgo, con convivencia incluida, que perduró hasta finales del mes de noviembre de 2003.

⊙ Durante el verano de ese año 2003, la pareja había encargado a un primo, don Álvaro, la compra en la localidad de Sort (Lleida) de un décimo de lotería para el sorteo que había de celebrarse en Madrid el 22 de diciembre de aquel año, encargo que cumplió el referido Álvaro, haciendo entrega del billete del décimo al acusado Gaspar abonando éste a aquél su precio de veinte euros con dinero procedente de los fondos comunes que desde el inicio de la relación compartían los novios, independientemente de la fuente e importe de los ingresos respectivos.

⊙ En el sorteo referido salió agraciado con el primer premio el número 42.473, cuya fracción 9.ª de la serie 121 se correspondía con la participación adquirida para Gaspar y su novia Erica, cuya tenencia había sido mantenida por Gaspar después de la separación de la pareja. El valor del premio para la participación adquirida era de 200.000 euros.

⊙ En la Nochebuena siguiente al sorteo Erica llamó por teléfono a Gaspar con el fin de confirmar el premio y tratar del cobro de su parte, hablando ya en esa ocasión con su padre, el también acusado Juan Ignacio, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien emplazó a Erica para el día siguiente en que se podría en contacto con ella para tratar el tema.

⊙ Que el día 26 ó 27 de diciembre Juan Ignacio y su esposa Carolina acudieron al domicilio de Erica, manifestándola que la correspondía una sexta parte del premio total asignado a la participación adquirida, atendido que el décimo premiado, según la refirieron, había sido integrado por Gaspar en un fondo común constituido entre Juan Ignacio, padre e hijo, Carolina y su hijo Plácido y también Constantino; fondo al que cada uno de los integrantes habría aportado un décimo adquirido por cada uno de ellos en distintos lugares, correspondientes al mismo sorteo, y en que únicamente habría resultado premiado el aportado por Gaspar, argumentando ya entonces Juan Ignacio que los cinco

integrantes del fondo habían decidido reconocer a Erica el derecho a una sexta parte del fondo, en lugar del derecho que le correspondería a la mitad de la quinta parte que habría de corresponder a su ex novio.

⊙ Con el fin de efectuar el abono del importe correspondiente a esa sexta parte de las cuentas de Erica, ésta facilitó a Juan Ignacio una copia de su DNI y un número de cuenta bancaria, quedando ya entonces en las dependencias de una entidad bancaria en la que se hizo la transferencia a su favor por un importe total de 33.333, 33 euros.

⊙ Erica interpuso denuncia penal y el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Arenys de Mar, instruyó Diligencias Previas con el núm. 167/2004, contra Gaspar, Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 8.ª que, con fecha 17 de enero de 2007, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento: «Fallamos: 1.º Que debemos de condenar y condenamos a los acusados Gaspar, Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino, como autor material el primero y como cómplices los otros, penal y civilmente responsables todos de un delito de apropiación indebida, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en ninguno de ellos, a la pena, a Gaspar, de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y multa de seis meses con una cuota diaria de diez (10) euros y una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas; y a Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino a la pena, a cada uno de ellos, de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y multa de tres meses con una cuota diaria de diez (10) euros, y una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas. 2.º condenamos a los acusados Gaspar, Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino al pago en favor de Erica de la cantidad de sesenta y seis mil seiscientos sesenta y seis euros con sesenta y siete céntimos de euros (66.666, 67), más los intereses legales, obligación de pago que será principal y directa respecto del acusado Gaspar y subsidiaria la de los restantes acusados quienes, en su caso, responderán solidariamente entre ellos. 3.º condenamos a los acusados Gaspar, Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino al pago conjunto y por iguales partes de las costas procesales causadas, incluidas las devengadas por la acusación particular. Aprobamos el Auto de solvencia de fecha 7 de diciembre de 2005 referida a todos los acusados».

⊙ Los acusados interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien absolvió del delito de apropiación indebida, como cómplices, a Juan Ignacio, Carolina, Plácido y Constantino.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia maneja varias pruebas de carácter personal ninguna de las cuales ha sido declarada nula o ilícitamente adquirida. Tampoco se esgrime documento alguno que conste en la causa y que por la vía del error de hecho en la apreciación de la prueba pudiera determinar la equivocación del juzgador. Por ello, descartando la existencia de vacío probatorio y de error documentalmente acreditado, nos centraremos, más adelante, en la valoración de la prueba que es el núcleo de la presente causa.

2. Sobre la tutela judicial efectiva.

Éste es el punto crucial que deber ser tratado con detenimiento ya que la falta de motivación de los hechos y del veredicto condenatorio nos llevarían a la anulación de la sentencia por falta de fundamentación suficiente lo que, en cierto modo, enlazaría con la presunción de inocencia.

Para abordar sistemáticamente la cuestión debemos sistematizar el contenido del hecho probado, examinando cuál es el soporte para configurar el delito de apropiación indebida por el que se formula la condena.

3. Sobre la valoración de la prueba y la tutela judicial efectiva.

En este punto la actividad desplegada por los redactores de la sentencia es intensa, manejando datos directos con los indicios que se desprenden de los demás elementos de prueba existentes en la causa.

Nadie discute la existencia de la relación de hecho ni la forma en que se adquirió el décimo. La cuestión nuclear gira en torno a la constitución del fondo común. Es decir, si se acredita que se formó con conocimiento y consentimiento de la denunciante, nada habrá que oponer a las tesis de la defensa.

La sentencia razona acertadamente que durante los cinco años que duró la relación, el régimen económico era asimilable al de la sociedad de gananciales que la sentencia califica como una comunidad de bienes sujeta a los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Por ello no existe duda que los veinte euros que entregó el acusado a su primo para pagar el décimo de lotería, procedían del fondo común. De tal manera que si no se hubiera esgrimido la existencia de un depósito de cinco décimos, la mitad de los 200.000 euros pertenecían a la denunciante.

Sobre la prueba de la existencia de un fondo de décimos de lotería la sentencia estima que se trata de una estratagema que se construye con posterioridad a la fecha del sorteo (22 de diciembre de 2003) y que responde a un propósito de privar a la denunciante de la parte que le correspondía, debido a que en el mes de noviembre se había producido la separación de la pareja.

La sentencia se vale para ello de indicios relevantes, adecuadamente valorados y lógicamente entrelazados. En primer lugar, no existe ni la menor constancia testifical, ni por supuesto documental, que acredite que la puesta en común de los décimos, se fragua antes de la separación de la pareja. Asimismo tampoco existe prueba de que, desde noviembre de 2003, hasta la fecha del sorteo se pueda acreditar que quizás como represalia o por cualquier otro motivo se hubiera decidido poner en común los décimos con participación de dos personas ajenas al círculo familiar.

En todo caso, para esta decisión era necesario el consentimiento de la denunciante, copartícipe del décimo, que después resultó premiado. Ninguna prueba testifical o documental directa o indirecta puede acreditar que la denunciante diera su aquiescencia a esta decisión.

Resulta especialmente revelador, el hecho de que los componentes del fondo de lotería no supiesen, ninguno de ellos, ni el lugar de compra ni el número del décimo que decían haber aportado y mucho menos que alguien se hiciese cargo del depósito.

En consecuencia, la Sala termina razonando que todo fue una maniobra posterior al premio con objeto de privar a ésta de la parte que realmente le correspondía.

4. Sobre la existencia de los componentes o elementos integrantes del delito de apropiación indebida.

El acusado era el depositario de un título al portador con expectativas de ser agraciado con una cantidad de dinero, lo que le obliga en cumplimiento de su condición, custodiar el décimo y hacerlo efectivo. Tratándose de un título compartido pro indiviso, una vez cobrado, su condición de depositario se convertía también en el de gestor del cobro y responsable del reparto.

Lejos de cumplir estas obligaciones urde una trama, en cierto modo ingeniosa, que consiste esgrimir un imaginario fondo de lotería, muy habitual en esos sorteos, para así defraudar las legítimas expectativas y derechos de la denunciante a la mitad de lo que le correspondía.

Nos encontramos ante una operación de apoderamiento, en beneficio propio y perjuicio ajeno, lo que integra el elemento subjetivo del ánimo de lucro.

En cuanto a los que han sido condenados como cómplices, es evidente que su participación es relevante e incluso insustituible en la trama montada para privar a la denunciante de parte de sus derechos. No en vano fueron acusados de cooperadores necesarios, condición que no apreció la Sala sentenciadora.

Ahora bien, la complicidad se manifiesta como penalmente relevante cuando se actúa o colabora con actos anteriores o simultáneos a la ejecución del delito. En este caso, es crucial y determinante fijar, aunque sea aproximadamente, el momento en que surge la idea delictiva del apoderamiento. El momento inicial debemos situarlos necesariamente en la fecha del sorteo ya que es evidente que si el décimo no hubiera resultado premiado no estaríamos ante este proceso penal.

Admitiendo como fecha final del proceso delictivo, el 26 ó 27 de diciembre, día en el que la sentencia declara probado que se produjo la entrevista de los padres del acusado con la denunciante para

decirle que existía un fondo de lotería y que sólo le correspondía una sexta parte.

Es evidente que para consumar el propósito apropiatorio era necesaria la colaboración instrumental de los cuatro acusados. Ante el silencio creemos que actuaron despojados de cualquier ánimo de lucro, dato al que nunca se hace referencia en la sentencia. Difícilmente se puede considerar su complicidad sino en la construcción del imaginario fondo. Ello supone un ánimo apropiatorio del acusado que decidió apoderarse de una parte del premio que no le correspondía, consumando su propósito en la fecha en que negó a la denunciante el pago de la mitad y le dijo que hablara con sus padres.

A los condenados por colaborar en el montaje de la operación que trata de consumar la apropiación se les condena como cómplices, habiendo sido acusados, como se ha dicho, de cooperadores necesarios, lo que nos obliga a examinar la adecuada calificación de su aportación al hecho delictivo que estamos examinando.

El cómplice aporta al hecho delictivo en la fase de preparación o, en casos, en la fase de ejecución. Se caracteriza por un protagonismo secundario que no es imprescindible, en sí mismo, para la ejecución del hecho delictivo pero facilita o contribuye a su más fácil y perfecta ejecución.

El elemento cronológico de la aportación o contribución a la causa criminal es importante ya que el Código Penal exige la colaboración con actos anteriores o simultáneos, nunca posteriores a la ejecución ya que en este caso nos situaríamos en el espacio que anteriormente se reservaba a los encubridores genéricos y ahora se circunscribe a la figura específica del encubrimiento de los artículos 300 y siguientes.

La jurisprudencia de esta Sala ha deslindado con perfección los puntos de contacto entre la cooperación necesaria y la complicidad. Por todas, citaremos la Sentencia de 2 de septiembre de 2003 en la que se dice que debe apreciarse la cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido. Es decir, cuando se colabora de una manera decisiva de tal modo que sin esta aportación el delito sería difícilmente o imposible de cometer.

El cooperador necesario acredita su imprescindibilidad cuando dada la estructura del hecho delictivo se puede sostener, sin vacilaciones, que si retira su aportación, la ejecución es imposible.

En el caso que nos ocupa, es incuestionable que si los cooperantes no se prestan a montar el artificio del fondo de reparto de décimos, en el caso de que tocase algún premio, la apropiación hubiera devenido imposible por lo que su aportación no es secundaria ni de carácter accidental como sostiene la sentencia recurrida.

En consecuencia, y no pudiendo retrotraerse las actuaciones al momento de dictar sentencia nos encontramos ante la necesaria casación de la complicidad atribuida, sin que podamos aplicarles la cooperación necesaria o coautoría que se solicitaba por las acusaciones.

Por lo expuesto los motivos deben ser estimados parcialmente.

EFICACIA CIVIL DE RESOLUCIONES ECLESIÁSTICAS

Acreditado que la esposa fue citada en forma en el procedimiento eclesiástico y que voluntariamente decidió no comparecer, procede declarar la eficacia civil de la sentencia de nulidad canónica, sin que sea obstáculo para ello la alegación efectuada por aquélla en cuanto a que no puede distinguirse entre rebeldía voluntaria e involuntaria a los efectos del artículo 954 LEC, dado que la rebeldía voluntaria está amparada por el principio de libertad religiosa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

El Juzgado núm. 4 de Torrent dictó Auto de 14 de octubre de 2005 en el proceso civil de ejecución núm. 63/2005, cuya parte dispositiva dice: «Se sobreseen las actuaciones con reserva de acciones civi-

les, quedando a salvo el derecho de las partes y del Ministerio Fiscal para formular sus pretensiones del procedimiento correspondiente, poniendo en las actuaciones certificación del mismo».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Valencia, dictó Auto el 18 de octubre de 2006 estimando el recurso y revocando el auto dictado por el Juzgado, acordó declarar eficaces en el orden civil las Sentencias canónicas del Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Valencia de 10 de noviembre de 1999 y la del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de 3 de mayo de 2000, confirmatoria de la primera, que declararon nulo el matrimonio celebrado el día 4 de septiembre de 1993 entre el actor y la demandada, y que en consecuencia debe librarse oficio al Registro Civil de Alaquás para la inscripción de la nulidad.

⊙ El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado desestimó la petición de reconocimiento de eficacia civil a las sentencias eclesiásticas en base a no reunirse los requisitos previstos en el artículo 954 de la LEC de 1881. La AP de Valencia estimó el recurso con la siguiente fundamentación jurídica: «En el caso que se somete a la decisión del Tribunal el actor pide se reconozca la eficacia civil de las Sentencias canónicas dictadas por el Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Valencia el día 10 de noviembre de 1999, y por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de 3 de mayo de 2000, que declararon nulo el matrimonio canónico con la demandada «por falta grave de libertad interna en el esposo»; se trata por lo tanto de pronunciamientos recaídos a consecuencia del ejercicio de una acción personal, que pretendía se declarara la nulidad del matrimonio; la obligación para cuyo cumplimiento se ha procedido es lícita en España pues las sentencias canónicas declaran nulo un matrimonio por falta grave de libertad interna en el esposo, institución equivalente a la nulidad por falta de consentimiento matrimonial, prevista en el artículo 73.1.º CC; las sentencias eclesiásticas reúnen los requisitos necesarios para ser consideradas auténticas, y no ha sido planteada tacha de autenticidad alguna; y, por lo que respecta a la ausencia de la demandada, que no compareció en el proceso como literalmente reconocen la sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico de Valencia (folio 16), y la del Tribunal de la Rota (folio 21), debe resaltarse que como ha certificado el notario actuario del Tribunal Eclesiástico (folios 40 y 41) se le dio traslado de la copia del escrito de demanda, del Decreto de constitución del Tribunal, del de admisión de la demanda y la cédula de citación y emplazamiento, así como la citación para la sesión de fijación de la fórmula de dudas y para la confesión judicial; su rebeldía fue voluntaria, y no consecuencia del desconocimiento involuntario del proceso, distinción que ha sido consagrada legalmente en el artículo 34.2 del Reglamento del Consejo 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, y en el artículo 22.b) del Reglamento del Consejo 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, en relación al reconocimiento de sentencias extranjeras; la demandada tuvo conocimiento de esta pretensión del actor, y en consecuencia, no existía infracción del derecho de audiencia y defensa, que es lo que trata de impedir el requisito del artículo 954.2.ª LEC 1881. Se cumplen por lo tanto todas las condiciones del artículo 954 de la anterior LEC, en vigor en virtud de la disposición derogatoria 1.3.ª LEC de 7 de enero de 2000. Por último, la redacción del artículo 778.1 de la vigente LEC permite que, si no se pide la adopción o la modificación de medidas, incluso en caso de oposición (en este caso planteada por el Ministerio Fiscal), pueda acordarse por el juez que la resolución canónica es eficaz, decisión contra la que cabe recurso de apelación conforme al artículo 455.1, pues se trata de un auto definitivo».

En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por el Ministerio Fiscal se formula el siguiente motivo de casación: «Motivo primero y único». Infracción legal que se considera cometida: Se han infringido las siguientes disposiciones legales aplicables para resolver las cuestiones del proceso: El artículo 80 CC que dispone: «Las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad matrimonial canónica o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declara ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente conforme

a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 LEC». El artículo 954 de la anterior LEC en vigor en virtud de la disposición derogatoria 1.3.ª LEC, de 7 de enero de 2000, que dispone: «Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: (...) 2.ª Que no haya sido dictada en rebeldía. (...)».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente: «El auto recurrido se opone a la jurisprudencia que establece la aconfesionalidad del Estado español como principio establecido en el artículo 16.2 CE, al recoger lo proclamado en artículo 18 DUDH de 1948, que proclama la libertad religiosa. El término ausencia que utiliza el Derecho procesal canónico tiene el mismo alcance que el término rebeldía a que alude el artículo 954.2 LEC. Esto implica no diferenciar entre rebeldía voluntaria o involuntaria. A la primera la ampara el principio de libertad religiosa y de aconfesionalidad del Estado. En el segundo supuesto juega el principio de tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 CE. Respecto a resolución eclesiástica de nulidad canónica que hubiese sido dictada en ausencia-rebeldía de una de las partes no ha lugar al reconocimiento de efectos civiles por no concurrir una de las condiciones a que se refiere el artículo 954 LEC 1881. Cita la STS de 27 de junio de 2002, cuyo fundamento de derecho primero, párrafo segundo, transcribe. El auto impugnado se opone a la doctrina establecida en esta sentencia. El supuesto de hecho es idéntico. La posición de la demandada es la misma: ausente del procedimiento. Sin embargo las conclusiones son diferentes, ya que reconoce efectos civiles a la resolución canónica dictada en rebeldía, al considerar que la misma fue voluntaria, al haber tenido conocimiento del escrito de demanda, recibiendo la cédula de citación y emplazamiento, por lo que considera que no existía infracción de los principios de audiencia y defensa y por tanto no considera infringido el artículo 954 LEC en su apartado segundo. Cita la STS de 23 de marzo de 2005, núm. 210/2005, recurso 132/2002, cuyos fundamentos de derecho primero, párrafos tercero y cuarto, transcribe. Los razonamientos transcritos *obiter dicta* forman doctrina del Tribunal Supremo a los fines derivados del artículo 1.6 CC. Aun cuando el supuesto de hecho es el reconocimiento de los efectos civiles de una resolución canónica de nulidad, difiere en cuanto al análisis de la rebeldía, que no se contempla. En consecuencia, viene a reconocer efectos civiles a la misma, por considerarla ajustada al Derecho del Estado. La doctrina que sirve de base a la distinción entre rebeldía voluntaria e involuntaria son los argumentos en que se afirma la aconfesionalidad del Estado español y libertad religiosa recogidos en ella y sirven de base para que no se pueda obligar una parte a que se atenga a las consecuencias de un proceso canónico matrimonial, ya sea por sus convicciones o incluso por su interés. Transcribe el fundamento jurídico primero del auto recurrido. El auto llega a la conclusión de que la rebeldía es voluntaria al constar por certificado del notario actuario del Tribunal eclesiástico que se le dio traslado de la copia del escrito de demanda y otras actuaciones, así como la citación y el emplazamiento, y debe diferenciar sede la involuntaria derivada del no conocimiento del proceso. Argumenta que esta distinción ha sido consagrada legalmente en el artículo 34.2 del Reglamento del Consejo 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, el artículo 22.b) del Reglamento del Consejo 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, en relación al reconocimiento de sentencias extranjeras. No llega, sin embargo, a aplicarlos al caso debatido, ya que en atención a los mismos se hubiese requerido no sólo el traslado de la demanda, sino que ésta se hubiese hecho con suficiente antelación para que el demandado pudiera organizar su defensa. Ello no obstante, el fundamento de la resolución radica en la no infracción de los principios de audiencia y defensa por considerar que no se ha vulnerado el artículo 954.2 LEC. Da lugar al reconocimiento de efectos civiles de la resolución canónica. La parte recurrente considera que esta doctrina se opone a la jurisprudencia a la que se hecho referencia. En relación con el mismo supuesto de reconocimiento de efectos de una resolución canónica de nulidad, la parte demandada no compareció en la jurisdicción eclesiástica, estuvo ausente del proceso, y si esta situación se produjo contra su voluntad por haber sido citada o emplazada en forma o por principios ideológicos o de conveniencia, tendría en cualquier caso el mismo efecto: no le afecta la resolución canónica al estar dictada en rebeldía y no cumplir el requisito del apartado 2.º del artículo 954 LEC. A la rebeldía voluntaria la ampara el principio de aconfesionalidad del Estado y el principio de libertad religiosa consagrado en el artículo 16.2 CE.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo con base en la siguiente fundamentación jurídica:

A) El artículo 80 CC, al regular la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado se remite a las condiciones a que se refiere el artículo 954 LEC 1881. El artículo 954.2.º LEC 1881, declarado vigente por la Disposición Derogatoria Única.1.3.ª, LEC 2000, establece, como una de las circunstancias que debe reunir la sentencia dictada por un tribunal extranjero para

tener fuerza en España, la de «que no haya sido dictada en rebeldía».

Esta Sala, con carácter general, ha perfilado una doctrina jurisprudencial en relación con el expresado requisito. Ha contemplado específicamente los casos en que la falta de presencia del demandado es involuntaria, por no haber sido debidamente citado y emplazado con arreglo a las normas que regulan el proceso o por haberlo sido de manera irregular o con tiempo insuficiente para preparar su defensa, y ha declarado que esta modalidad de rebeldía, por cuanto obedece a un impedimento para el adecuado respeto de los derechos de defensa, es la única que constituye un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia extranjera. Este supuesto ha sido distinguido de los casos en que el demandado no comparece voluntariamente, ya sea porque no reconoce la competencia del Juez de origen, ya sea porque no le conviene o, simplemente, porque deja transcurrir los plazos para la personación (AATS, entre otros, de 25 de febrero de 1985, 28 de mayo de 1985, 7 de abril de 1998, 13 de junio de 1988, 1 de junio de 1993, 28 de octubre de 1997, 23 de diciembre de 1997, 17 de febrero de 1998, 2 de febrero de 1999, 22 de junio de 1999, 7 de septiembre de 1999, 28 de septiembre de 1999, 16 de mayo de 2000, 19 de septiembre de 2000, 3 de octubre de 2000, 10 de noviembre de 2002).

Esta doctrina ha sido considerada conforme a la Constitución por la STC 43/1986, de 15 de abril.

Posteriormente, la distinción entre rebeldía voluntaria e involuntaria ha sido expresamente consagrada por reglamentos comunitarios directamente aplicables por los jueces nacionales y que disponen de la fuerza vinculante que les otorga el principio de supremacía sobre el Ordenamiento interno. Los principios recogidos en estos reglamentos comunitarios deben ser tenidos en cuenta por su valor hermenéutico, aun cuando dichas normas no sean aplicables por razones temporales al objeto de este proceso.

El Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre, aun cuando excluye de su ámbito de aplicación el estado y la capacidad de las personas físicas y los regímenes matrimoniales, establece, entre otras circunstancias, que no se reconocerán las resoluciones dictadas en un Estado miembro en los demás Estados miembros «cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo» (artículo 44.2).

En el ámbito al que se refiere el objeto de este proceso (aunque no resulte aplicable al mismo por razones temporales), el Reglamento 2201/2003/CE, aplicable, entre otras, a las materias civiles relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, expresa que tales resoluciones no se reconocerán [artículo 22.b)] «si, habiéndose dictado en rebeldía del demandado, no se hubiere notificado o trasladado al mismo escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que conceda forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución».

Según el artículo 63 del expresado Reglamento, éste resulta aplicable al «Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos».

B) Resulta, pues, indudable que la interpretación restrictiva de la rebeldía como obstáculo al reconocimiento de una sentencia extranjera, ceñida a los casos en que ésta ha tenido lugar con carácter involuntario, está en relación con la protección del derecho al proceso debido y, en nuestra Constitución, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el principio de la seguridad jurídica en el ámbito internacional; ha sido introducida por la jurisprudencia en la interpretación del artículo 954 LEC 1881; es aceptada por la jurisprudencia constitucional; y deriva hoy de reglamentos comunitarios que se imponen sobre el Derecho interno y, aun cuando no son aplicables al caso enjuiciado, deben servir para orientar su interpretación.

Uno de los mencionados reglamentos, en efecto, no es aplicable al objeto de este proceso y el otro entró en vigor con posterioridad a las resoluciones eclesiásticas. Sin embargo, dichas normas comunitarias expresan sin duda un principio que va más allá de su ámbito de aplicación y debe ser aceptado en el Derecho interno, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia interpretativa, dada la conexión que guarda con los principios de protección del derecho a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica en el ámbito internacional, según ponen de relieve las resoluciones jurisprudenciales antes reseñadas que establecen dicha interpretación con carácter general.

C) La asimilación de las sentencias eclesiásticas a las extranjeras impone al juez que las homologa actuar conforme al principio de plena jurisdicción del juez español para decidir acerca de los efectos civiles de las sentencias eclesiásticas, reconocido por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, en efecto, ha reconocido la plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales en el orden civil, en cuanto exigencia derivada del derecho a la tutela judicial que se califica por la nota de la efectividad (artículo 24.1 CE),

y ha afirmado que los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas, regulados por la Ley civil, son de la exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales civiles, como consecuencia de los principios de aconfesionalidad del Estado (artículo 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3 CE) (SSTC 1/1981, de 26 de enero, 6/1997, de 13 de enero, FJ 6, y 38/2007, de 15 de febrero, FJ 7).

Este principio permite al juez civil rechazar el reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones canónicas de nulidad cuando advierte, entre otras circunstancias, que la petición de reconocimiento de efectos civiles se verifica con abuso del derecho o fraude procesal o, en definitiva, se funda en causas contrarias al orden público estatal [artículo 22, letra a) del Reglamento 2201/2003/CE y artículo 954.3.ª LEC 1881] o las resoluciones cuya eficacia se pretende resultan «inconciliables con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido» [artículo 22, letra d), del Reglamento 2201/2003/CE] o, en suma, concurre cualquier otra circunstancia que anuda a dicho reconocimiento la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o de otro derecho fundamental.

Puede resultar, como defiende el Ministerio Fiscal, invocando la Sentencia de esta Sala de 27 de junio de 2002, que obligar a una persona a someterse a una jurisdicción confesional, como es la eclesiástica, en contra de sus convicciones religiosas, vulnere el derecho a la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE) o de libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículos 18 DUDH, 18 PIDCP y 9 CEDH). La libertad de conciencia supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma (STC 15/1982, de 23 de abril). Los derechos fundamentales son directamente aplicables y la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (SSTC 53/1985 y 160/1987).

Sin embargo –en conexión con la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación del artículo 954.2.º LEC 1881–, la existencia de un Reglamento comunitario, directamente aplicable en los Estados miembros de la Unión, que impone la necesidad de restringir el concepto de rebeldía a la que tiene lugar con carácter voluntario, como causa obstativa al reconocimiento de una resolución eclesiástica amparada en el Acuerdo entre España y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 1979 y en el artículo 80 CC, impide considerar dicha rebeldía con carácter abstracto y general como impeditiva del reconocimiento de efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas e impone una matización en la doctrina de la sentencia invocada por el Ministerio Fiscal como fundamento de su recurso, la cual fue dictada con anterioridad a la promulgación de las normas comunitarias.

D) Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos (SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994, 55/1996 y ATC 1227/1988).

La libertad ideológica, como ocurre con los restantes derechos fundamentales, no es un derecho absoluto. Para apreciar que la libertad ideológica y religiosa justifica el incumplimiento de la carga de comparecer ante los tribunales eclesiásticos y, con ello, impide reconocer efectos civiles a la resolución dictada, como excepción a lo que establecen las normas de rango legal aplicables en el Derecho interno, es menester valorar las circunstancias que concurren en cada caso para examinar si se ha alegado de manera razonable la existencia de unas convicciones de la persona que hagan incompatible la comparecencia ante el tribunal eclesiástico con su libertad ideológica o religiosa, y valorar su trascendencia teniendo en cuenta la afectación concreta del derecho, los efectos negativos que conlleva la omisión de la carga de comparecer y la ponderación de estas circunstancias frente a los restantes valores y derechos constitucionales que puedan estar en juego (dado que los límites de la libertad religiosa radican en la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas: artículos 16.1 CE y 3.1 LOLR, o en «los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente»: SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4; 154/2002, de 18 de julio, FJ 7 y 296/2005, FJ 4), entre los que figura el derecho a la tutela judicial efectiva inherente al reconocimiento de la eficacia de sentencias eclesiásticas si se reconoce por el Ordenamiento interno (STC 66/1982, de 10 de diciembre), teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, que la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incomparecencia ante dichos tribunales.

Resulta, así, que la doctrina fijada en la sentencia que acabamos de referirnos no puede tener, con arreglo al contexto normativo que procede tomar en consideración, una aplicación abstracta, sino que su aplicación debe quedar reservada a los supuestos en que el juicio de ponderación tras la alegación de las convicciones religiosas o ideológicas que se estiman relevantes para justificar la incomparecencia concluya en la existencia de una afectación del derecho a la libertad ideológica o religiosa no justificada por la prevalencia de otros derechos o intereses protegidos por la Constitución.

E) No es éste el caso que se plantea el supuesto cuyo enjuiciamiento se somete a esta Sala. Esta Sala advierte que la Audiencia Provincial, junto con los restantes requisitos impuestos por el artículo 954 LEC 1881, examina con plena jurisdicción el alcance de la resolución dictada por los tribunales eclesiásticos, observando que la causa de la nulidad pronunciada es análoga a otra recogida en nuestro Código Civil y, en consecuencia, no puede considerarse contraria al orden público; y que examina, asimismo, detalladamente las circunstancias en que ha tenido lugar el emplazamiento de la persona que no ha comparecido ante los tribunales eclesiásticos, para deducir razonablemente que su rebeldía es voluntaria.

Por otra parte, no aparece que se haya alegado en ningún momento que el reconocimiento de la resolución canónica se haya solicitado con carácter abusivo o fraudulento ni que la resolución dictada sea inconciliable con una resolución de la jurisdicción civil de carácter interno; y no se advierte que la parte que pudiera resultar afectada haya invocado en ningún momento que la comparecencia ante el tribunal eclesiástico afecte a su libertad ideológica o religiosa; antes bien, en el proceso de reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones canónicas ni siquiera compareció para formular alegaciones, ni lo ha hecho en este recurso de casación.

SUCESIONES

La donación efectuada por la causante a una hija es un bien colacionable sin que la prescripción adquisitiva alegada por la demandada (por haber poseído el inmueble durante más de treinta años) pueda amparar el desequilibrio de los herederos forzosos en punto a su derecho legitimario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Beatriz promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Montserrat, cuantía sobre partición hereditaria, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «Se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se hagan los siguientes pronunciamientos: 1.º) Se declare que la demandada, junto a la actora y como únicas y universales herederas de su fallecida madre doña Sara, viene obligada a realizar cuantas operaciones adicionales sean necesarias (inventario, avalúo, etc.) en orden a completar la partición hereditaria de la causante. 2.º) Se declare que la demandada viene igualmente obligada a, dentro de la citada partición hereditaria, colacionar la donación del inmueble recibido en su día de manos de la causante. 3.º) Se declare que la demandada también viene obligada a rendir cuenta a la actora de la administración de la herencia desde el fallecimiento de la causante en diciembre de 1985, hasta la actualidad. 4.º) Se condene a la demandada a que, estando y pasando por las tres declaraciones anteriores: a) Proceder conjuntamente con la actora a adicionar y completar las operaciones particionales de la herencia causada tras el fallecimiento de su madre. b) Traer a la masa hereditaria el valor del inmueble que recibió por donación de la causante, al tiempo en que se evalúen los bienes

hereditarios, y, c) Hacer pago a la actora de la cantidad que prudencialmente se fije en sentencia, como correspondiente al 50% como coheredera, de las rentas y frutos de los bienes hereditarios desde el fallecimiento de la causante en 1985, hasta la actualidad, y en razón de una cantidad de pesetas a tanto alzado por cada uno de los años transcurridos y a la vista de lo que resulte en fase de prueba. 5.º) Se condene a la demandada al pago de todas las costas procesales».

- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, se opuso a ésta y formuló, a su vez, demanda reconvencional suplicando al Juzgado: «Dictar en su día sentencia, desestimando la demanda, y dando lugar a la reconvención, declarar que doña Montserrat es dueña por prescripción de la casa sita en Xátiva, AVENIDA000, núm. NÚM000, finca núm. NÚM001 del Registro de la Propiedad de Xátiva, así como del derecho de arrendamiento y turronería que fue instalado en la AVENIDA000 núm. NÚM002 también de Xátiva, declarando asimismo que los únicos bienes pendientes de repartir de la herencia de doña Sara son las ochenta y nueve acciones de la entidad "JIJONA, SA" a que se contrae el inventario de los bienes de la herencia de don Carlos Francisco acompañada al escrito de demanda bajo núm. 9 y la contestación bajo núm. 6, desestimando el resto de pedimentos de la demanda, con imposición de costas».

- Evacuando el traslado conferido, la actora contestó a la reconvención, suplicando al Juzgado: «(...) Dictar sentencia por la que, acogiendo y estimando íntegramente la demanda inicial se rechace y desestime la reconvención, todo ello con expresa imposición de costas sobre la parte demandada inicial y demandante reconvencional».

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Xátiva dictó Sentencia el 26 de octubre de 1998 desestimando tanto la demanda principal como la reconvencional.

- En Grado de apelación, la Sec. 8.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 15 de mayo de 2000 estimando parcialmente el recurso interpuesto por doña Beatriz y revocando la sentencia del Juzgado declaró que ha de procederse a completar la partición hereditaria de los bienes de los que son herederas universales las partes intervinientes en este pleito, y que la demandada viene obligada dentro de dicha partición a colacionar el inmueble recibido en su día de la causante, desestimando el resto de los pedimentos de la demanda.

- Doña Montserrat interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión litigiosa queda centrada principalmente en casación en la determinación de si es o no colacionable en la herencia de la causante el inmueble, sito en la ALAMEDA000 número NÚM003 de Játiva, que fue donado por la madre de la demandada a ésta, fallecida la progenitora el 18 de diciembre de 1985, mediante escritura de 9 de julio de 1965, donde se hace constar expresamente que la donación de la nuda propiedad se hace en concepto de pago y adelanto de los derechos de la hija donataria en la herencia de la madre donante en primer lugar y en pago de la legítima corta y en cuanto al exceso como mejora expresa con cargo sucesivo a los tercios de libre disposición y de mejora, declarando la donante reservarse bienes bastantes a su decorosa subsistencia y no estimar inoficiosa la donación.

Sostiene la recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial ha inaplicado el artículo 1959 del Código Civil, en relación con los artículos 1941 y 447 del mismo ordenamiento, así como la doctrina jurisprudencial que los interpreta, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha considerado que doña Montserrat ha poseído, en concepto de dueña, el inmueble del PASEO000 número NÚM003 de Játiva, cuyo valor se pretende colacionar, desde la fecha de la donación, 9 de julio de 1965, hasta el momento de presentación de la demanda iniciadora de estas actuaciones, en el año

1997, por lo que han transcurrido treinta y dos años de posesión en concepto de dueña y sin interrupción alguna, y si bien se adquirió el dominio por donación, se ha consolidado, además, por prescripción adquisitiva extraordinaria, en base al precepto antes mencionado y las circunstancias acreditadas en autos y no impugnadas de contrario; y otro, por inaplicación del artículo 1957, en relación con los artículos 1953, 1954, 1963 y 1969, todos del Código Civil, ya que, según reprocha, la sentencia de la Audiencia no ha valorado que, en el supuesto de autos, se dan todos y cada uno de los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial, para la adquisición del bien mediante la prescripción ordinaria del dominio en favor de la recurrente, cuya forma de adquirir no viene a sustituir al modo de acceder a la propiedad del inmueble de referencia merced a la donación, sino a agregarse a la misma para consolidarla y otorgarle mayor fuerza y protección– se examinan conjuntamente y se desestiman porque, aparte de la recurrente no ha poseído en concepto de dueña la finca de que se trata, sino de nuda propietaria, hasta el fallecimiento de la donante, el instituto de la prescripción, como ha sentado la Sentencia de 23 de junio de 1994, no puede apoyar el desequilibrio de los herederos forzosos en punto a su derecho legitimario y por ello la colación, en orden al valor de los bienes al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, según el artículo 1045 del Código Civil, no atañe a la propiedad en sí misma considerada del bien inmueble como conforma dicho precepto en su segundo párrafo.

En otros motivos alega la recurrente la inaplicación del artículo 818 del Código Civil, en relación con los artículos 1035 y 1045 de dicho Cuerpo Legal y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, debido a que, según censura, la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el tracto a seguir para la determinación de la legítima, que, según la jurisprudencia, se desarrolla mediante los siguientes actos: a) fijación del valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador; b) determinación del valor líquido de dichos bienes; c) agregación del valor contable de las donaciones colacionables; y d) deducción o agregación, en su caso, del deterioro o aumento físico del valor de la donación con cargo al donatario; y, sobre ese particular, reseña las SSTS de 27 de febrero y 21 de abril de 1997, con la indicación de que la posición aludida concreta la necesidad y el orden de valores y magnitudes a determinar, a lo que se acoge la sentencia del Juzgado, para rechazar la demanda por falta de prueba del patrimonio hereditario y su valor, ni el correspondiente al bien donado al tiempo de la tasación y de la donación para computar, con arreglo al segundo párrafo del artículo 1045 del Código Civil, los deterioros o mejoras que con posterioridad a la donación puedan haber afectado al inmueble, que resultarían a cargo de la donataria, por lo que resulta palmaria la infracción por la sentencia recurrida del precepto y jurisprudencia citados; y en definitiva, según la recurrente, el Tribunal Supremo ha sentado que para declarar la colación del valor de un bien donado a efectos de cómputo de la legítima y de la correspondiente partición hereditaria, es preceptiva la previa declaración de inoficiosidad de la donación, y, para llegar a esta declaración, resulta imprescindible la determinación de los valores a que nos hemos referido, extremos que en el supuesto litigioso no se han producido por falta de prueba y de pronunciamiento de la sentencia de instancia, por lo que acordar la colación de los bienes en esas circunstancias resulta no ajustado a derecho; y otro, por inaplicación del artículo 1036 del Código Civil, en relación con el artículo 819, ambos del Código Civil, debido a que, según aduce, la sentencia recurrida parte de errar al entender que la donación ha sido declarada como inoficiosa, cuando tal manifestación no se ha producido en momento alguno, pues, al contrario, el único documento donde se hace mención a la inoficiosidad es en la escritura de su otorgamiento, donde la donante manifiesta «no estimar inoficiosa la donación», por lo que claramente la causante está excluyendo el valor del bien donado de la colación pretendida y estimada por la resolución recurrida, y dicho error de apreciación afecta y condiciona directamente la parte dispositiva de la resolución impugnada, ya que incide, en contra de la viabilidad jurídica de la sentencia traída a casación, en la ausencia en los autos de la valoración del patrimonio hereditario y demás circunstancias expuestas en los motivos anteriores, de modo que, excluida la colación del valor del bien donado por voluntad de la donante, causante de la herencia, como regla general según el tenor del antes indicado precepto, cabe como excepción que la donación deba reducirse como inoficiosa, pero si ello no se ha declarado y resultó indeterminado el valor del bien donado al tiempo de la donación, también el de las mejoras o deterioros sufridos en el inmueble, con posterioridad a dicho acto de disposición y, en consecuencia, no ha resultado fijado al tiempo de la evaluación, no puede declararse que el bien donado debe estar sujeto a colación– se examinan conjuntamente y se desestiman por las razones que se dicen seguidamente.

Sobre las cuestiones objeto de este motivo, la sentencia recurrida ha razonado lo expresado en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho segundo de esta resolución, que, en evitación de repeticiones, damos aquí por reproducido. Esta Sala tiene declarado que «la cuestión litigiosa que aquí se debate no viene referida al ejercicio de acciones en protección de las legítimas, sino a otro problema e institución distinta, cual es la obligación que en ciertos casos tienen los herederos de colacionar

los bienes que hubieren recibido anticipadamente de su causante. La reducción de las obligaciones realizadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código Civil, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria. (...). Así pues, moviéndonos específicamente dentro de la colación ya hemos visto que el artículo 1035 del Código Civil se refiere a que el heredero, para que tenga la obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación, u otro título gratuito» (STS de 17 de marzo de 1989).

Asimismo, esta Sala ha declarado que el párrafo primero del artículo 1045, tanto desde un punto de vista finalista, como desde otro conceptualista, permite una hermenéusis literal, que no admite la mínima duda, y ello desde el instante mismo que es lógico y sobre todo justo que la frase «al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios» significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición –como es el caso– no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá llevar a cabo en el momento de practicarla (SSTS de 20 de junio de 2005 y 22 de febrero de 2006).

También, desde la posición seguida por la STS de 21 de abril de 1990, procede señalar que la resolución de instancia, al computar las donaciones hechas a una de las hijas por el causante para calcular el montante total de la herencia, y de ahí llegar al de los tercios de legítima, mejora y libre disposición, no ha vulnerado el artículo 818, por entender el término «colacionables» en un sentido amplio que permite incluir en el mismo todas las donaciones hechas, sin perjuicio de que pudiesen o no resultar inoficiosas, para cuya declaración es preciso, como paso previo, el cálculo del montante total hereditario.

Por último, la STS de 19 de julio de 1982 ha precisado que «la colación de bienes, como operación previa a la partición de la herencia, definida en el artículo 1035 en su sentido estricto, tiene una acepción más amplia, referida a la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas».

Las posiciones jurisprudenciales recién expuestas, de aplicación al supuesto debatido, provocan el perecimiento de ambos motivos.

El motivo sexto del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– por inaplicación del artículo 646, en relación con los artículos 654 y 4.1, todos del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial que interpreta la caducidad de la acción, por cuanto que, según acusa, la pretensión de la demandante consiste en que se reduzca la donación efectuada en su día a la demandada, que fue aceptada por la sentencia recurrida, y, además, está sometida al plazo de caducidad establecido en el artículo citado, y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita, pero el Juzgador de apelación debió apreciar de oficio, para seguridad del tráfico jurídico, la caducidad de la acción ejercitada por la iniciadora del juicio y, no obstante, no lo hizo– se desestima porque carece manifiestamente de fundamento, al introducir una cuestión que nada tiene que ver con el objeto del juicio, toda vez que el artículo 646 determina que «la acción de revocación por superveniencia o supervivencia de hijos prescribe por el transcurso de cinco años, contados desde que se tuvo conocimiento del nacimiento del último hijo o de la existencia del que se creía muerto», cuya «acción es irrenunciable y se transmite, por muerte del donante, a los hijos y sus descendientes», y esta acción no ha sido esgrimida por la actora y es ajena al objeto del presente juicio.

El motivo séptimo del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– por transgresión de la doctrina jurisprudencial establecida en las Sentencias de 18 de abril de 1994 y 4 de julio de 1960, entre otras, por efecto de que, según manifiesta, la sentencia impugnada no ha valorado que ha resultado probado que doña Montserrat ha poseído el inmueble donado durante treinta y dos años, en concepto de dueña, con justo título y buena fe (desde 1965 fecha de la donación, hasta 1997, fecha de la interposición de la demanda), así como también que esa posesión se ha ejercitado con exclusividad por parte de la donataria, o sea, no en pro indiviso o de consuno con la actora; y a la vista de estos antecedentes, procedía la aplicación de la doctrina contenida en las citadas sentencias, ya que la imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición de la herencia entre coherederos, requiere un presupuesto obligado, que no se ha dado en el caso debatido, y que es exigido por la doctrina jurisprudencial mencionada, relativo a que la posesión en común y pro indiviso por los coherederos litigantes de los bienes hereditarios cuya partición se pretende, pues a la prescripción adquisitiva a favor de la litigante pasiva sobre el inmueble en cuestión, se une, de una parte, la caducidad de la acción ejercitada por doña Beatriz, pues no resulta admisible que prescriba un derecho adquisitivo sobre el bien y perviva la acción para reclamarlo, siendo el origen

del derecho y de la acción el mismo, y de otra, la falta de acción por ausencia de los requisitos exigidos por la doctrina legal– se desestima porque, amén de lo expuesto en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia, que se tienen aquí por reproducidas, de una parte, la doctrina contenida en las sentencias citadas en el motivo no guardan relación con el caso debatido, que se refiere a la naturaleza colacionable de un inmueble donado por la causante a una hija en concepto de pago y adelanto de derechos hereditarios, y de otra, según el artículo 1969 del Código Civil, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, es decir, desde el fallecimiento de la donante, en que se extinguió el derecho de usufructo que la misma mantenía sobre el bien donado, y no desde la celebración del contrato de donación.

SUCESIONES

Validez de las donaciones efectuadas en documento público aunque posteriormente los donantes suscribiesen un documento privado haciendo constar que la finalidad de aquella donación fue la inscripción de los inmuebles donados, dándose la circunstancia de que posteriormente se subsanó la descripción de la finca donada.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Los padres de don Jesús Manuel, doña Antonieta, doña Angelina y doña Antonia, otorgaron escritura pública con fecha 21 de marzo de 1967 en la que hacen donación de una finca rústica a sus dos hijos, pro indiviso y por partes iguales, don Jesús Manuel y doña Angelina, que «aceptan muy agradecidos la donación» y, en la misma escritura, hacen donación de una finca urbana, también pro indiviso y por partes iguales, a sus hijas doña Antonieta y doña Antonia que igualmente la aceptan «muy agradecidas». Ambas donaciones se inscriben en el Registro de la Propiedad, la segunda por inmatriculación.

⊙ Posteriormente, largos años después, en 14 de junio de 1980, aquellos donantes declaran en documento privado que «estas donaciones no tuvieron más finalidad que inscribir las fincas en el Registro, por lo que no respondían a la realidad, ya que los bienes de nuestra propiedad, lo mismo los donados que los que no lo habían sido, nos continuaban perteneciendo.... Y de acuerdo con todos nuestros hijos, y reservándonos el usufructo...» Tal documento contiene, pues, la declaración de los donantes, que la firman; también la firman sus hijas, donatarias, que no hacen declaración alguna; no la firma ni es aceptado por el demandante y recurrente en casación, hermano de éstas; en el documento se hace una serie de declaraciones sobre reparto de bienes, que ya habían sido donados por los padres declarantes.

⊙ En escritura pública de 3 de abril de 1990 las donatarias de la finca urbana, doña Angelina y doña Antonia, con intervención de sus padres, los donantes, subsanan el error material sufrido en la donación, ya que resulta que tal finca tiene una cabida superior, la cual se segrega, se forma una finca independiente como solar edificable y se inscribe en el Registro de la Propiedad.

⊙ En la misma escritura pública, doña Angelina adquiere por compraventa la mitad indivisa de la finca urbana objeto de la donación, que ya constituyen dos fincas, la matriz y la segregada, que le vende su hermana doña Antonia. Transmisión que se inscribe en el Registro de la Propiedad.

- El mismo día 3 de abril de 1990 y el día 4, los donantes hacen sendos testamentos abiertos en los que –uno y otra– instituyen herederos a sus cuatro hijos, por iguales partes, y un legado en usufructo a favor de sus hijas doña Antonieta y doña Antonia. No se hace mención de bien inmueble alguno y sí se hace de bienes muebles.

- Don Jesús Manuel interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Antonieta, doña Angelina y doña Antonia, solicitando que se dicte sentencia por la que A) Declare la invalidez de las donaciones realizadas por los cónyuges don José Pedro y doña Lina formalizadas en escritura de 21 de marzo de 1967 ante el señor Notario don Carlos Navarro Verdú, número de protocolo 169, así como de todas las transmisiones y actos posteriores realizados de mala fe por las demandadas al amparo y con causa en dichas donaciones, declarando la obligación de las demandadas de reponer los bienes al estado anterior, demoliendo lo ilegalmente edificado. B) Declare que los bienes relacionados en el hecho tercero de esta demanda pertenecen a la herencia y son objeto de esta partición conforme a los testamentos otorgados por los causantes don José Pedro y doña Lina aportados con la demanda. C) Declare el derecho del actor a pedir la partición de los bienes de sus difuntos padres, procediendo a su realización, formando inventario, liquidación del patrimonio ganancial, valoración de éstos, formación de lotes y todos los trámites particionales necesarios hasta la adjudicación a cada uno de los herederos de la cuota que corresponda, previa división de los bienes que por su naturaleza sean divisibles, sacando a pública subasta los indivisibles. D) Condenando a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con costas, por ser justo.

- Doña Antonieta, doña Angelina y doña Antonia contestaron a la demanda oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, para terminar suplicando se dictase sentencia por la que con desestimación total de las pretensiones de la demanda se absuelva a mis representadas de todos los pedimentos contenidos en ésta con imposición de costas al actor.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valverde del Camino dictó Sentencia el 30 de mayo de 2000 desestimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Huelva dictó Sentencia con fecha 28 de septiembre de 2000 desestimando el recurso.

- Don Jesús Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La *quaestio iuris* que se plantea, desde la demanda y en este recurso de casación, es la validez de aquella donación (*rectius*, dos donaciones a los cuatro hermanos, hijos de los donantes), cuya declaración de invalidez es el objeto, con sus pronunciamientos derivados, de la acción ejercitada por uno de los donatarios, don Jesús Manuel, quien, por cierto, bajo fe de Notario declaró que la aceptaba «muy agradecido».

Las sentencias de instancia desestiman la demanda. La de 28 de septiembre de 2000, de la Audiencia Provincial, Sec. 3.ª, de Huelva, objeto de este recurso dice, tajante y literalmente: «en consecuencia negamos, este motivo de recurso en cuanto que faltara en la donación el *animus donandi*, pese a que después se declarara en un documento privado que el motivo o finalidad de la donación era la inscripción de los bienes inmuebles donados». Y añade: «desde que se llevó a cabo la donación en 1967, al cumplir ésta con todos los requisitos legales, cuales son capacidad de los donantes, la forma de escritura pública, y aceptación de los Notarios, se transmitió la propiedad»; concluye que «la rectificación de cabida de la finca con ocasión de la

donación realizada en 1967, formalizada en escritura pública el tres de abril de 1990 corrobora, como acto posterior hecho por los donantes, la validez de la donación efectuada en 1967 y, que igualmente el testamento otorgado por los donantes, pocos días después de la rectificación de la escritura pública, demuestra que presuponían la transmisión de los bienes inmuebles, hecha por donación, pues de otra forma no se explica que no se refirieran a los inmuebles y sí al ajuar y a los muebles.

El primero de los motivos del recurso de casación considera infringidos los artículos del Código Civil, 618, 1261.3.º y 1275 porque los mismos –dice este motivo– «basan la petición de mi representado de declarar la nulidad absoluta de la escritura de donación otorgada el 21 de marzo de 1967 y que todos los actos o negocios jurídicos que apoyen en la misma, por haberse realizado con simulación, ante la ausencia de verdadera *causa donandi*».

El motivo decae necesariamente porque le falta la base fáctica necesaria para sustentarlo. La *causa donandi* va implícita en el contrato de donación; éste se otorgó ante Notario por donantes y donatarios, uno de estos últimos es el recurrente en casación; se ratificó cuando veintitrés años más tarde los donantes y dos de las donatarias complementan aquel contrato y no se contradice con los testamentos que hacen uno y otra de los donantes. Es clara la *causa donandi* y se dice explícitamente en la sentencia de instancia que no se ha probado la ausencia de tal *animus*. Se dice en el recurso que «ha resultado claramente demostrada» la simulación y es todo lo contrario: no ha quedado probada la misma. Por más que se insista en su posición, mantenida desde la misma demanda, y se elucubre sobre los hechos, es clarísima la realidad de la donación y la validez de las mismas, sin que aparezca base fáctica ni jurídica que abone la simulación. El escrito en documento privado de 14 de junio de 1980, trece años después de la donación, en que tanto insiste el recurrente (y que es objeto del motivo tercero), carece de validez, pues no puede una parte, unilateral, pretender la ineficacia de un negocio bilateral.

El motivo segundo alega, como norma que se considera infringida, el artículo 1253 del Código Civil sobre la prueba de presunciones, por –dice el motivo– «faltar de forma evidente y notoria el enlace preciso y directo entre los hechos demostrados y sus consecuencias lógicas». El motivo se rechaza, porque no se ha empleado en la sentencia recurrida la prueba de presunciones, sino el conjunto de prueba directa que ha llevado a la Sala de instancia a declarar no probada la simulación, ni la falta de *animus donandi*. Tal como dice la Sentencia de 16 de febrero de 2002, reiterando la doctrina jurisprudencial (así, Sentencia de 5 de marzo de 2001), cuando el juzgador de instancia no hace uso de la prueba de presunciones para fundamentar el fallo, no resultan infringidas las normas del Código Civil sobre la misma, pues –añade aquella sentencia, citando otras muchas anteriores– no se infringen tales preceptos por su no aplicación, máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas; y concluye que «hay que insistir en que esta Sala descarta que se le pueda exigir que emplee dicho medio probatorio». Asimismo, la Sentencia de 29 de octubre de 2007 dice literalmente: «La jurisprudencia ha reiterado que no es objeto de casación el caso –frecuente, por cierto– de que se alegue infracción de la prueba de presunciones, siendo así que no se ha utilizado la misma, sino prueba directa (Sentencias de 21 diciembre de 1990 y 17 de julio de 1991) y ha destacado que la prueba de presunciones tiene un carácter supletorio de los demás medios de prueba y no se debe acudir a ella cuando los hechos han quedado probados –que no es el caso presente– por otros medios de prueba (Sentencias de 16 de marzo de 2000 y 23 de noviembre de 2000)».

El motivo tercero considera infringido el artículo 1281, párrafo primero, del Código Civil que establece la interpretación literal de los contratos y en el desarrollo del motivo, la interpretación se refiere al escrito, al que denomina «contrato privado» de 14 de junio de 1980 y se hace referencia también a los testamentos. En primer lugar, hay que precisar que el escrito unilateral de 17 de junio 1980, copiado literalmente en la parte que aquí interesa en líneas anteriores, no es un contrato. Éste es el negocio jurídico bilateral productor de obligaciones; la donación es un contrato, unilateral porque sólo produce obligación en una de las partes, el donante, pero negocio jurídico bilateral. El que una sola parte, la donante, quiera unilateralmente quitarle valor, carece de toda trascendencia jurídica. El que declaren los donantes que la finalidad era la de inscribir las fincas en el Registro de la Propiedad carece de sentido porque una de ellas ya estaba inscrita y carece de valor jurídico porque, como dice la sentencia de instancia, el móvil no tiene valor en Derecho. El que se diga que las fincas le siguen perteneciendo tampoco tiene sentido, pues ya habían salido de su patrimonio por razón de la donación perfeccionada muchos años ha. En definitiva, este escrito no tiene valor ninguno, porque es contradicho por una escritura pública anterior, la donación, y por otra posterior, la de modificación, a lo que se superpone la presunción de exactitud que deriva de la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad.

En segundo lugar, de la interpretación de los testamentos no se deduce directamente que las fincas ya no están en el caudal relicto de los causantes, sino que esta conclusión viene probada

por la escritura de donación: en ésta se transmite a los hijos, uno de los cuales es el recurrente en casación, la propiedad de las fincas y éstas salen del patrimonio del causante y, simplemente a mayor abundamiento, ello viene corroborado por la escritura posterior, de 1990 y por los testamentos que, haciendo expresa referencia a bienes muebles, no hacen ninguna a bienes inmuebles. Por ello, el motivo se desestima.

El último de los motivos del recurso de casación es un tanto paradójico. Considera infringido el artículo 1, párrafo cuarto, del Código Civil en relación con el principio general del Derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos y resulta que es que el propio demandante, recurrente en casación, el que va contra actos propios, como «deber de coherencia en el tráfico» o «exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico» (Sentencias de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001) y actos que «en ningún caso pueden contradecir a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierta a terceros afectados por los mismos y que rompe el principio de buena fe (Sentencias de 16 de febrero de 2005 y 16 de enero de 2006)». El demandante aceptó «muy agradecido» la donación que le hicieron a él sus padres, junto a las donaciones a sus hermanas, en 1967; el escrito en documento privado que, aunque sin valor jurídico, parece contradecirla, de 1980, no lo acepta ni lo firma; transcurre el tiempo y mantiene su posición de donatario; tras ciertas conversaciones y reuniones, en 1999 interpone la demanda interesando la nulidad de aquella donación, a él y a sus hermanas, de 1967. Es claro, pues, que en ningún caso puede alegar la doctrina de los actos propios para impugnar la sentencia que desestimó la demanda. Por lo cual, se desestima este motivo, al igual que los anteriores, por lo que debe declararse no haber lugar al recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente y pérdida del depósito.

SUCESIONES

La enajenación por actos inter vivos de la testadora de los bienes objeto de legado comporta su extinción.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Araceli falleció el día 5 de octubre de 1989, viuda, sin descendientes ni ascendientes, habiendo estado casada con don Paulino, de quien había sido heredera testamentaria, el cual le había encargado que a su muerte dedicase los bienes que le transmitía a determinados fines, pero sin establecer una sustitución fideicomisaria.

⊙ Doña Araceli otorgó último testamento abierto ante el Notario de Albacete don José Martínez Cullel en fecha 26 de enero de 1987, en cuya cláusula primera ordenó expresamente los siguientes legados: «Las fincas llamadas Casa de la Peña y Venta de Peñacárcel, que adquirió por herencia de su esposo, las lega en la siguiente forma, cumpliendo así los deseos del mismo: 1.º Ochocientos almudes, para la Orden Hospitalaria de los Hermanos de San Juan de Dios de Chamartín de la Rosa, en Madrid, de niños enfermos; 2.º Trescientos cincuenta almudes, para el Colegio de Padres Salesianos de María Auxiliadora de la Ronda de Atocha de Madrid; 3.º Trescientos cincuenta almudes, para el Asilo Residencia de Ancianos Desamparados de Albacete; 4.º El edificio de la finca Casa de la Peña, con todas sus pertenencias, lo lega a las tres instituciones nombradas en los tres apartados inmediatos anteriores 1.º, 2.º y 3.º por partes iguales entre ellas; 5.º Cuatrocientos almudes, para sus sobrinas carnales Sofía y Ángela, por partes iguales entre ellas; 6.º El edificio de la finca Venta de Peñacárcel, con todas sus pertenencias como casas de señores, de aniagueros y de guardas, graneros, cocheras,

muebles, enseres, aperos, conreo como tractores y maquinaria, para sus antedichas sobrinas Sofía y Ángela, por partes iguales entre ellas». En la cláusula cuarta nombró «albaceas y comisarios contadores partidores de su herencia, con todas las facultades que el Código Civil y la jurisprudencia atribuye a tales cargos, y concretamente las de ejecutar y cumplir cuanto se dispone en el presente testamento, entregando legados específicos y en dinero, a don Juan Enrique, don Bruno y a su sobrino político don Félix, para que puedan actuar con carácter solidario o indistinto, prorrogándoles el plazo legal de un año por dos años más. Es voluntad de la testadora que al segregar sus albaceas los respectivos almudes legados en el apartado A) de la cláusula primera, procuren incluir la parte de monte o de tierra de labor que sea precisa en cada lote, con el fin de que el valor medio de cada almud sea aproximadamente el mismo en cada uno de los lotes que se legan, exceptuando el legado a don Casimiro, que será de tierra la voz; para lo cual, si lo estiman preciso, deberán asesorarse de peritos en la materia».

⊙ El 16 de mayo de 1989, comparecieron ante el notario doña Araceli, doña Ángela y don Félix, que otorgaron escritura de constitución de una sociedad anónima, con la denominación «Consuelo Núñez Flores Mencía, sociedad anónima», en la que doña Ángela y don Félix aportaron 100.000 pesetas en metálico cada uno de ellos y suscribieron una acción también cada uno, mientras que doña Araceli suscribió 418 acciones aportando cuatro fincas: 1.ª La finca conocida por Casa de la Peña, en los términos de Chinchilla y Hoya Gonzalo, que tiene una extensión superficial, después de varias segregaciones practicadas, de 973 hectáreas, 81 áreas, 59 centiáreas de monte y tierra de cultivo, un trozo de tierra de secano de una hectárea y 87 áreas que valoraron en 61.970.259 pesetas; 2.ª Un haza llamada Cañada de Arriba en el término municipal de Hoya Gonzalo de 4 hectáreas, 74 áreas y 87 centiáreas, valorada en 437.042 pesetas; 3.ª Otro trozo de tierra secano, también en Hoya Gonzalo, de una hectárea, 49 áreas, 40 centiáreas, valorada en 134.353 pesetas; y 4.ª Otro trozo de secano de una hectárea, 87 áreas, 20 centiáreas, valorada en 168.326 pesetas. La sociedad fue inscrita en el registro mercantil de Madrid y doña Araceli transmitió antes de morir sus acciones en la sociedad vendiéndolas a los demandados, que a su vez las trasmitieron entre ellos.

⊙ La Orden Hospitalaria de San Juan de Dios y otros interpuso demanda de menor cuantía contra Consuelo Núñez-Flores Mencía, SA; doña Ángela; don Sebastián; doña Lidia; don Isidro, doña María Inés y don Felix, solicitando se dicte sentencia por la que se declare, entre otras cuestiones, la nulidad absoluta y radical del negocio jurídico de aportación social de las cuatro fincas registrales que constituyen la finca llamada Casa de la Peña y Venta de Peñacárcel, hecha por la causante doña Consuelo a la Sociedad «Consuelo Núñez Flores y Mencía, SA» en pago de la suscripción de acciones de la misma, por constituir tal aportación un fraude de ley y abuso del derecho y contravenir el principio de buena fe, todo ello conforme a la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades, y asimismo por ser un caso de simulación absoluta por carecer de causa verdadera y cierta, y no revestir la esencia de una verdadera enajenación a los efectos del artículo 869.2 del Código Civil. Esta nulidad lleva consigo y debe declararse así la de la adjudicación de las acciones que a cambio de la aportación social anulada se entregaron a la causante en la referida escritura y también la declaración de nulidad de cuantas enajenaciones de tales acciones hubiere hecho la señora causante y se fundasen en la aportación y suscripción anuladas y hubieran sido a favor de cualquiera de los demandados.

⊙ La representación procesal de doña Ángela, don Félix, «Consuelo Núñez-Flores Mencía, SA», don Sebastián, doña Lidia, don Isidro y doña María Inés contestó a ésta, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, en definitiva, se dicte «... sentencia por la que, sin entrar en el fondo del asunto, estimando cualquiera de las excepciones opuestas por mi parte, se desestime íntegramente la demanda, y para el supuesto de entrar a conocer del fondo del asunto, se desestime igualmente

la demanda absolviendo a mi parte de cuantos pedimentos se formulan en su contra, todo ello con expresa imposición a los actores de las costas del juicio...»

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete dictó Sentencia el 4 de noviembre de 1998 desestimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Albacete dictó Sentencia el 31 de julio de 2000 desestimando el recurso interpuesto por la Orden Hospitalaria San Juan de Dios y otros.

- La Orden Hospitalaria San Juan de Dios y otros interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 6.4 del Código Civil relacionado con los artículos 659, 868.2 (debe entenderse 869.2.º), 1255 y 7.1 del mismo código, así como los artículos 1, 3, 7 y 10 de la Ley de Sociedades Anónimas y la doctrina jurisprudencial sobre el fraude de ley contenida en las Sentencias de esta Sala de 28 de mayo de 1948, 29 de abril de 1988, 18 de septiembre de 1987, 4 de marzo de 1988, 13 de mayo de 1988, 2 de diciembre de 1988, 4 de junio de 1990, 24 de noviembre de 1985 y 16 de octubre de 1989. El motivo ha de ser desestimado. El artículo 869 del Código Civil, cuya aplicación constituye el eje cardinal de todo el proceso, dispone en su número 2.º que «el legado quedará sin efecto: si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto de la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza de legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa». Se trata de una causa objetiva de extinción del legado, pues si el testador dispuso libremente de la cosa para legarla a quien tuvo por conveniente en el momento de otorgar el testamento, igual libertad de disposición conserva para, con posterioridad, poder enajenarla en vida, a título oneroso o gratuito, a quien tuviere por conveniente, lo que la propia ley interpreta como una efectiva revocación del legado hasta el extremo de, aunque después volviera a integrarse en su patrimonio, el legado habría quedado sin efecto, salvo el caso de que dicha reintegración se produzca por pacto de retroventa. Partiendo de la anterior consideración, no puede alegar el legatario que se ve privado del legado por tal motivo la existencia de fraude alguno pues el artículo 6.4 del Código Civil requiere para su aplicación que se persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él y el hecho de que el testador deje sin efecto un legado, haciendo uso de su libertad de disposición, no comporta la persecución de ninguno de tales resultados. Si, como ocurre en el presente caso, la causante dispuso de los bienes legados, tras haber otorgado testamento, para aportarlos a una sociedad anónima que se constituyó con su propio nombre, operando una verdadera enajenación de los mismos al aportarlos al patrimonio de una sociedad sin infracción alguna de lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil, que se dice infringido, no cabe hablar de abuso de la personalidad jurídica o de levantamiento del velo, pues la doctrina desarrollada doctrinal y jurisprudencialmente en torno a ello tiene por finalidad evitar el fraude y el perjuicio de los derechos de terceros y los actores carecían de derecho alguno frente a la testadora para exigir la efectividad de tales legados. No se ha eludido la aplicación del artículo 659 del Código Civil, que se limita a establecer que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, porque la testadora no tenía que eludir la aplicación de precepto alguno para excluir de su sucesión el legado conferido en el testamento y actuó libremente al dejar fuera de su patrimonio –y, por tanto, de su herencia– determinados bienes; ni cabe hablar de simulación en la constitución de la sociedad que, además, si diera lugar a la nulidad del negocio, únicamente implicaría la restitución de tales bienes al caudal relicto de la causante pero nunca haría revivir el legado, que ya había quedado sin efecto por aplicación de lo dispuesto en el artículo 869.2.º del Código Civil. En consecuencia, no pueden estimarse infringidos los artículos que se citan, sin que se haya razonado expresamente en el recurso sobre la infracción de las normas de la Ley de Sociedades Anónimas que

igualmente se dicen vulneradas, ni se ha resuelto en contra de la doctrina jurisprudencial sobre el fraude de ley por las razones ya apuntadas.

Por similares razones ha de ser rechazado el motivo tercero que vuelve a reiterar la infracción de los artículos 7, párrafos 1.º y 2.º, del Código Civil en relación con los 6.4, 868.2 (debe entenderse 869.2.º), 659 y 1255 del mismo código y los artículos 1, 2, 3, 7 y 10 de la Ley de Sociedades Anónimas, así como la doctrina jurisprudencial expresada en las Sentencias de 5 de agosto de 1985 (*sic*), 12 de mayo de 1972, 31 de enero de 1981, 31 de diciembre de 1981, 2 de octubre de 1988 y 12 de marzo de 1988, sobre el abuso del derecho. Se viene a sostener en el desarrollo del motivo –en el que nuevamente se acumula la cita de preceptos infringidos sin posterior concreción adecuada de la vulneración que se estima cometida– la existencia de una actuación abusiva a propósito de la creación de la entidad Consuelo Núñez Flores y Mencía, SA, aunque sin imputarla directamente a la causante, sin duda porque tal imputación carecería de sentido ya que es muy reiterada la doctrina jurisprudencial expresiva de que no abusa de su derecho quien hace un uso normal del mismo que, en este caso, se concreta en el de disponer libremente en testamento de los propios bienes, lo que queda al alcance del testador salvo las limitaciones que la propia ley impone para ello y que no son de aplicación en el presente caso. Las Sentencias de esta Sala de 28 de enero de 2005, 25 de enero de 2006 y 24 de mayo de 2007, en relación con la doctrina sobre el abuso del derecho recuerdan que «la doctrina jurisprudencial exige para su apreciación como elementos esenciales: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo "ausencia de interés legítimo"), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo)– Sentencias, entre otras, 21 de diciembre de 2000, 16 mayo y 12 de julio de 2001, 2 de julio de 2002 y 13 de junio de 2003, entre otras». En el presente caso no existe daño para los actores pues los mismos, en el momento de la realización de los actos supuestamente abusivos, no tenían derecho alguno en la herencia de la causante ya que los derechos hereditarios se adquieren por el fallecimiento de aquélla (artículo 657 del Código Civil) y no por el otorgamiento del testamento; pero aun en el caso de que pudiera considerarse la existencia de un daño, el mismo no tendría las notas de «inmoralidad» o «antisocialidad» ya referidas pues la testadora estaba facultada para variar en cualquier momento su disposición testamentaria y favorecer a quien tuviera por conveniente en la sucesión de sus bienes. Se afirma por la parte recurrente que «constituye una manipulación de la libertad de contratación (artículo 1255 y artículos 1, 2, 3, 7 y 10 de la Ley de Sociedades Anónimas) una sociedad anónima con un solo accionista que posee el 99,233% de las acciones y de la que forman parte el Albacea y la Heredera con una acción cada uno como testaferros, que es gobernada por doña Sofía que es la Junta General, el Consejo de Administración y la Presidenta del mismo, concentrando en uno mismo todo el poder societario, cuya esencial misión es recibir una masa de bienes de la testadora para, eludiendo el artículo 659 CC, crear un patrimonio separado que se transmite por fuera del derecho sucesorio». Como ya se razonó, los actores no ostentaban derecho alguno sobre la herencia de la causante y la misma no tenía que eludir la aplicación del artículo 659 del Código Civil en cuanto gozaba de libertad libérrima para disponer la sucesión en sus bienes de la forma que estimara más conveniente.

El cuarto motivo se formula igualmente por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, considerando que han sido infringidos los artículos 1275 y 1276 del Código Civil en relación con los artículos 1261 y 1274 del mismo cuerpo legal relativos a la herencia (*sic*), a la causa de los contratos y que han sido base para la doctrina jurisprudencial de la simulación de los negocios jurídicos, reflejada en Sentencias de 5 de junio de 1982, 10 de julio de 1984, 2 de junio de 1982, 9 de enero de 1945, 20 de diciembre de 1957 y 9 de junio de 1967. Se afirma por la parte recurrente la existencia de un pacto entre las partes del negocio jurídico –constitución de la sociedad anónima y aportación a la misma de los bienes legados– que establece una divergencia entre lo que declaran externamente y lo que quieren realmente; y se añade que son muy frecuentes en la vida jurídica los contratos simulados a fin de disminuir el patrimonio frente a la exigencia de acreedores, citando entre los supuestos más conocidos, el de aparentar ficticiamente la constitución de una sociedad. Se afirma igualmente que en el caso que nos ocupa es menester reunir en una sola consideración el negocio de aportación de las fincas, al constituirse la sociedad demandada, con la transmisión de los resguardos de las acciones que correspondían a la testadora (99,233% del capital social) a los hijos del albacea y de la sobrina doña Ángela, instituida heredera. El motivo ha de ser rechazado, ya que, aun aceptando hipotéticamente que hubiera concurrido un supuesto de simulación, según la propia tesis mantenida en el recurso, sea por razones fiscales –como afirma la parte recurrente– o por cualesquiera otras, lo cierto es que se produjo el supuesto contemplado en el artículo 869.2.º del Código Civil que produce la extinción del legado, en tanto

que la causante dispuso de los bienes previamente legados para aportarlos a una sociedad mercantil que se constituía con su nombre, en cuyo patrimonio social se integraron, la cual estaba llamada a perdurar por su propia naturaleza. Pero, además, posteriormente dispuso de sus acciones a favor de otros sobrinos distintos de los actores, lo que no se acomoda con la actuación de simulación que se dice la cual, sin duda, habría comportado el mantenimiento de los bienes en el propio patrimonio de la causante. De igual modo cabe reiterar aquí que no basta la declaración de nulidad del negocio para que haya de revivir el legado, que quedó sin efecto por razón de lo dispuesto en el artículo 869.2.ª del Código Civil.

El motivo quinto se formula por infracción de lo dispuesto en el artículo 1218 del Código Civil en relación con la Sentencia de 14 de julio de 1993. La fundamentación del motivo se refiere a la afirmación que se contiene en la sentencia impugnada (fundamento de derecho undécimo) en el sentido de que «el ofrecimiento de cantidades no aceptadas se realizó para evitar un pleito como éste, pero una vez iniciado éste y, sobre todo, al no aceptarse la oferta ya no obliga a los ofertantes...», todo ello en relación con las cartas y manifestaciones de la heredera y del albacea en las que se reconoce la primera intención de la testadora y en las que se ofrecen cantidades a los demandantes para compensar la pérdida de los legados. El motivo no puede ser acogido ya que, en primer lugar, la Audiencia no ha vulnerado la norma sobre el valor probatorio de los documentos públicos comprendida en el artículo 1218 del Código Civil en consideración a los requerimientos formulados por los actores y dirigidos a la parte demandada que, desde luego, no comportaban la existencia de una transacción ordenada a evitar la provocación de un posible pleito sobre reclamación de legados, lo que queda evidenciado por la propia iniciación del presente litigio por parte de quien ahora pretende, subsidiariamente, atribuir valor jurídico vinculante a ciertas manifestaciones de los demandados que, sin duda, no culminaron en un acuerdo ni fueron aceptadas para la evitación de la controversia por quienes ahora demandan; y tampoco ha desconocido la Audiencia la doctrina jurisprudencial que se alega mediante la cita de una sola sentencia de esta Sala, insuficiente para fundar un motivo por tal causa (Sentencias de 4 de julio y 29 de diciembre de 2005, 26 de enero, 8 de marzo y 9 de junio de 2006 y 25 de junio de 2007, entre las más recientes).

El motivo sexto alude a la infracción de los artículos 1901 y 1255 del Código Civil, así como el 1271 del mismo código y la jurisprudencia de esta Sala reflejada en Sentencias de 17 de octubre de 1932, 5 de mayo de 1958, 9 de mayo de 1914, 19 de noviembre de 1974 y 14 de noviembre de 1988.

Se refiere el motivo a la falta de reconocimiento de efectividad a una supuesta donación *mortis causa* irregular –según la propia denominación que le da la parte recurrente– en virtud de la cual la testadora habría encomendado a la heredera verbalmente la entrega a los actores de determinadas cantidades de dinero para sufragar gastos derivados de la herencia. Resulta llamativo que en la propia formulación del motivo no se aluda a infracción de norma alguna referida a las donaciones, y concretamente al artículo 620 que se refiere a las donaciones *mortis causa*. Por el contrario se invoca el artículo 1901, relativo a la presunción de error en el pago, que ninguna relación guarda con el tema discutido, y a preceptos de carácter genérico como son los artículos 1255 y 1271 del Código Civil, que asiladamente carecen de idoneidad para fundar un motivo (Sentencias de 27 junio, 18 de julio y 12 de septiembre de 2007, entre las más recientes). Con independencia de la discusión doctrinal acerca de la subsistencia en nuestro derecho de la donación *mortis causa* como tal, de su regulación en el artículo 620 del Código Civil se desprende que o bien se establece en el testamento, en cuyo caso en nada se diferenciarían del legado, o bien se realizan por el donante en vida para que produzcan sus efectos tras la muerte, con la particularidad de que en tal caso la donación sería revocable libremente por el donante ya que se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria. Pues bien, en el caso presente nada se dispuso en el testamento de doña Sofía en relación con la donación de que se trata, por lo que para que pudiera calificarse de tal habría requerido su realización en vida por la donante al donatario o donatarios y la aceptación por éstos; así como, en todo caso, un objeto cierto de conformidad con lo establecido en el artículo 1261.2.º del Código Civil, el cual no existe pues ni siquiera la parte actora puede precisar el alcance de la supuesta donación otorgada. La misma nace, según los actores, de una referencia que se contiene en una carta dirigida por el albacea don Félix al abogado de los demandantes que no refleja más que una recomendación, sin valor jurídico alguno, que la causante pudo hacer a la heredera para que hiciera entrega de una indeterminada cantidad de dinero a la actora doña Sofía, sin acción alguna para que ésta pudiera habilitar para su reclamación.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

De igual modo ha de ser rechazado el séptimo, y último, de los motivos del recurso que denuncia la vulneración de los artículos 1271, 1255 y 199 del Código Civil, en cuanto autorizan, según refiere la parte recurrente, que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de

los hombres, incluso las futuras. Ya se ha razonado con anterioridad sobre la imposibilidad de fundar un motivo de casación en normas de carácter genérico, como son los artículos 1271 y 1255 del Código Civil, sin que se alcance a comprender cuál puede ser la infracción que se afirma cometida respecto del artículo 199 del mismo código, referido a la necesidad de que la declaración de incapacidad se realice por sentencia judicial y en virtud de alguna de las causas establecidas en la ley. Ningún contrato se celebró entre los demandantes y los demandados, conforme se ha razonado con anterioridad, por lo que no asiste a aquéllos acción alguna para exigir su cumplimiento.

SUCESIONES

Interpretación de la voluntad del testador para integrar el contenido del legado, y si se indicó que legaba el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión, debe incluirse también lo que contengan las cajas de seguridad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

Don Antonio en su propio nombre y actuando también como mandatario de don Jesús Ángel interpuso demanda de menor cuantía contra doña María Rosa, doña Verónica, doña Daniela, don Juan Luis, don Álvaro, doña Sara, doña Rebeca, Herederos de don Casimiro, doña Claudia, don José Francisco, doña Asunción, doña Nieves, don Matías, don Jesús Manuel y don Bruno, los trece primeros como herederos testamentarios de doña Edurne y los dos últimos como contador-partidor y albacea testamentario, respectivamente, solicitando que se dicte sentencia por la que se acuerde «1.º Que el contenido del legado relacionado en la letra E) disposición segunda del testamento de doña Edurne (q.e.p.d.) conforme literalmente se expresa, debe comprender "el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión". Por ello que debe entregarse a los demandantes la posesión y pleno dominio del metálico y saldos de todas las cuentas de ahorro y a la vista de los que la testadora era titular y además todas las acciones, obligaciones, efectos, letras del tesoro, bonos, derechos de crédito y demás títulos valores depositados en establecimientos bancarios al día 30 de enero de 1993, de los que la testadora era titular y ello tanto las que correspondían a la testadora por ser de su propiedad como todos los efectos de esta condición que haya adquirido por herencia de su esposo don Pedro Antonio (q.e.p.d.), fallecido en Málaga el día 30 de diciembre de 1987, y los que haya adquirido por herencia de su hermano don Andrés (q.e.p.d.), fallecido sin descendencia en Cabra en el año 1992, exceptuándose solamente las acciones de Pallarés Hermanos, SA y 67.762 acciones de Promociones Eurobuilding, SA, que lega expresamente a otros legatarios. Se acompaña copia de la partición de don Andrés, como documento núm. 15. 2.º Que igualmente se entregue a los demandantes el pleno dominio de las joyas, documentos y efectos contenidos en la Caja de Seguridad núm. NÚMooo del Banco Central de Málaga, C/ Liborio García, por considerarse que esta figura debe ser un depósito bancario y estar comprendido en el contenido del legado letra E) disposición segunda del testamento. 3.º Que asimismo se entregue a los demandantes el pleno dominio de todas las monedas de oro y plata que se contienen en la Caja de Seguridad antes indicada, o solamente

por entender que su total contenido constituye un depósito bancario, sino también por la especial circunstancia de parecer clara la voluntad de la testadora en cuanto a estas monedas por las razones puestas de manifiesto. 4.º Que se comprenda asimismo, dentro del contenido del legado de la letra E) todos los intereses, dividendos, frutos civiles y derechos devengados por los saldos de dinero y por los depósitos de títulos valores reclamados. 5.º Que por los principios que contiene la legislación procesal vigente, y dada la especial temeridad de los demanados, que no han querido evitar este contencioso, a pesar de que esta parte les ha ofrecido en reiteradas ocasiones su disposición a una solución extrajudicial (documentos núm. 8, núm. 9 y núm. 10), se condene a los mismos al pago de las costas causadas».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, no se personaron ni contestaron a ésta, razón por la que por providencia de 27 de junio de 1995 se acordó declararles en rebeldía.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Córdoba dictó Sentencia el 4 de diciembre de 1996 estimando la demanda y declarando que «el contenido del legado reclamado en la letra E) de la disposición segunda del testamento otorgado por doña Edurne ante el Notario de Torremolinos Sr. don Jose Martín Cabrera y Ruiz de Castroviejo con fecha 4 de diciembre de 1992, a favor de los actores don Antonio y don Jesús Ángel, debe comprender el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión. Por lo que debe entregarse a los actores la posesión y pleno dominio del metálico y los saldos de todas las cuentas de ahorros y a la vista de los que la testadora era titular y además todas las acciones, obligaciones, efectos, letras del tesoro, bonos, derechos de crédito y demás títulos, valores depositados en establecimientos bancarios al día 30 de enero de 1993, de los que la testadora era titular y ello tanto las que correspondían a la testadora por ser de su propiedad como todos los efectos de esta condición que haya adquirido por herencia de su esposo don Pedro Antonio, fallecido en Malaga el día 30 de diciembre de 1987, y los que haya adquirido por herencia de su hermano don Andrés, fallecido sin descendencia en Cabra en el año 1992, exceptuándose solamente las acciones de Pallares Hermanos, SA, y 67.762 acciones de promociones Eurobuilding, SA, que lega expresamente a otros legatarios, todo ello, junto con todos los intereses, dividendos, frutos civiles y derechos devengados por dichos saldos de dinero y por los depósitos de los títulos valores. Así mismo, debe entregarse a los actores el pleno dominio de las joyas, documentos y efectos contenidos en la caja de Seguridad núm. NÚMooo del Banco Central de Málaga, C/ Liborio García, y el pleno dominio de todas las monedas de oro y plata que se contienen en la caja de Seguridad antes indicada. Todo ello con imposición a los demandados por partes iguales del pago de las costas de este procedimiento».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia con fecha 9 de septiembre de 1999 estimando parcialmente el recurso y revocando la sentencia del Juzgado acordó: 1) Que se ha de entregar a los demandantes el metálico y saldo de cuentas y metálico de la caja de seguridad. 2) Se le habrán de entregar las monedas de oro y plata. 3) Igualmente se les entregarán los intereses que se hubieren generado de las sumas existentes en las cuentas y en la caja de seguridad. 4) Que no se le han de entregar los títulos valores –acciones, obligaciones, bonos, efectos– derechos de crédito y demás documentos depositados. 5) No se les entregarán las alhajas y joyas. No se imponen a la parte apelante las costas de la segunda instancia. No se efectúa expreso pronunciamiento en las costas de la primera instancia.»

⊙ Don Antonio y los demandados interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del litigio consiste en la determinación del alcance que ha de reconocerse al legado instituido por la causante doña Edurne en su testamento de fecha 4 de diciembre de 1992, en el cual, careciendo de herederos forzosos, establece varios legados a favor de sus sobrinos, actores y demandados en el presente proceso. Concretamente en el apartado E) dispone que lega «el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión, a sus sobrinos don Jesús Ángel y don Antonio, por mitades iguales». El Juzgado de Primera Instancia, estimando la demanda en su integridad, entendió que dicha disposición se refería a todos los bienes de la testadora que se hallaban depositados en entidades bancarias, incluso los que se encontraban en caja de seguridad. La Audiencia, sin embargo, al resolver el recurso de apelación formulado por los demandados, estimó que dicho legado no se extendía a los títulos-valores, derechos de crédito y demás documentos depositados en caja de seguridad ni a las alhajas y joyas que se encontraban en la misma, admitiendo no obstante la inclusión de las monedas de oro y plata que, aun no siendo de curso legal, se encontraban igualmente depositadas en dicha caja. Razona la Audiencia en el sentido de que «las monedas, de oro y plata, pese a no ser de curso legal, deben entenderse incluidas en el concepto de metálico, pues en la propia caja de seguridad, de la que los actores eran cotitulares con la testadora, se contenía un sobre dirigido a ellos en le que se indicaba el peso en oro de las monedas, por lo que no debe acudirse a un concepto eminentemente jurídico de metálico, como el que incluye exclusivamente a las monedas de curso legal (artículo 1170 del Código Civil), sino también encajable en las monedas depositadas en la caja de seguridad, por expreso deseo de la testadora, pues la voluntad del testamento queda aclarada con la nota manuscrita dirigida a los actores...» (fundamento de derecho quinto, último párrafo). Añade que «la testadora no ha excluido algunos bienes por el hecho de encontrarse en la caja de seguridad, como son las monedas de oro y plata, por lo que dado que en la referida caja había numerario en gran cantidad, se deberá entender legado el mismo a los actores al ser integrante del concepto «saldo de los depósitos, sin exclusión»»; pero, por el contrario, «no pueden entenderse incluidas en el legado, las joyas, dado que no son numerario, ni metálico, ni monedas, ni saldo, por lo que aunque depositadas no integran los conceptos mencionados» (fundamento de derecho sexto).

Los actores interesan en su recurso que se mantenga la total estimación de la demanda según lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia, mientras que los demandados, en el suyo, solicitan que se excluyan del legado las monedas de oro y plata depositadas en caja de seguridad.

La Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2005, siguiendo lo ya declarado por la de 18 de julio del mismo año, recuerda que es abundante la jurisprudencia que considera: a) que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (Sentencias de 1 de febrero de 1988 y 9 de octubre de 2003, entre muchas otras); b) que la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria y que sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley (Sentencias de 14 de mayo de 1996, 30 de enero de 1997, 21 de enero de 2003, entre muchas otras), y c) que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y que sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (como ya anunciaban las Sentencias de 9 de junio de 1962 y 23 de septiembre de 1971 y que continúan las Sentencias de 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998, 23 de febrero de 2002, entre muchas otras).

1. Recurso interpuesto en nombre del actor don Antonio.

El primer motivo del recurso denuncia la incongruencia de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, aunque para ello aluda indebidamente a abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, que constituye el motivo 1.º del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no guarda relación con la incongruencia –cuya denuncia procede efectuar por el núm. 3.º– ya que el alcance del núm. 1.º queda referido a los supuestos en que la jurisdicción civil conoce de aquello sobre lo que no debió entrar a conocer, por corresponder a distinta jurisdicción, o deja de conocer de materia que le es propia. No obstante, la evitación de que el recurso quede cerrado para la parte por cuestión puramente formal, pese a no producir indefensión a la contraria, lleva al Tribunal a entrar a conocer de dicho motivo.

Concreta la parte recurrente la alegación de incongruencia en dos aspectos de la sentencia impugnada:

a) En el primero denuncia un supuesto error de la sentencia al declarar en su fundamento de dere-

cho sexto que la parte apelante –los demandados– niegan que deban incluirse en el legado las sumas de dinero contenidas en la caja de seguridad, cuando por el contrario tal inclusión ha sido admitida por dicha parte. Sin embargo, lo planteado no guarda relación con la congruencia o incongruencia de la sentencia. Como recuerda la reciente Sentencia de 27 de julio de 2007 «para acreditar o descartar la incongruencia se exige «un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutiva de las sentencias que deciden el pleito» –Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1998, de 13 de enero, entre muchas otras, así como Sentencias de 8 y 29 de marzo, 5 de abril y 24 de mayo de 2006 de esta Sala–...», siendo así que en el caso presente no sólo ha resuelto la sentencia recurrida sobre todos los extremos propuestos por las partes, sino que además el pronunciamiento ha sido favorable a la tesis de la parte ahora recurrente acerca de la inclusión en el legado del dinero metálico incluido en las cajas de seguridad, por lo que la alegación de dicha parte recurrente carece de sentido y, por supuesto, de relevancia casacional.

b) El segundo aspecto a que se refiere la incongruencia denunciada afirma que como la sentencia impugnada no ha revocado la de primera instancia en lo que se refiere a «metálico y saldos de las cuentas», resulta incongruente lo declarado en auto de aclaración de 1 de octubre de 1999 sobre intereses de dichos saldos y cuentas, olvidando que la aclaración no constituye una resolución autónoma sino que ha de integrarse en el contenido de la sentencia que aclara y, en consecuencia, no puede sostenerse la incongruencia siempre que lo resuelto se mantenga dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de lo que fue objeto del recurso de apelación.

El segundo motivo del recurso se ampara en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia la infracción del artículo 675 del Código Civil, cuyo párrafo primero establece que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». La cláusula testamentaria establecía que el legado atribuido a los actores había de comprender «el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión». Dicha cláusula admitía una interpretación literal estricta, según la cual únicamente comprendería dinero de curso legal, bien estuviera depositado en caja de seguridad o reflejado en el saldo de las cuentas existentes, o bien otra más amplia que, atendiendo a la interpretación del término «depósitos» en un sentido amplio como comprensivo de todo los bienes de la testadora existentes en entidad bancaria «sin exclusión» comprendiera igualmente el contenido de la caja de seguridad. No obstante, la Audiencia ha acogido una interpretación de la cláusula testamentaria que no se ajusta a ninguno de los criterios señalados, pues por un lado incluye las monedas de oro y plata en caja de seguridad y, por otro, excluye otros bienes que se encontraban en dicha caja como son los títulos-valores así como las joyas y alhajas, lo que efectúa bajo el argumento de considerar «metálico» a las monedas de oro y plata –que no son de curso legal– cuando, por el contrario, es claro que no pueden ser comprendidas en tal concepto. Se da así una interpretación que rompe la lógica respecto del propio contenido de la cláusula y que, en consecuencia, según la jurisprudencia citada con anterioridad, ha de ser revisada para entender que la verdadera voluntad de la causante al referirse a «depósitos sin exclusión» se refería a la totalidad de los bienes que, además de los saldos de sus cuentas, se encontraban en entidad bancaria. Así cabe extraerlo no sólo del hecho de que en caja de seguridad se encontrara un sobre con el nombre de los actores referido a las monedas de oro y de plata, sino también del hecho de que otros títulos-valores, que no se encontraban en caja de seguridad, fueran atribuidos de forma específica a otros legatarios en el testamento.

Por ello, en definitiva, procede la estimación del motivo y el acogimiento íntegro de la demanda en la forma que se recoge en la sentencia de primera instancia.

2. Recurso interpuesto en nombre de los demandados.

La estimación del recurso formulado por los actores comporta la necesaria desestimación del deducido por los demandados, debiendo para ello dar por reproducidos los argumentos expresados con anterioridad. En relación con los tres motivos en que se apoya dicho recurso, ha de razonarse: a) Que no puede considerarse infringido por la sentencia impugnada el contenido del artículo 675 del Código Civil en el sentido que propugnan los demandados, ahora recurrentes, por cuanto la interpretación del testamento que esta Sala acepta en atención a la intención de la testadora, según el tenor del propio testamento, es el ya señalado, según el cual la expresión «depósitos sin exclusión» ha de comprender todos aquellos bienes de los que era titular la causante y que se encontraban custodiados por las entidades bancarias; b) Que tampoco puede aceptarse la denunciada vulneración de lo dispuesto en el artículo 672 del Código Civil, según el cual «toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados

haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en el domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo», pues dicha norma se refiere a las cédulas o memorias testamentarias que menciona en su testamento el propio testador y ésta no es la situación que se da en el caso, en el que simplemente la Audiencia tuvo en cuenta para interpretar el alcance del legado la existencia de un sobre dirigido a los actores que se encontraba en una caja bancaria y que se refería a las monedas de oro y plata, lo que le llevó a deducir la voluntad de la testadora en un sentido que no es el ahora aceptado; y c) De igual forma carece de relevancia el tercero de los motivos que denuncia la infracción del artículo 1170 del Código Civil por haber considerado la Audiencia que las monedas de oro y plata podían ser incluidas en el concepto de «metálico» a que se refiere la disposición testamentaria otorgada a favor de los actores, ya que, aun cuando haya de entenderse así, como ya se razonó, procede estimar que las mismas forman parte del legado según la interpretación que ahora se sostiene en consideración a la verdadera voluntad de la testadora.

SUCESIONES

Donación *mortis causa* de inmuebles: Inexistencia al no haberse realizado con las formalidades propias para testar.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Patricia interpuso demanda de menor cuantía contra doña Inés solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: «a) La nulidad e inexistencia por falta de precio y de causa onerosa; b) Que se declarase que tales faltas no convierten a las escrituras de compraventa en donación, por carecer de los caracteres específicos de forma y grado exigidos por la ley para tal figura jurídica; c) Para el improbable supuesto de que nos encontramos ante una donación, se declare que se trata de donación *mortis causa* regulada en el artículo 620 del Código Civil, libremente revocables en vida del donante; d) Si, por el contrario se estimase que son donaciones puras, se entiendan revocadas por causa de ingratitud, a tenor del artículo 648.3 del Código Civil –denegación de alimentos–, dado que la donataria ha abandonado a la demandante, privándola de todo auxilio físico y moral; e) Por último, y subsidiariamente, que se declaren nulas las escrituras de referencia, por haber obtenido la demandada su otorgamiento mediante palabras y maquinaciones insidiosas (artículo 1269 CC)».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a ésta, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «por la que se desestime en todas sus partes la demanda interpuesta, absolviendo de ella a mi representada, con imposición de las costas a la actora».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona dictó Sentencia el 25 de febrero de 1999 estimando parcialmente la demanda y declarando la existencia del negocio jurídico donación con respecto al negocio traslativo de fecha 29 de diciembre de 1995, declarándose ineficaz el negocio aparente de compraventa, condenando a pasar por esta declaración a la parte demandada doña Inés,

desestimando el resto de las pretensiones de la actora y cada parte asumirá las costas causadas en su instancia.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 30 de junio de 2000 estimando el recurso interpuesto por doña Patricia, revocó parcialmente la sentencia, y manteniendo la estimación parcial de la demanda y la declaración de ineficacia del negocio aparente de compraventa realizado en las escrituras públicas otorgadas por las partes con fecha 29 diciembre de 1995, declaró que se trata de donaciones *mortis causa* y la revocación de éstas.

⊙ Doña Inés interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó la estimación de los pedimentos a) y b) de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el recurso se acusa la infracción de los artículos 620 y 1214 del CC y de la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de 24 de febrero de 1986, 21 de enero de 1991, 9 de junio de 1995, 25 de julio de 1996 y 2 de noviembre de 1999. La recurrente impugna la calificación de donaciones *mortis causa* que la Audiencia da a las escrituras de compraventa de inmuebles, ya que no se han otorgado entonces con arreglo a las solemnidades testamentarias, lo mismo que su revocación, y no se ha probado siquiera que fuera la voluntad de la actora reservarse hasta su muerte el dominio y libre disposición de los bienes donados y su falta de intención de perderla en caso de vivir.

El motivo se estima porque la jurisprudencia ha sido constante en exigir las formas y solemnidades testamentarias para la validez y eficacia de las donaciones *mortis causa*, así como para su revocación (Sentencias de 25 de julio de 1996 y 12 de marzo de 2004 y las que en ellas se citan). Estos requisitos en modo alguno aparecen cumplidos en el caso litigioso, porque la calificación dada por la instancia a las escrituras públicas de compraventa infringe el artículo 620 del Código y la doctrina reiterada de esta Sala que lo interpreta

La apelación de la sentencia de primera instancia por la actora debió prosperar, toda vez que la donación de inmuebles realizada bajo la forma de compraventa simulada es completamente inexistente o nula absolutamente, según declaró el Pleno de esta Sala en la Sentencia de 11 de enero de 2007. De ahí que hayan de ser acogidas las pretensiones 1.ª y 2.ª de la demanda rectora de esta litis por las razones que se dan en la sentencia acabada de citar, revocando la sentencia de primera instancia.

SUCESIONES

Se incluye en el caudal hereditario el inmueble que con posterioridad al fallecimiento del causante adquirió el heredero que quedó en la administración de los bienes al presumirse que éste, en esa época, no contaba con bienes propios suficientes para su adquisición.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Esther interpuso demanda de menor cuantía contra don Fermín y don Rodolfo solicitando que se dicte sentencia por la que: «A) Se declarase que doña María Esther, don Fermín y don Rodolfo son herederos por terceras e iguales partes de los bienes de sus fallecidos padres don Luis

Francisco y doña Elvira. B) Se declarase que los bienes que integran el caudal hereditario de los fallecidos padres son los que se describe en los hechos quinto, sexto y séptimo de esta demanda o, en su caso, el valor actualizado de dichos bienes, debiéndose practicar la valoración de todos ellos en período probatorio o en ejecución de sentencia. C) Se declarase que igualmente deben formar parte del caudal hereditario los productos, rentas, frutos o rendimiento que hayan producido o debido producir los bienes de los que don Rodolfo ha figurado como titular aun cuando se trate de bienes verdaderamente de propiedad de los padres. D) Se declarase que a dichos bienes debe añadirse asimismo el importe neto de lo que haya producido o pudiera haber producido la administración de los bienes hereditarios por los dos demandados, así como los frutos y rentas o cualquier otro rendimiento obtenido por la ocupación y disfrute de dichos bienes por parte de los dos demandados, importe, tanto en uno como en otro caso, que se determinará en período probatorio o en ejecución de sentencia. E) Se condenase a los demandados a estar y pasar por las declaraciones precedentes y a practicar las operaciones de reparto y adjudicación de los bienes de la herencia, en proporción a sus respectivas participaciones hereditarias, que se llevará a cabo en período probatorio o en ejecución de sentencia. F) Se condenase a los demandados al pago de las costas judiciales».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «desestimándola íntegramente y declarando que debe producir plenos efectos el Cuaderno Particional formado por el Contador Partidor dirimente en autos de juicio voluntario de testamentaría núm. 412/95 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4, o, en otro caso, se declare que, siendo los litigantes herederos por terceras e iguales partes de sus padres don Luis Francisco y doña Elvira, se practique la partición de la herencia en dicha proporción, formando el caudal hereditario únicamente los bienes que se dicen en este escrito, una vez deducido y pagado el pasivo que también se describe, con imposición de costas a la parte actora».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vitoria dictó Sentencia el 14 de octubre de 1999 estimando parcialmente la demanda y declarando los bienes que integran el caudal hereditario.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Álava dictó Sentencia el 22 de mayo de 2000 estimando en parte el recurso interpuesto por doña María Esther en el sentido de incluir entre los bienes del caudal el pabellón industrial de Nanclares y los frutos correspondientes y estimando el recurso presentado por don Rodolfo se le reconoció en concepto de créditos los pagos hechos y que se determinen y concreten en trámite de ejecución de sentencia.

⊙ Don Rodolfo interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo, en el sentido de que no procede incluir en el activo de inventario un crédito contra don Rodolfo por la utilización de una vivienda perteneciente a la herencia, toda vez que en el anterior procedimiento de partición de herencia todos los herederos acordaron que los bienes hereditarios quedasen en la posesión de quienes actualmente los poseían.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero acusa infracción del artículo 1249 del CC y su fundamentación está dedicada a combatir la sentencia recurrida en cuanto por presunciones da como acreditado que el recurrente carecía de capacidad económica para adquirir en 1987 el pabellón industrial sito en Nanclares de la Oca, adquisición que se hizo en realidad con caudal de la herencia de don Luis Francisco, fallecido en 1985. Como no ha resultado probado que el recurrente careciese de medios económicos, falta el hecho base de la presunción de adquisición con fondos hereditarios. El motivo se desestima,

porque no tiene en cuenta que el hecho cierto e indubitado es la compra mediante escritura de 29 de septiembre de 1987 del susodicho pabellón por el precio, que los vendedores confiesan haber recibido con anterioridad, de 6.000.000 de pesetas. Al afirmarse por la actora que ése procedía de la herencia paterna por los datos que aportaba, la sentencia recurrida ha recurrido a la prueba de presunciones, apoyada en la confesión judicial del recurrente y en actos anteriores suyos, para llegar a esa misma conclusión. Por lo tanto, la presunción está basada en hechos ciertos: contraprestación del comprador por la adquisición del pabellón. Otra cosa es que sea lógica la conclusión que obtiene sobre la procedencia de aquella contraprestación, pero eso es tema del artículo 1253, no de prueba de los hechos-base de la presunción.

El motivo segundo acusa infracción del artículo 1253 del CC y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. En el mismo se intenta rebatir la presunción que la contraprestación pagada por la adquisición del pabellón en Nanclares de Oca procedía de la herencia de C. Luis Francisco, y el recurrente aduce para ello que no es lógica, no es coherente la inferencia obtenida de los hechos. La sentencia recurrida dice que el recurrente siguió desde 1984 con el negocio de fabricación de manguitos instalado por su padre en un pabellón de su propiedad en Villodas, porque en aquella fecha este último dejó la actividad industrial por enfermedad, falleciendo en 1985. El recurrente tenía en 1984 veintidós años, había terminado el servicio militar y carecía de ingresos, viviendo con sus padres y percibiendo un sueldo cercano a las 100.000 pesetas mensuales. En estas circunstancias, a las que se une la situación de ruina del negocio familiar según el propio recurrente, es claro, dice la sentencia recurrida, que carecería de capacidad económica para adquirir de su propio patrimonio el pabellón a los tres años de llevar aquel negocio. Por otra parte, no ha justificado ingresos para ello, sólo alude a las aportaciones de los socios de la anónima que se creó para explotar el negocio de manguitos en el pabellón de Nanclares, y a préstamos. Son excusas que carecen de todo fundamento ya que no es la sociedad la que compró el pabellón sino el recurrente y a su propio nombre, además de que por parte alguna aparece ninguna disposición a los socios en su favor, ni existe plenamente identificado y concretado ningún préstamo obtenido para la compra del pabellón. Atendiendo al conjunto de estas circunstancias, esta Sala considera que no es ilógica ni infundada en absoluto la presunción que se ataca, establecida por la sentencia recurrida. Por todo ello el motivo se desestima.

El motivo tercero acusa infracción del artículo 1214 del CC. La queja casacional es la de que se ha obligado al recurrente, al que no le corresponde tal carga, probar que es de su propiedad y no a la comunidad hereditaria tanto el negocio de manguitos como las dos fincas que se reseñaban, sino de la parte actora que, contra las escrituras públicas de adquisición, mantiene que son de su propiedad tales bienes. En cuanto al llamado por el recurrente negocio de manguitos, si con ello se refiere al negocio familiar sito en el pabellón de Villodas, la presunción examinada en el motivo anterior es contraria a su tesis. Como hecho que está solamente a su alcance probatorio, le hubiera sido mucho más fácil la demostración de que tenía un patrimonio propio que a la actora, la cual lo ha negado en base a datos que fueron utilizados para fundamentar la presunción. Respecto a las dos fincas el motivo es incomprensible, porque la sentencia recurrida (fundamento de derecho segundo), de conformidad con la de primera instancia (fundamento de derecho quinto) achacan a la parte actora el que no hubiera probado sus afirmaciones sobre la titularidad real de las mismas, que dice fueron adquiridas por sus padres y después de su muerte se escrituraron a nombre del recurrente. Nada, pues, de variación de la regla probatoria contra el recurrente. Además, la sentencia recurrida justifica la adquisición privativa por don Rodolfo, entre otros argumentos, en que su situación era más sólida en la fecha en las adquisiciones [en relación con la del pabellón de Nanclares de Oca] y más lejana al fallecimiento de sus padres. La utilización de la técnica de presunciones no implica por sí infracción de la regla legal sobre el *onus probandi*. Por todo ello el motivo se desestima.

El motivo cuarto acusa infracción el artículo 1218 del CC. El mismo tiene por objeto defender que no se ha respetado en tanto que no se reconoce por la sentencia recurrida el valor de las escrituras públicas de compraventa, que acreditan la titularidad del recurrente sobre el pabellón de Nanclares de Oca y la de las fincas 709 y 810. Prescindiendo de estas dos fincas por lo expuesto en el motivo anterior y fijándonos en el pabellón, ha de reiterarse una vez más la doctrina de esta Sala, según la cual el valor o eficacia de un documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en él hagan los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (Sentencias de 26 de enero de 2001, 22 de noviembre de 2004 y 18 de octubre de 2005, entre otras).

El motivo quinto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 452 CC. Es consecuencia de que el recurrente tiene el pleno dominio del pabellón de Nanclares de Oca y de su industria. Por ello los frutos le corresponden a él. El motivo se desestima como consecuencia de la de los tres primeros. El citado pabellón corresponde a la herencia.

El motivo sexto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de la doctrina de esta Sala sobre los actos propios, recogida en las sentencias que cita. En su defensa dice el recurrente: «Consecuentemente se ha infringido la jurisprudencia que se invoca en este motivo de casación al no respetar la sentencia recurrida los actos propios del recurrente, como son la compra de la nave, el pago de su precio que consta en escrituras públicas, constitución de la sociedad, la actividad industrial que desarrolla, los créditos que utiliza para su pago, la intervención de los socios y aportaciones, y en definitiva toda la actividad para el desarrollo de los negocios por el Sra. Carmela, siendo procedente la estimación de este motivo de casación». El motivo se desestima porque no supone más que un intento de destruir la presunción sobre la verdadera propiedad del pabellón, remitiéndonos a los motivos primero, segundo y tercero.

El motivo séptimo, al amparo del artículo 1692.4.º, acusa infracción de la doctrina jurisprudencial prohibitiva del enriquecimiento injustificado, recogida en las sentencias que cita. Se refiere al reconocimiento de un crédito de la masa hereditaria por importe de 1965.138 pesetas, contra el recurrente, por el uso de la vivienda de la misma. Dicho crédito lo basa la sentencia recurrida en el enriquecimiento injustificado que obtendría el recurrente a costa de la actora. En la fundamentación del motivo se argumenta en el sentido de que no se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que se produzca tal enriquecimiento injustificado. El motivo se estima, pues es en el juicio de testamentaria frustrado que antecedió a este proceso, todos los herederos (actora y demandados) acordaron que los bienes hereditarios quedasen en la posesión de quienes actualmente los poseían, y así tuvo lugar. Luego el recurrente no sólo ha hecho legítimo el uso derivado de aquel acuerdo, sino que éste es plenamente acorde con la facultad legal de cada coheredero de servirse de las cosas comunes, y de la validez y plena eficacia de los acuerdos de los comuneros sobre la administración y mejor disfrute de la cosa común (artículos 394 y 398 CC). Dice la sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 2004, con cita de otras, que para que exista un enriquecimiento injusto es preciso que se demuestre que alguien ha adquirido una utilidad que no provenga del ejercicio sin abuso de un derecho legítimamente atribuido por un contrato, por una sentencia judicial o por un precepto legal.

La estimación del motivo séptimo del recurso hace inútil el examen del octavo y último pues aborda la misma cuestión tratada en el anterior, y obliga a la casación parcial de la sentencia recurrida, en cuanto confirmó el fallo de la primera instancia que computó en el inventario de las herencias de don Luis Francisco y de su esposa doña Elvira, un crédito contra el codemandado don Rodolfo de 1965.138 pesetas por su disfrute de la vivienda sita en la DIRECCIÓN001 núm. NÚM003 de Vitoria. Dicha sentencia se revoca también en este punto. Sin condena en costas en primera instancia a ninguna de las partes, lo mismo que las de apelación y este recurso.

SUCESIONES

Hasta tanto se realice la partición de herencia, un heredero carece de legitimación para ejercitar una acción declarativa de dominio contra los otros herederos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Rosendo se considera propietario de la tercera parte de la finca sita en C/CALLE000 de Malagón, siendo titular su abuela doña Elena, que falleció dejando como herederos a sus cuatro hijos doña Milagros, don Gaspar, don Víctor Manuel, don Luis Pedro o a los herederos de éstos, que don

Gaspar ya había fallecido, por lo que su único heredero es el ahora demandante don Víctor Manuel; en cuanto a doña Milagros falleció sin herederos, por lo que su parte acreció al resto, del mismo modo don Víctor Manuel fallece sin testamento, y don Luis Pedro deja como herederos a sus seis hijos. Antes de fallecer doña Milagros vendió su parte al marido de su sobrina doña Damiana, hija de don Luis Pedro. Posteriormente los seis hermanos sin contar con don Víctor Manuel enajenan toda la finca a don Isabel, su hermano don Luis María, y las esposas de éstos, y en la actualidad, doña Isabel es poseedor de la finca y se niega a entregar la parte que le corresponde al demandante.

- Don Rosendo interpuso demanda de menor cuantía contra doña Isabel solicitando que se dicte sentencia por la que «a) Se declarase en la sentencia que mi mandante es dueño de un tercera parte indivisa de la finca urbana, casa de planta baja en la villa de Malagón a que se refiere esta demanda, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos. b) Que se condenase al demandado para que en ejecución de sentencia, conforme al informe pericial que se practicó en autos, se divida y se adjudique a mi comitente la tercera parte que le corresponde y *ad cautelam* y para el supuesto de no ser divisible la casa, en ejecución de sentencia se proceda a la venta en pública subasta, como ordena la ley. c) Condenando al demandado al pago de las costas».

- Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, solicitando su desestimación, con imposición a la parte actora de las costas del juicio. Alegaba el demandado, en primer lugar, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que no fueron llamados a juicio los otros compradores de la finca, ni los vendedores; en cuanto al fondo del asunto, manifestaron que la finca pertenecía por completo a los hermanos Corrales, y que el demandante fue indemnizado a cambio de renunciar verbalmente a los derechos hereditarios y a la parte de la finca que le correspondía. Igualmente añadió que la finca adquirida está inscrita.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ciudad Real dictó Sentencia el 9 de julio de 1999 desestimando la demanda.

- En grado de apelación, la AP de Ciudad Real dictó Sentencia el 11 de septiembre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por don Rosendo.

- Don Rosendo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Basaba la demanda en que el actor era hijo y heredero de su padre don Gaspar, fallecido antes que su abuela doña Elena, de quien provenía la citada finca. Doña Elena dejo como universales herederos por partes iguales a sus cuatro hijos, Milagros, Gaspar, María Antonieta y Luis Pedro. Tras diversas vicisitudes jurídicas relatadas en la demanda, resulta que la repetida finca urbana llegó a tener como titulares a don Víctor Manuel, por título de compra del usufructo de sus derechos a doña María Antonieta, y a los hijos y herederos de don Luis Pedro. Al actor, según la demanda, le correspondía un tercio de la finca, y a los restantes herederos de la abuela doña Elena los otros dos tercios, todo ello debido al acrecimiento en sus partes que produjo la muerte de doña Milagros sin descendencia y sin testamento. Don Víctor Manuel y los herederos de don Luis Pedro vendieron por escritura pública la finca litigiosa al demandado don Isabel, sin consentimiento del actor.

Alega el recurrente el vicio de incongruencia omisiva en la sentencia recurrida. La misma desestimó la demanda por falta de legitimación activa del demandante (hoy recurrente) porque no se había acreditado que se hubiera procedido a efectuar la partición de la herencia. El recurrente entiende que ello era innecesario para la defensa de su derecho frente al que se lo niega o le priva del mismo.

El motivo se desestima por el Tribunal Supremo, porque la reiterada doctrina de esta Sala es la de

que las sentencias absolutorias son congruentes, salvo que obedezcan a una variación de la *causa petendi*, o cuando hayan acogido una excepción no alegada salvo que se hubiera procedido *ex* oficio. Esto último es lo que ha sucedido en la sentencia que se impugna. El actor insta sus pretensiones con relación a un único bien de la herencia de su abuela, sin demostrar que sus derechos a ella se habían concretado en él a consecuencia de la partición (artículo 1068 CC).

La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido que el tema de la legitimación pasiva o activa de las partes puede ser examinado de oficio por el órgano judicial (Sentencias, entre otras, de 30 de mayo de 2002 y 7 de julio de 2004). Por eso debieron ser demandados los vendedores, no sólo los compradores de la casa litigiosa.

Por otra parte, también tiene declarado esta Sala con reiteración que hasta que no se efectúe la partición no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de ningún bien hereditario (Sentencias de 31 de enero de 1994, 3 de junio de 2004 y las que en ellas se citan). Mientras la herencia se halle en comunidad, el derecho de los coherederos no se proyecta sobre cada uno de los bienes que la componen, sólo tienen una cuota en la titularidad del patrimonio hereditario, del que forman parte los bienes y deudas del cesante.

La necesidad de partición en este litigio es indudable, toda vez que el recurrente debía a la herencia determinadas cantidades de dinero que su abuela (de quien proviene la herencia) satisfizo por él según su testamento y no condonó, además de tener que efectuarse las colaciones que en el mismo ordenó.

PENAL

Se absuelve al integrante de una pareja de hecho del delito de abandono de familia que venía acusado al no integrar la conducta denunciada el tipo previsto en el artículo 227 del CP, ya que la obligación alimenticia no se estableció en una resolución judicial sino en una escritura pública pactada entre los convivientes al cesar en la convivencia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Luciano Varela Castro

ANÁLISIS DEL CASO

- La empresa Maderas Z fue constituida el 24 de septiembre de 1992 por don Eusebio y doña Rosario, suscribiendo el primero 500 participaciones sociales y doña Rosario 650, nombrándose a ésta Administradora Única de la Compañía.

- Doña Rosario confirió a favor de don Eusebio poder para ejercitar las facultades correspondientes al Administrador con la única excepción de las correspondientes a la ejecución y cumplimiento de los acuerdos de la Junta, convocar Juntas Generales, preparar los asuntos de éstas, objeto de deliberación, cuentas anuales, informe de gestión y propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados, la distribución de beneficios y el otorgamiento de poderes, su sustitución y revocación.

- Tras sucesivas renovaciones de su cargo, en fecha 12 de junio de 1998 doña Rosario presentó su dimisión que le fue aceptada, nombrándose nuevo Administrador Único a don Eusebio.

- Don Eusebio, en fecha 9 de septiembre de 1998 confirió a favor de doña Rosario poder para ejercitar las facultades correspondientes al Administrador con la única excepción de las correspondientes a la ejecución y cumplimiento de los acuerdos de la Junta, convocar Juntas Generales, preparar los asuntos de éstas, objeto de deliberación, cuentas anuales, informe de gestión y propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados, la

distribución de beneficios y el otorgamiento de poderes, su sustitución y revocación. En fecha 16 de mayo de 2002 don Eusebio revocó dicho poder, si bien doña María Teresa siguió actuando en representación de Maderas Z.

⊙ La entidad Z fue constituida el 22 de noviembre de 1999 por don Alfredo y doña Cristina, siendo designado Administrador Único don Eusebio. Mediante escritura pública de la misma fecha, otorgada ante el mismo Notario, don Eusebio y doña Camila, adquirieron de don Alfredo y de doña Cristina la totalidad de las participaciones sociales de dicha Mercantil. El 12 de enero de 2001 don Eusebio confirió poder a favor de doña Camila para actuar en nombre y representación de ésta con las más amplias facultades.

⊙ El 9 de septiembre de 1998, don Eusebio y doña Rosario, hasta entonces pareja de hecho, suscribieron ante notario un convenio en virtud del cual el primero se comprometía a abonar a la segunda la cantidad de 250.000 pesetas mensuales en concepto de pensión alimenticia en favor de las hijas comunes de ambos, María Teresa y María Purificación.

⊙ Don Eusebio nunca hizo a doña Rosario pago alguno en tal concepto.

⊙ En fecha que no consta, don Eusebio, actuando en nombre y representación de Maderas Z, SL se vendió a sí mismo, como persona física, la vivienda propiedad de dicha Mercantil sita en el piso 1.º de la casa señalada con el núm. 39 de la Avda. de Navarra de la localidad de Beasain.

⊙ Don Eusebio, actuando en su calidad de Administrador Único de la Mercantil Maderas Z transfirió a Z una gran cantidad de vehículos y otros bienes.

⊙ Por razón del impago de aquellas pensiones alimenticias convenidas, en fecha 18 de junio de 2002, doña Rosario presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de los de Irún demanda de ejecución dineraria contra don Eusebio, en solicitud de Auto despachando la ejecución por la cantidad de 101.066,37 euros, más intereses y costas, designando como bienes susceptibles de embargo, 550 participaciones sociales que el demandado poseía de la empresa Maderas Z, así como las participaciones sociales que pudiera ostentar en la Mercantil Z, SL.

⊙ Por Auto de fecha 9 de julio de 2002, el Juzgado accedió a lo solicitado. En fecha 2 de agosto de 2002 se solicitó mejora de embargo, ampliándolo a la vivienda 1.º derecha de la casa señalada con el núm. 39 de la Avda. de Navarra de la localidad de Beasain. El Juzgado, mediante providencia de fecha 9 de septiembre de 2002 accedió al embargo.

⊙ En fecha 11 de octubre de 2002, tras conocer que dicha vivienda embargada se hallaba gravada con una hipoteca y que la nuda propiedad había sido transmitida a los dos hijos que don Eusebio había tenido con doña Camila (reservándose para ambos el usufructo vitalicio) se solicitó nueva mejora de embargo, ampliándose al derecho de usufructo que el demandado poseía sobre 26 fincas rústicas, cuya nuda propiedad corresponde a doña Rosario. El Juzgado accedió por resolución de fecha 6 de noviembre de 2002. Sin embargo, en virtud de escritura pública otorgada el 24 de mayo de 2002, don Eusebio había donado a los dos hijos habidos con doña Camila, Anne y Aritz, el derecho de usufructo temporal sobre aquellas 24 fincas, donación que fue aceptada por la Sra. Camila habida cuenta de la minoría de edad de los donatarios.

⊙ El día 25 de noviembre de 1999, doña Camila, actuando como apoderada de Z, SL expresamente facultada para dicha operación, adquirió de doña María Cristina el Caserío Arrupe (junto con sus pertenecidos), sito en el término municipal de Tolosa, por un precio declarado de diez millones de pesetas. El pago del precio pactado se efectuó mediante entrega a la parte vendedora de un cheque del BBVA de fecha 24 de noviembre de 1999 por importe de siete millones de pesetas y otro de la misma fecha de la Entidad KUTXA por un importe de tres millones de pesetas. Dichos cheques,

en los que figuraba como ordenante la Mercantil Maderas Z, fueron emitidos por don Eusebio, a la sazón Administrador Único de ésta, con cargo a las cuentas de la referida mercantil.

⊙ En virtud de contrato privado de compraventa suscrito el 20 de junio de 2000, doña Camila, actuando como apoderada de Z, adquirió para esta Mercantil una nave industrial sita en el polígono Industrial Guardi de la localidad de Idiazábal por un precio declarado de noventa millones de pesetas. Para abonar parte de dicho precio, don Eusebio, actuando como Administrador Único de la Mercantil Maderas Z utilizó fondos procedentes de las cuentas bancarias de esta Mercantil.

⊙ Doña Rosario, con fondos procedentes de la Mercantil Maderas Z, adquirió para sí en las fechas en que se especifican las siguientes fincas rústicas: en fecha 11 de julio de 1996, el terrero denominado BASO BERRI sito en el Barrio de Elcano del término municipal de Aya (Guipúzcoa); en la misma fecha de 11 de julio de 1996, dos fincas rústicas (descritas cada una de ellas como «terreno helechal y castañar») en el término de Vera de Bidasoa (Navarra); en fecha 29 de junio de 1998, tres fincas rústicas en la localidad de Zegama (Guipúzcoa). Doña Rosario, en fechas 12 de noviembre de 2002 y 22 de septiembre de 2003, vendió las fincas rústicas sitas en Aya y Zegama, respectivamente, incorporando a su patrimonio el precio recibido.

⊙ Doña Rosario desde el 14 de abril de 2000 hasta el 4 de mayo de 2002 vino utilizando la tarjeta de crédito de la que es titular la Mercantil Maderas Z. Desempeña un trabajo por cuenta ajena por el que percibe un salario de 250.000 pesetas mensuales. Además de las anteriormente reseñadas, es titular de la nuda propiedad de 24 fincas rústicas y de la que constituye su vivienda habitual y de sus dos hijas María Teresa y María Purificación (habidas con don Eusebio), vivienda cuyo precio se abonó, en parte, con dinero privativo de doña Rosario, la mitad mediante un préstamo hipotecario que sufraga Maderas Zubeldia, SL. y 10 millones de pesetas que fueron precisos para la realización de obras en ésta, mediante un préstamo personal solicitado por don Eusebio, sufragado también por aquella Mercantil. De las dos hijas a las que se ha hecho referencia, la mayor ha cursado estudios universitarios en la ciudad de Salamanca y la menor cursa estudios en un Instituto de su localidad.

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Irún, incoó Procedimiento Abreviado núm. 23/04, contra Eusebio, por delitos de abandono de familia, alzamiento de bienes, apropiación indebida y falsedad en documento mercantil y contra Camila por un delito de alzamiento de bienes, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que con fecha 15 de enero de 2007, dictó sentencia condenando a don Eusebio como autor de un delito de falsedad en documento mercantil a las penas de seis meses de prisión y multa de seis meses, con una cuota-multa de 8 euros, y absolviéndolo de los delitos de abandono de familia, apropiación indebida objeto de acusación y del delito de alzamiento de bienes.

⊙ Doña Rosario interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La primera impugnación pretende exclusivamente que se establezca como hecho probado que la cantidad a cuya entrega venía obligado el acusado era la de 350.000 pesetas mensuales y no 250.000 pesetas.

Invoca para ello el motivo previsto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. E indica como documento el convenio entre acusado y madre de los hijos habidos de la relación entre él y la denunciante. En dicho convenio a aquella cantidad se unía (cláusula 4.ª) la obligación de añadir 100.000 pesetas a favor de la entonces compañera.

Constituye presupuesto ineludible para la estimación de este motivo que el hecho cuya omisión denuncia, sea jurídicamente relevante.

El tipo penal cuya aplicación se postula en el siguiente motivo, circunscribe el comportamiento tipificado al impago de prestaciones a favor de los hijos o del cónyuge del obligado.

Así pues, la existencia de una obligación de alimentos a favor de otra persona en la que no concurre aquella calidad resulta intranscendente para el tipo penal invocado. Y no la reúne la persona que mantiene una relación de afectividad equiparable a la de esposa. Porque, aunque esta relación se equipara en consecuencias jurídicas en múltiples presupuestos, la equiparación la hace o la propia ley o no implica una ampliación de una norma represiva. En este caso, ampliar el presupuesto típico sería analogía proscrita para instaurar una consecuencia penal de ampliación del presupuesto de la pena.

Por ello el motivo debe ser rechazado.

No hay delito de impago de pensiones si las insatisfechas no fueron establecidas en un resolución jurisdiccional recaída en los procedimientos a que hace referencia el artículo 227 del Código Penal.

Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia también infracción de ley en relación con el artículo 227 del Código Penal.

Entiende la recurrente que los hechos tal como se han declarado probados implican impago de lo obligado según resolución judicial en materia de alimentos, ya que tal carácter tiene la que despacha ejecución en virtud de convenio por el que los progenitores acuerdan que el acusado satisfaga pensión a favor de los hijos comunes.

No postula el recurso la toma en consideración del tipo penal, por lo demás descartado en la sentencia contra la que se recurre, de abandono de familia previsto y penado en el artículo 226 del Código Penal, por lo que queda fuera de consideración la situación de necesidad de los destinatarios de la pensión. Y firme en este punto la recurrida.

El tipo penal cuya aplicación se postula exige como elementos constitutivos: a) que una resolución de naturaleza judicial establezca la obligación de prestación económica, y que dicha resolución sea dictada dentro de los procesos a los que el tipo penal hace referencia (aprobando un convenio o en los de separación, divorcio, nulidad, sobre filiación o sobre alimentos, en este caso circunscrito a los exigidos a favor de hijos), b) la realidad de la no realización del pago de esa prestación, en los tiempos y cuantía que el tipo penal refleja, c) la posibilidad de que dicho pago pueda ser realizado por el obligado (*in necesitate nemo tenetur*), sin que, sin embargo, se requiera una situación de necesidad por parte del que tiene derecho a la prestación ni que se derive para éste, perjuicio alguno diverso del de la no percepción de la prestación, tratándose de un delito de mera inactividad, y d) el conocimiento de la resolución judicial unido a la voluntad de no realizar el pago, cuya voluntad se estima ausente en los supuestos de imposibilidad de hacer efectiva la prestación, lo que le aleja del reproche de delito que instaure la prisión por deudas.

En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal. Así en la Sentencia de 3 de febrero y en la de 3 de abril de 2001.

La exclusión del tipo penal cuya aplicación postula la recurrente se funda en la sentencia recurrida en una consideración: la falta de título de la obligación que reúna las condiciones del previsto en el tipo penal.

El debate en el caso que ahora juzgamos se centra por ello en determinar si reúne la condición típica la resolución judicial que despacha ejecución en virtud de la escritura pública por la que el acusado se obligaba, en pacto con la madre de sus hijos y con la que había mantenido relación de afectividad estable, a pagar alimentos a dichos hijos.

No es difícil advertir una substancial diferencia entre tal tipo de resolución (despacho de ejecución) que se limita a valorar como título ejecutivo un acuerdo respecto del cual carece el Juzgador de toda facultad de control a efectos de homologación, y la resolución a que se refiere el tipo penal, caracterizada porque la Autoridad Judicial efectúa una valoración de las circunstancias concurrentes para decidir, con buena autonomía respecto a la voluntad de los sujetos obligado y acreedor de la prestación.

De ahí que el tipo penal utilice el verbo establecer como contenido de la resolución judicial cuya inobservancia permite calificar de típica la conducta del incumplidor.

Es obvio que no tiene igual significación antijurídica el incumplimiento de una obligación únicamente configurada por la voluntad de sujetos contratantes, sin sometimiento a homologación judicial, que incumplir la obligación que, aunque responda a la misma función, se configura desde la imparcialidad del titular de la potestad jurisdiccional.

En el caso presente, la prestación cuya insatisfacción se denuncia es meramente contractual y la ejecución se despacha por resolución jurisdiccional que atiende a los requisitos del título pero no a los criterios con que la obligación se configura en el marco de los procesos a que la norma penal hace referencia.

El motivo no puede estimarse.

PENAL

A pesar de que una sentencia civil declaró que no era el padre biológico, no se estima el recurso de revisión para dejar sin efecto las condenas por impago de pensiones alimenticias.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Martín Pallín

ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón, con fecha 8 de julio de 2003, dictó sentencia, que adquirió firmeza, condenando a don Romeo como autor de un delito del artículo 227 CP por no haber abonado determinadas prestaciones económicas en favor de su hijo Guillermo. Con un contenido semejante, fue condenado asimismo el referido don Romeo, por Sentencia de 14 de octubre de 2005, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Gijón, que también fue firme, como autor del mismo delito en relación a otras prestaciones económicas dejadas de pagar en favor del citado hijo.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de la misma ciudad de Gijón, tras el correspondiente proceso civil, dictó sentencia de 14 de diciembre de 2006 que decretó como primer pronunciamiento que el demandante don Romeo no es el padre biológico del menor Guillermo, declarando la nulidad de la filiación referida y acordando la correspondiente rectificación en el Registro Civil.

- Don Romeo interpuso recurso de revisión contra las Sentencias citadas de 8 de julio de 2003 y 14 de octubre de 2005, por entender que «decae uno de los elementos que permiten la aplicación del delito previsto y penado en el artículo 227 CP, cual es que la prestación económica judicialmente establecida ha de tener como beneficiario, bien al cónyuge, bien a los hijos del que debe satisfacerla, lo que no sucede en el presente supuesto, ya que el menor Guillermo jamás ha sido hijo del solicitante, habiendo sido tal filiación nula con todos los efectos que ello implica».

- El Tribunal Supremo desestimó el recurso de revisión.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente sostiene que, admitida la impugnación de la paternidad, decae uno de los elementos que permiten la aplicación del artículo 227 del Código Penal. Según su tesis, la prestación económica que contempla dicho precepto ha de tener como beneficiarios, bien al cónyuge bien a los hijos del que debe satisfacerla, lo que no sucede en el presente supuesto ya que el menor jamás ha sido hijo del solicitante, habiendo sido la filiación nula con todos los efectos que ello implica.

Esta afirmación, según sostiene el Tribunal Supremo, es demasiado tajante, ya que la posterior comprobación de la inexistencia de paternidad biológica produce efectos en determinados aspectos, pero no en la totalidad de las relaciones jurídicas hasta ese momento existentes. El artículo 41 de la Ley de Registro Civil establece que la filiación hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, de sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito. En el caso que nos ocupa, al tratarse de una filiación surgida en el seno de un matrimonio, el Registro determinó la filiación materna y paterna.

Esta realidad jurídica se mantiene intacta y con todos los efectos a ella correspondientes, y así lo establece de forma clara el artículo 50 de la Ley del Registro Civil al disponer que no podrá extenderse asiento alguno contradictorio con el estado de filiación que prueba el Registro mientras no se disponga otra cosa por sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio Fiscal.

Hasta tal punto el efecto es limitado que una vez declarada la inexistencia de filiación matrimonial y, por tanto, detectada una ilegítima, el Registro debe mantener la reserva correspondiente, según el artículo 51, y no podrá librarse certificación que contenga este dato si no es a petición de las personas a quienes directamente afecte o con autorización del Juez de Primera Instancia a quienes justifiquen interés especial.

Es decir, los efectos de una ilegitimidad declarada con posterioridad, no tiene fuerza expansiva ilimitada y queda enmarcada en la previsión del artículo 112 del Código Civil. Dicho precepto dispone que la determinación legal tiene lugar, en este caso, desde la inscripción como hijo matrimonial en el Registro Civil. La nueva situación jurídica surge no de la pericia biología sino de la parte dispositiva de la sentencia del juicio de impugnación de la paternidad, de fecha 14 de diciembre de 2006. Declarada la nulidad de la paternidad, registralmente adjudicada al recurrente, con todos los efectos que ello implica, se acuerda y se procede a la rectificación de la inscripción de nacimiento en cuanto que la filiación matrimonial allí establecida no se corresponde con la realidad registral.

Ahora bien, el artículo 112 del Código Civil no establece una retroactividad absoluta de esta nueva situación. Por un lado, mantiene la validez de los actos otorgados en nombre del hijo menor y no puede alcanzar a las obligaciones derivadas de la patria potestad mantenida durante la vigencia del asiento registral que así lo confirmaba.

La posterior separación o divorcio de los padres registrales, llevó consigo la adopción de una serie de medidas previstas legalmente para estos casos, entre ellas, la prestación de pensión alimenticia al hijo menor y así se estableció en el presente caso. El incumplimiento de estas prestaciones es lo que da lugar a las condenas que ahora se pretende revisar.

La parte recurrente, al formalizar el Recurso de Revisión alega que el artículo 227 del Código Penal, exige una serie de elementos que supone una restricción del círculo de autores. Añade que nos encontramos ante un delito especial, propio, que sólo puede existir si en el sujeto activo se da esa calidad de progenitor, en la persona obligada a pagar la pensión.

En cuanto a la exigencia de un sujeto activo especial propio, es decir, la existencia o concurrencia de la condición de padre estaba cumplida por la fe registral indestructible si no es por resolución judicial contraria que se produjo por hechos conocidos con posterioridad al agotamiento del delito y declarados, todavía más tarde en sentencia firme.

En primer lugar, debemos señalar que el artículo 227 se refiere a las personas que dejaren de pagar la prestación económica a favor de su cónyuge o de sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado. Aunque se trate de un matiz gramatical hay que diferenciar entre el concepto de hijo, condición legal que establecía la fe pública del Registro Civil y progenitor que, además de la misma significación jurídica, lleva añadida la condición de procreador biológico.

El Código Penal no distingue y sólo exige la condición de hijo que es la que ostentó el menor durante el tiempo en que se cometieron los hechos que han dado lugar a las condenas que se pretende revisar. El legislador penal ha querido reforzar el cumplimiento de obligaciones que son debidas en función de una resolución judicial perfectamente válida sin perjuicio de que al permitirse la investigación de la paternidad, pueda suceder que, años más tarde, incluso cuando el menor haya alcanzado la mayoría de edad, se determine que la paternidad legal no coincide con la biológica y se acuerde acomodar la realidad biológica y la realidad registral.

El Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, nos recuerda que el niño necesita cuidados y asistencia especiales y la debida protección legal de estos derechos primarios y fundamentales. El artículo 227 del Código Penal se encuentra en el Título XII que protege como bien jurídico las relaciones familiares y dentro de las obligaciones de prestar y cumplir los deberes familiares prestando asistencia a los menores que la necesitan y que además ha sido fijada por resolución judicial.

El recurrente ha recorrido hasta el agotamiento irreversible, todos y cada uno de los elementos del tipo, objetivos y subjetivos, que exige el artículo 227 del Código Penal. En cuanto a los elementos objetivos, el acusado tenía la obligación de prestar y cumplir con el pago de la pensión por su condición de padre determinado por la inscripción registral e indiscutido en el momento de comisión de los hechos. El menor cumplía con la condición de hijo determinado legalmente e incluido como sujeto perceptor de la pensión por lo que el impago supuso el abandono de obligaciones familiares tuteladas penalmente.

El valor probatorio de los asientos del Registro civil y de sus respectivas certificaciones es algo consustancial al carácter de documento público que tienen, en tanto que autorizados por empleado público competente con las solemnidades establecidas por la ley, según la definición de tales documentos dadas por la ley, según la definición de tales documentos dada por el artículo 1216 Código Civil. Dicho carácter lo reconocen explícitamente el artículo 7 la Ley del Registro Civil y actualmente también el artículo 317.5.º Ley de Enjuiciamiento

Civil 2000, siendo así que según el artículo 17 Reglamento del Registro Civil «el Encargado y, por su delegación, el Secretario son los únicos funcionarios que pueden certificar de los asientos del Registro», que como tal «hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten». Ahora bien, conformarse con este primer estadio equivaldría a quedarse en la mitad del camino, porque lo verdaderamente característico de las inscripciones del Registro civil no es ya el valor probatorio que les corresponde en tanto que documentos públicos, sino que los hechos inscribibles sólo pueden ser probados a través del Registro civil, constituyendo así una verdad oficial de lo en ellas reflejado, que sólo se puede suplir en los limitados casos que prevé la Ley.

Si se mantiene la tesis de que el sujeto activo del delito tiene que ser el padre biológico, cosa que no entra en las previsiones del legislador, podríamos extender esta realidad a toda clase de delitos especiales propios en los que, por ejemplo, un funcionario que carecía de las condiciones legalmente establecidas, comete delitos de prevaricación, cohecho o negociaciones prohibidas a los funcionarios. Ello daría lugar a que si más tarde se demuestra que falsificó o simuló su condición de funcionario habría que revisar y absolver, por evidente inocencia, de los delitos de cohecho o prevaricación cometidos. La existencia del elemento subjetivo, actuar consciente y deliberadamente, está rotundamente afirmado en las sentencias condenatorias y a ellas nos remitimos.

En relación con la estructura del tipo, nos encontramos ante un delito de omisión de cumplimiento de un mandato jurídico que le estaba directamente recordado al notificarle la resolución judicial en la que se le advertía de su obligación de pagar la pensión. Por ello, el mandato jurídico era claro e ineludible. El recurrente sabía y conocía perfectamente que el derecho no le permitía omitir la acción correspondiente. Tenía perfecta conciencia de lo injusto de su negativa a cumplir lo que se le ordenaba sin error posible. Su condición de obligado estaba inexorablemente determinada por su condición de padre, por su conciencia de que éste era su estado y por el mandato judicial.

Si se mantiene la postura literalista, habría que revisar la agravante de parentesco, en el caso de que hubiera matado al hijo. Esta posibilidad ha sido rechazada por reiterada y unánime jurisprudencia de esta Sala que, al mismo tiempo, nos recuerda que el supuesto contemplado en el núm. 4 del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige que la concurrencia de esos nuevos hechos o nuevos elementos de prueba evidencien la inocencia del condenado de forma tan exacta y certera que no permita abrigar duda alguna, resaltando, de una parte el error cometido en la sentencia revocada y de otra la notoria inculpabilidad del condenado.

Si no exigimos que los hechos evidencien la inocencia del condenado, acogiéndonos a lecturas textualistas, ajenas al carácter y naturaleza del Recurso de revisión, atentaríamos contra el principio de lesividad que se vería ignorado ante un hecho que vulnera inequívocamente el bien jurídico lesionado y lo que es más grave, contra el principio de justicia como valor superior.

Voto Particular del Excmo. Sr. don Joaquín Delgado García.

Dice así el artículo 954 LECrim: «Habrá lugar al recurso de revisión contra sentencias firmes en los casos siguientes: 4.º Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos nuevos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado».

Tal ha ocurrido en el caso aquí examinado. Hubo dos sentencias penales condenatorias y firmes que sancionaron a don Romeo por sendos delitos del artículo 227 CP al haber dejado de pagar las pensiones alimenticias a que se encontraba obligado en favor de su hijo Guillermo relativas a dos períodos de tiempo diferentes. Conocedor dicho condenado de que no era él el padre del citado Guillermo, inició el correspondiente proceso civil que terminó con sentencia que asimismo alcanzó firmeza que declaró la inexistencia de esa relación de filiación. Esta última sentencia constituye un nuevo hecho que evidencia la inocencia del condenado, esto es, que carecían de fundamento esas obligaciones de pagar las prestaciones económicas por cuyo no abono se condenó al aquí recurrente como autor de dos delitos del referido artículo 227 CP. Así pues, procede anular las dos referidas sentencias firmes penales por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 958 LECrim.

Los razonamientos expuestos en la sentencia de la mayoría tienen validez a los efectos meramente civiles, esto es, en cuanto justificación del deber de pago de los alimentos en favor del hijo menor de edad y demás obligaciones inherentes a la patria potestad; pero no pueden aplicarse para justificar los pronunciamientos meramente penales, respecto de los cuales la averiguación de la inexistencia de la paternidad biológica en la que estaba fundada la relación de patria potestad sí ha de producir efecto retroactivo *pro reo*. El hecho acreditado con posterioridad a las referidas sentencias penales condenatorias, relativo a la mencionada falta de paternidad, determina la ausencia de un elemento del tipo del artículo 227 CP por el que se sancionó en tales dos sentencias: no era hijo suyo aquel en cuyo favor el entonces acusado tenía obligación

de abonar las correspondientes prestaciones económicas. El texto del artículo 954.4.º obliga a tal retroactividad penal en beneficio del reo. La verdad material conocida después de tales condenas penales, fundamento de este recurso de revisión en nuestra LECrim, así lo requiere.

PENAL

Al no acreditarse el engaño a la esposa, se absuelve al esposo del delito de estafa continuada por el que fue condenado por la Audiencia Provincial por disponer de dinero e hipotecar fincas comunes de los cónyuges.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Román Puerta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Jesús y Carolina llevaban casados desde el día 20 de marzo de 1993, siendo su régimen económico-matrimonial el de gananciales.

⊙ Debido a un procedimiento judicial en el que participaba el esposo, arquitecto de profesión y de la obligación de pago de unas costas que derivaron de ese procedimiento, los esposos, y a fin de evitar que los bienes gananciales y patrimonio del esposo pudieran resultar afectos a una posible responsabilidad civil derivada de esa profesión decidieron otorgar capitulaciones matrimoniales pactando un régimen económico-matrimonial de separación de bienes. Para ello en primer lugar, Jesús aportó a la sociedad de gananciales los bienes privativos que tenía mediante escritura de fecha 26 de mayo de 2001 para, seguidamente, y en el mismo día otorgar esa escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se atribuía a la esposa todos y cada uno de los bienes inmuebles que componían esa sociedad de gananciales y al esposo el peculio que se consignó que tenían.

⊙ Si bien, y como ese régimen sólo pretendía crear una apariencia formal, ambos esposos mediante documento privado datado ese mismo día 26 de mayo de 2001, pero firmado dos o tres meses después, exponían una situación que *de facto* implicaba mantener la situación tal y como se encontraba sin esa separación de bienes, fingiendo Carolina que le había vendido la propiedad de los bienes que en la ya citada escritura pública de 26 de mayo de 2001 el esposo había aportado a la sociedad de gananciales y que eran privativos, y la mitad de la propiedad de los bienes que ambos consideraban como gananciales, manifestando que ya había recibido el dinero de esa compra. De tal forma, que no sólo con ese documento, sino de hecho, el matrimonio continuó funcionando como si en un régimen de gananciales se tratase, aunque con la apariencia de que los bienes inmuebles que iban adquiriendo se ponían como adquiridos únicamente por Carolina, y a nombre de esta misma se encontraban las cuentas bancarias donde se iban depositando los ahorros y otras cantidades de los esposos, mientras que en la cuenta cuya titularidad tenía el esposo era donde se hacían los pagos y la administración y disposición habitual de la familia.

⊙ En los últimos días de enero y sobre todo en el mes de febrero de 2005 Carolina comunica a su esposo su deseo de separarse y ambos comienzan a efectuar actos preparatorios de esa separación, tales como por parte de la esposa a mediados de febrero se le presenta un convenio regulador y el esposo queda en estudiar y comenzar la negociación, en su caso. La esposa toma las escrituras de los bienes inmuebles que tiene en el domicilio habitual y se las entrega a su letrado, así como un poder

notarial que en el año 1998 le hizo a su esposo para determinadas actividades, acudiendo al notario otorgante para revocarlo, si bien finalmente consideró que no era necesario ante lo limitado de las acciones que con ese poder podría hacer.

⊙ Por parte del esposo, pide a través de su hermano Ángel Daniel las certificaciones registrales de los bienes inmuebles, el cual se las proporciona sabiendo y conociendo él mismo para el negocio que iban a ser utilizadas, y con éstas se traslada a San Andrés de Rabaneda, provincia de León, donde presta sus servicios como notario Marceliano, cuñado de Jesús, para y en su misma notaría que comparte con su compañero Agustín y en un documento autorizado por este último, formaliza el acusado Jesús una hipoteca sobre los bienes inmuebles que estaban formalmente puestos a nombre de su esposa para garantizar un préstamo que él mismo debía haberle hecho a aquélla por importe de 240.000 euros.

⊙ En ese contrato sólo participa como compareciente el citado Jesús, en su propio nombre y en virtud de un poder otorgado por Carolina el día 28 de enero de 1998 para ampliar la hipoteca que ese matrimonio tenía sobre la vivienda habitual del matrimonio que se realizó el día 30 de enero de 1998 y en el que se le otorga poder para concertar préstamos, efectúa esa declaración vinculando a su esposa, siendo él mismo el que establece la cuantía del débito, de qué concepto proviene, los bienes que se hipotecan, plazo de amortización, intereses y todos los demás requisitos y cuestiones que esa parte quiso. Esta escritura que se hizo el día 2 de marzo de 2005, se le entregó al único otorgante, que no la presentó a inscribirse en el Registro de la Propiedad hasta días después de que accediera a ese registro público otra escritura de préstamo hipotecario que gravaba a los dos inmuebles principales de los que figuraba como propietaria Carolina, si bien esta hipoteca sustituía a las respectivas de cada bien por separado pesaba sobre esos mismos inmuebles y que aunque sumadas ambas cuantías mensuales de esa hipoteca, la cuota resultante mensual de la nueva hipoteca era menor, el importe total por el que quedaban afectos ambos bienes era superior a los que figuraban en las otras hipotecas. Y finalmente, de esa hipoteca que sustituía a las anteriores por un importe total de 120.000 euros, y después de liquidar todos los gastos quedaba un remanente de 10.000 euros que fueron ingresados en una cuenta en la misma entidad bancaria con la que se había concertado el préstamo hipotecario, Banco Simeón, donde figuraba como único titular Ángel Daniel, hermano del otro acusado, la cuenta núm. NÚM000, que había sido abierta el mismo día. También esa cuenta en la que sólo era titular el antedicho fue transmitido el dinero resultante de la venta de unas acciones de las que eran cotitulares el matrimonio formado por Jesús y Carolina y que supusieron 111.000 euros, esta venta se realizó el 7 de marzo de 2005, si bien se dio la orden de venta en los últimos días de febrero; y finalmente en otras dos cuentas bancarias en una de ellas en las que había un total de 22.500 euros y cuya titularidad era de Carolina, fueron transmitidos primero a una cuenta de Jesús y de ésta a la mencionada de su hermano Ángel Daniel la cantidad de 25.000 euros. E igualmente en otra a cuenta nombre de Carolina, hija menor de edad de ambos esposos, y de la esposa, había 72.000 euros que también fueron transmitidos a otra cuenta de titularidad de Ángel Daniel, con pleno conocimiento y consentimiento de Ángel Daniel para realizar estas operaciones por parte de su hermano.

⊙ Todas estas operaciones, tanto la constitución de la hipoteca de 2 de marzo de 2005, la hipoteca de 8 de marzo de 2005 con el Banco Simeón y la transferencia del peculio anteriormente especificado, se hicieron utilizando el poder notarial de 28 de enero de 1998, sabiendo y conociendo Jesús que esas operaciones no están autorizadas por la otorgante del poder, que la separación de ambos cónyuges estaba decidida y si continuaban en el mismo domicilio lo era para evitar a los hijos de edades tempranas todo el trámite contencioso, pretendiendo, al menos por Carolina, su separación consensuada. Con estas operaciones se pretende dejar la sociedad de gananciales, que de hecho venían formando entre los esposos, despatrimonializada y sin posibilidades de que Carolina, que

formalmente figuraba como titular única de esos bienes pudiera hacer frente a las cargas hipotecarias constituidas por el esposo mediante escritura de 2 de marzo de 2005, privándola igualmente de la posibilidad de disposición del dinero en metálico que había en esas cuentas, todo ello hecho en un espacio de tiempo que no llega a un mes y antes de que doña Carolina presentase formalmente la demanda de separación, pero sabiendo y conociendo el esposo que esa separación como tal estaba decidida y se estaba aplicando en la vida cotidiana con el cese entre ellos de la *afectio maritalis* y de los poderes implícitos o explícitos que pudieran tenerse entre los esposos.

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Plasencia, instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 32/2005 y una vez concluso lo remitió a la AP de Cáceres, Sec. 2.ª, con fecha 12 de marzo de 2007 dictó sentencia condenando a Jesús y a Ángel Daniel, por un delito continuado de estafa a la pena de seis años y un día de prisión y multa de 18 meses a razón de 50 euros diarios a cada uno de los dos acusados con las accesorias legales de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena a ambos condenados. Y a Ángel Daniel la de inhabilitación legal para ejercer la profesión de abogado durante todo el tiempo de la condena. Y al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular. Se declara la nulidad de la escritura otorgada el 2 de marzo de 2005 por Jesús ante el notario Agustín, cancelándose en el Registro de la Propiedad las cargas que sobre los bienes inmuebles constituidas en esa hipoteca fueron inscritas. En concepto de responsabilidad civil los dos acusados deberán reintegrar a la cuenta de donde salieron o a otras que se designen a estos fines las siguientes cantidades: 110.000 euros, 10.000 euros, 72.000 euros y 25.000 euros.

⊙ Jesús y Ángel Daniel interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que les absolvió del delito por el que fueron condenados por la Audiencia Provincial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sec. 3.ª de la AP de Cáceres condenó a los hermanos Jesús y Ángel Daniel, como autores de un delito continuado de estafa agravada (artículos 248 y 250.1.1.ª 4.ª y 6.ª, artículo 250.2 y artículo 74 CP), porque el primero, utilizando un amplísimo poder que le había otorgado su esposa, hipotecó –después de que ésta le hubiera informado de su voluntad de separarse– los bienes inmuebles del matrimonio, de los que formalmente era titular la esposa (al haber cambiado los cónyuges el régimen de la sociedad de gananciales, bajo el que inicialmente se regía la sociedad conyugal, por el de separación de bienes mediante el otorgamiento de las pertinentes capitulaciones matrimoniales), y transfirió a cuentas bancarias de su hermano Ángel Daniel (Letrado) el dinero que igualmente figuraba en cuentas de las que también era titular la esposa, tras haber vendido, en algún caso, activos financieros de los que igualmente era titular ésta.

Varias e importantes son las cuestiones planteadas en sus recursos por las representaciones de los dos acusados, de modo especial las que conciernen a la calificación jurídica de los hechos enjuiciados; pues la acusación particular acusó de «un delito continuado de estafa y apropiación indebida» (artículos 74.1 y 2, 248 y 252, 250.1, 4 y 6 CP), el Ministerio Fiscal, de un delito continuado de apropiación indebida (artículos 252, 250.4 y 6 CP) y de un delito continuado de estafa (artículos 248, 249 y 250.1, 1.ª, 4.ª y 6.ª CP), y el Tribunal de instancia (v. FJ 7 y Fallo de la sentencia recurrida) ha condenado a los dos acusados «por un delito continuado de estafa», sin razonar acerca de si el delito de estafa y el de apropiación indebida cumplen la exigencia legal (v. artículo 74.1 CP) de ser preceptos penales «de igual o semejante naturaleza», cuando, desde la perspectiva del principio acusatorio, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que entre el delito de estafa y el de apropiación indebida no existe homogeneidad por existir diferencias esenciales entre ambas figuras delictivas (v. SSTS de 17 de septiembre de 1999, 14 de enero de 2003 y 1 de febrero de 2005). Ambos acusados, por lo demás, cuestionan en sus recursos la concurrencia de todos los requisitos precisos para la existencia del delito de estafa, especialmente el del «engaño» y el del «ánimo de lucro» (v. motivo 8.º del recurso de Jesús, y motivo 2.º del recurso de Jesús). Igualmente se cuestiona la concurrencia de las circunstancias

agravantes específicas del artículo 250.1.ª, 4.ª y 6.ª CP (motivo 9.º del recurso de Jesús). La representación de este último acusado entiende también que le es aplicable la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal.

En función de cuanto queda expuesto, entiende este Tribunal que procede iniciar el estudio del posible fundamento de ambos recursos, examinando, en primer término, el motivo octavo del recurso de Jesús, y el motivo segundo de Ángel Daniel.

1. El motivo octavo del recurso de Jesús, por el cauce procesal del artículo 849.2.º de la LECrim, denuncia infracción de ley «por aplicación indebida del delito de estafa del artículo 248.1 CP».

«La sentencia de instancia –se dice en el motivo–, condena al hoy recurrente como autor de un delito continuado de estafa cometido, contra el patrimonio de su esposa Carolina, a través de la utilización de un engaño, cual era el uso del poder notarial otorgado por la misma, contra los deseos de la otorgante, sabiendo y conociendo el mandatario –Jesús– que no estaba autorizado, que sí formalmente, pero no en ese momento, ni para esos negocios que estaba haciendo, y que se hacían única y exclusivamente en su perjuicio.»

Seguidamente, tras analizar los diferentes requisitos del delito de estafa, según la jurisprudencia, afirma la parte recurrente que, en el presente caso, no se da ninguno de ellos. «No puede existir engaño cuando se utiliza un poder en vigor, no revocado por la poderdante y dentro de los límites de las facultades que otorga». «Tampoco se puede entender que existe engaño bastante cuando la poderdante conocía perfectamente la existencia del poder; tenía acceso y disposición del mismo; lo utilizó para consultarlo con asesoramiento jurídico e incluso acudió a la Notaría de su otorgamiento con intención de revocarlo, todo ello, en fechas inmediatas anteriores a las que se produjeron las actuaciones de Jesús que han dado lugar a la presente causa». «Mucho menos cabida tiene, en el caso que nos ocupa, el tercer requisito del que hablábamos, consistente en el error esencial que se tenía que producir en el sujeto pasivo, fruto del engaño». «El acto de disposición patrimonial tampoco lo realiza el propio sujeto pasivo». «En ninguna de las acciones que se atribuyen a Jesús (...) entendemos que haya existido ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto».

Sostiene este recurrente que en las acciones por las que ha sido condenado «no existió ánimo de lucro» por su parte, «sino un ánimo de garantizar su propio patrimonio» (dada «la peculiar situación legal en la que se encontraba el matrimonio –régimen de separación de bienes y titularidad exclusiva de todos los inmuebles a nombre de Carolina–» que le situaba «en una posición de clara inferioridad, que podía ser objeto de abuso por parte de su cónyuge»). Así –se destaca– cómo la escritura de 8 de marzo de 2005, suscrita con el Banco Simeón, no representa perjuicio alguno para Carolina [dado que, por medio de ella, se sustituyeron las hipotecas que pesaban –separadamente– sobre dos inmuebles, por una única, con la peculiaridad de que la cuota mensual resultante era menor (v. HP p. 7)], y que la escritura de 2 de marzo de 2005, por medio de la cual se constituyó una hipoteca en garantía de préstamo sobre los inmuebles del patrimonio familiar, por importe de 240.000 euros –«lo que era un importe inferior a la mitad del valor de todos los inmuebles»–, cuando todas las fincas hipotecadas «pertenecían en realidad a la sociedad de gananciales encubierta que mantenían ambos cónyuges». Y, sobre este particular, pone de manifiesto que, la sentencia mantiene «un silencio absoluto», «no haciendo referencia alguna al valor del patrimonio afectado», pese a que la defensa del aquí recurrente «practicó prueba al respecto, que no está desacreditada por ninguna otra prueba, acompañando al escrito de defensa el Doc. 29, que era un informe pericial del valor de todos los inmuebles afectados, practicándose en el acto del juicio la ratificación del informe por parte del perito firmante del mismo, por lo que existe un elemento objetivo y probado de cuál era el valor del patrimonio en el año 2005». En este sentido –se destaca– el valor de mercado de los referidos inmuebles ascendía a 661.632 euros, de modo que la mitad del «valor patrimonial neto» –descontado el crédito hipotecario formalizado con el Banco Simeón– (270.816 euros) era superior al importe del gravamen hipotecario constituido mediante la referida escritura, que, como se ha dicho, fue de 240.000 euros. Con ello, pretende acreditar el recurrente que «lo único que se perseguía era garantizar al menos la recuperación del valor de algo menos de la mitad del patrimonio que le pertenecía»; destacando, a este respecto, cómo, en el párrafo cuarto del relato de hechos probados de la resolución recurrida, el Tribunal de instancia declara que «el matrimonio continuó funcionando como si en un régimen de gananciales se tratase, aunque con la apariencia de que los bienes inmuebles que iban adquiriendo se ponían como únicamente adquiridos por Carolina» (es de recordar que –como se reconoce en el *factum*– el matrimonio de la querellante y el acusado Jesús se contrajo bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales y luego, con la finalidad de evitar que los bienes del matrimonio pudieran verse afectados por una posible responsabilidad civil derivada de la profesión del esposo –que es arquitecto–, otorgaron capitulaciones matrimoniales para pasar al régimen de separación de bienes –poniendo a nombre de la esposa prácticamente

la totalidad del patrimonio familiar–, con lo que únicamente se persiguió «crear una apariencia formal», pero manteniendo *de facto* la situación anterior, a cuyo efecto los cónyuges suscribieron un «documento privado», datado el mismo día que las capitulaciones matrimoniales).

La parte recurrente pone de manifiesto también las dificultades que esta situación producía en el procedimiento de separación matrimonial instado por la esposa, dado que –pese a todo lo dicho– «no podía liquidarse la sociedad de gananciales, ya que estaba formalmente liquidada desde las capitulaciones matrimoniales del año 2001, y la esposa pretendía conminar a su marido, so pretexto de que todos los bienes figuraban en el Registro a su nombre, y el documento privado que firmaron después de las capitulaciones no señalaba nada del piso y de las dos plazas de garaje adquiridas después del 26 de mayo de 2005 (capitulaciones); así como tampoco se firmó ningún documento privado, tras la venta del piso de Sor Valentina Mirón que era privativo de Jesús».

Por lo demás, en cuanto a las «distracciones de dinero», tras cuestionar en los motivos 5.º a 7.º los datos relativos a la determinación del *quantum* que se dice distraído, afirma que tales distracciones «nunca constituirían un delito de estafa, (...), sino que –en el peor de los supuestos y sin perjuicio de lo ya reseñado respecto del *quantum*– tan solo constituirían un delito de apropiación indebida del artículo 252 CP en su versión de distracción de bienes por administración fraudulenta de los bienes integrados en la sociedad de gananciales».

2. Por su parte, en el segundo motivo del recurso del acusado Ángel Daniel, formulado al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción de ley, afirmándose en él que «de la lectura de la sentencia que venimos a recurrir se deduce claramente la infracción de los preceptos penales comprendidos en los artículos 248.1 y 250 del Código Penal».

Se alega, en pro de este motivo, que «no ha podido acreditarse que mi representado se haya quedado ni con un solo euro de dichas transferencias». Es más, la totalidad de las disposiciones han sido realizadas por don Jesús añadiendo la parte recurrente que «ni siquiera esas disposiciones encierran o pueden comprenderse dentro del ánimo de lucro, que se erige como requisito del tipo penal de la estafa. El acusado don Jesús no pretendía, y así ha quedado acreditado, lucrarse con una actuación, sino tan sólo restablecer el equilibrio patrimonial que había sido roto tras la simulada y nula escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de sociedad de gananciales». Por lo demás, la actuación de su hermano Jesús «se limitó a aperturar unas cuentas a su nombre, siendo persona autorizada su hermano y en las cuales, sin ninguna otra intervención por su parte, su hermano ingresó diversas cantidades que fue ingresando de cara a clarificar la compleja situación patrimonial». «Podemos discutir –se dice– si dicha actuación fue correcta o no; (...). Podremos discutir sobre la idoneidad o no de lo hecho e incluso analizar la transcendencia jurídico-penal de tal actuación, (...), pero no podemos en modo alguno afirmar la existencia de ánimo de lucro en la actuación de don Jesús, en primer lugar, porque estaba actuando sobre bienes propios; en segundo lugar, porque las hipotecas constituidas no alcanzan ni siquiera el 50% del valor de los bienes inmuebles, lo que de por sí excluye cualquier ánimo de lucro; porque los traspasos efectuados a la cuenta de su hermano don Ángel Daniel comprendía cantidades provenientes de su actividad profesional (...), en unos casos, y cantidades provenientes de la venta de bienes privativos (...), en otros; siendo que las restantes eran gananciales (...)». («Si don Jesús –se dice– hubiera acudido a la vía civil habría obtenido idéntico resultado al conseguido en virtud de la operación de 2 de marzo de 2005 y las transmisiones de efectivo realizadas»).

Descartado el ánimo de lucro, entiende esta parte recurrente que tampoco concurre el requisito esencial del engaño. «En el presente caso, ningún engaño ha causado el esposo a la esposa, (...), toda vez que los actos realizados y cuyo enjuiciamiento estamos analizando, se han realizado en virtud de un poder que se obtuvo el 28 de enero de 1998, es decir, años atrás. Hubiera habido engaño si en la obtención del poder hubiera concurrido engaño. Pero no es el caso». De todo lo cual, viene a concluir que «el uso torticero o engañoso del poder, en palabras de la sentencia que venimos a recurrir, no queda subsumido en el engaño del tipo penal». «Negada la existencia del delito de estafa, huelga hablar de causas o circunstancias que agraven la responsabilidad penal comprendidas en el artículo 250 del Código Penal».

«Nos queda, por último –se dice en este motivo–, hacer una somera referencia al delito de apropiación indebida regulado en el artículo 252 del Código Penal». «A este respecto, poco hemos de decir puesto que la sentencia recurrida ni condena por él ni absuelve expresamente del mismo». «Podemos concluir, así pues, que no estamos ni ante un delito de estafa ni ante un delito de apropiación indebida, sino y como máximo, ante un ilícito civil, por lo que hemos de considerar vulnerados dichos tipos legales». «Negado el delito, no cabe hablar de autoría ni de grados de participación». En todo caso, «la participación de don Ángel Daniel, de existir delito (al estar ya consumado), no puede ir más allá de la figura del encubrimiento».

3. El Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de instrucción de estos recursos, ha destacado, en primer término, en referencia al motivo octavo del recurso de Jesús, la necesidad de someterse rigurosamente al relato de hechos probados de la sentencia recurrida –habida cuenta del cauce procesal elegido–. Y, en este sentido, niega que el uso por el acusado Jesús del poder que años antes le había otorgado su esposa, fuera conforme a Derecho, por cuanto «la sentencia declara que ese poder sólo se otorgó en 1998 para ampliar la hipoteca sobre la vivienda habitual del matrimonio», y el uso del dicho poder por el acusado Jesús «tuvo lugar sin el conocimiento ni consentimiento expreso ni tácito de la poderdante. De modo que, tanto en la venta de acciones, como en el traspaso de fondos a la cuenta del coacusado Ángel Daniel, el acusado se sirvió (de) dicho instrumento para justificar actos de disposición que no tenía autorizados, ocultando esa circunstancia en cada caso a los empleados de las entidades crediticias y al Notario, quienes creían amparada su actuación por dicho poder». («No puede estimarse sanada esa falta de conocimiento y consentimiento de la esposa de las operaciones realizadas –se dice– por no haber procedido ella a la revocación del poder otorgado en su día»). «Sin embargo –reconoce el Ministerio Fiscal–, es lo cierto que la lectura de la sentencia no permite conocer el valor de los bienes. Es más, no se conoce cuáles eran originariamente privativos y cuáles gananciales, ni el valor individualizado ni conjunto de ellos. El tema no es baladí, en tanto que declarado por el propio Tribunal de instancia en esta resolución que el régimen matrimonial de hecho era de gananciales, cabría la posibilidad de que el dinero obtenido por el acusado no excediera de la parte que le correspondiera en esta sociedad. El perjuicio como elemento del tipo se desdibujaría con ello en los hechos enjuiciados».

En cuanto se refiere al motivo segundo del recurso del acusado Ángel Daniel, dice el Ministerio Fiscal –en el citado trámite procesal– que se remite a lo expuesto al contestar el correlativo motivo del recurso del acusado Jesús, haciendo –ello no obstante– «alguna consideración concreta». Y, a este respecto, y por lo que a la concurrencia del ánimo de lucro se refiere, dice que, «siendo coautor de los hechos, es indiferente que el beneficio económico lo compartieran o sólo lo tuviera uno», de modo que «Ángel Daniel contribuyó con la realización de hechos integrantes del tipo». Su aportación debe considerarse esencial «para detraer efectivamente del patrimonio familiar diversas cantidades».

4. El Tribunal de instancia, por su parte, como hemos dicho, ha calificado los hechos que declara probados en la sentencia recurrida como constitutivos de «un delito continuado de estafa», «dado que entendemos que tanto el negocio transcrito en la escritura pública de 2 de marzo de 2005 como las transferencias (...) provienen de un plan conjunto que tenía por finalidad despatrimonializar a Carolina de todos los derechos que pudiera tener, tanto los bienes inmuebles hipotecados a favor del imputado, como del dinero que estaba puesto a su nombre, ante la existencia, como hemos expuesto hasta la saciedad, de una sociedad de gananciales que en realidad regía la relación económica de ese matrimonio»; declarando que «el engaño para mover la distracción patrimonial en todas las operaciones fue el uso del poder que tanto Jesús como Ángel Daniel, por la situación personal que atravesaban, sabían y conocían que aunque formalmente amparaba esas operaciones no eran negocios ni operaciones que fueran a recibir el visto bueno de la mandante, sino que se hacían única y exclusivamente en su perjuicio». [Por lo demás, el Tribunal de instancia entiende que la estafa debe calificarse también dentro de los subtipos agravados del artículo 250.1.1.º del CP (por haber recaído sobre la vivienda habitual), 4.º (por haberse realizado utilizando un poder que no estaba destinado a esos fines) y 6.º (por haberse constituido una hipoteca que suponía un débito a su nombre de Carolina de 240.000 euros)].

5. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al igual que la doctrina científica señalan como elementos que configuran del delito de estafa los siguientes: a) el engaño antecedente o concurrente (verdadero elemento nuclear de este tipo penal); b) el acto de disposición patrimonial del engañado; c) el perjuicio patrimonial de éste o de tercera persona; d) el nexo causal que vincula el engaño, el error, el acto de disposición y el perjuicio; y, e) el ánimo de lucro o propósito de enriquecimiento injusto del agente, que constituye el elemento subjetivo del injusto [v., por todas, las SSTS de 24 de septiembre y de 15 de septiembre de 2006). Se considera mayoritariamente por la doctrina que el bien jurídico protegido por este delito es el patrimonio del sujeto pasivo (el patrimonio en su conjunto, según unos autores, y cualquiera de los elementos que lo integran, según otros).

La importancia del elemento subjetivo del injusto se desprende claramente de la misma descripción legal de esta figura penal («cometen estafa los que, con ánimo de lucro,...» –v. artículo 248.1 CP). En cuanto al engaño, ya hemos puesto de relieve que constituye el elemento más característico de este delito, y va referido al sujeto activo del delito (que es el que se sirve de la maquinación, el ardid, la falacia o la mendacidad para viciar la voluntad del sujeto pasivo, provocándole el error determinante de la disposición patrimonial causante del perjuicio patrimonial, bien en la persona

del engañado bien en una tercera persona). Por lo demás, existirá perjuicio cuando con el acto dispositivo el sujeto pasivo no obtiene el equivalente debido, de modo que no recibe nada o el valor de lo que le entrega el sujeto activo es menor de lo que, sin mediar el engaño, hubiera debido recibir como contraprestación.

6. Llegados a este punto, debemos destacar, en primer término, que de las conductas que se imputan al acusado Jesús, el Tribunal de instancia parece tener en cuenta, exclusivamente, «el negocio transcrito en la escritura pública de 2 de marzo de 2005» y «las transferencias» efectuadas por el mismo a las cuentas de su hermano Ángel Daniel (v. FJ 7 de la sentencia recurrida). De modo patente, estas últimas no pueden ser calificadas como constitutivas de estafa –y ya hemos dicho que, según reiterada jurisprudencia, entre el delito de estafa y el de apropiación indebida existe una diferencia esencial en el modo concreto con que se produce el ataque al bien jurídico protegido (tienen un carácter absolutamente heterogéneo)–, por lo que la calificación de los hechos enjuiciados como un delito continuado de estafa presenta dificultades prácticamente insalvables. De ahí que hayamos de examinar, fundamentalmente, si el otorgamiento de la citada escritura de constitución de hipoteca (de 2 de marzo de 2005) reúne los requisitos precisos para ser considerado constitutivo del delito de estafa que se imputa de manera especial a Jesús.

Al fin indicado, debemos comenzar destacando las singularidades que caracterizan el presente caso. En primer lugar, al consistir el supuesto hecho delictivo en el otorgamiento de una escritura de constitución de hipoteca en garantía de préstamo (v. f. 376), hecha –lógicamente– ante un Notario, pero compareciendo únicamente el acusado Jesús, que, como consta en la referida escritura, interviene «en su propio nombre y derecho y representación de su esposa doña Carolina» para lo cual hizo «uso del poder otorgado en Plasencia, ante el Notario don Manuel Gómez Moro, en fecha de 28 de enero de 1998», es evidente, que la persona engañada no pudo ser doña Carolina (sería, en su caso, únicamente, la defraudada o perjudicada). La persona engañada, por tanto, solamente podría ser el Notario que autorizó la escritura, el cual dice literalmente en la propia escritura: «Yo, el notario juzgo suficientes sus facultades (refiriéndose, lógicamente, al acusado Jesús, único compareciente) para esta escritura de préstamo hipotecario, vista la copia autorizada. La representación compareciente declara ejercerlas e inalterada la capacidad jurídica de su representada»; y, a mayor abundamiento, transcribe a continuación determinados particulares de la escritura de poder.

Si el poder otorgado por doña Carolina no había sido revocado expresamente por la poderdante antes del otorgamiento de la referida escritura –lo fue realmente el 31 de marzo de 2005– (v. artículo 1732.1.º CC), siendo especialmente significativo a estos efectos que doña Carolina decidiera no revocar dicho poder tras haber acudido con tal objeto, acompañada de su Letrado, al despacho del Notario ante el que lo había otorgado (v. HP –p. 6); y, por otra parte, la demanda de separación de su matrimonio la presentó con posterioridad a dicho otorgamiento –el primero de mayo de 2005– (v. artículo 102.2.º CC), hay que convenir que el poder cuestionado era válido y suficiente a los fines indicados, dadas las amplísimas facultades conferidas en él por doña Carolina a su esposo. Así las cosas, el engaño del Notario únicamente podría atribuirse a que el acusado Jesús no le informase de la situación anómala de su matrimonio, en aquellos momentos, en cuanto ello hubiera podido influir en el juicio que sobre la validez y suficiencia del poder le era obligado hacer al Notario. Nos enfrentaríamos, pues, ante una conducta omisiva del acusado Jesús con posible relevancia a los eventuales efectos jurídico-penales de su conducta. Cuestión que no ha sido examinada en la sentencia impugnada, y respecto de la cual hemos de tener en cuenta lo que se establece en el artículo 11 del Código Penal, según el cual «los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Sobre el particular indicado, hemos de reconocer que el acusado, al comparecer ante el Notario para otorgar la escritura de hipoteca cuestionada no tenía, en principio, ninguna obligación legal o contractual de informar al Notario autorizante sobre las circunstancias concurrentes en aquel momento en su matrimonio y, por ende, en la poderdante. Por lo demás, en cuanto a la posible creación de «una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente», tal riesgo puede evidentemente relacionarse con el otorgamiento de un poder tan amplio como el otorgado por doña Carolina a su esposo; mas, habremos de reconocer también que, en principio, ese riesgo fue creado por ella [como pudo haberlo creado –desde la otra perspectiva– su marido al incorporar a la sociedad de gananciales de su matrimonio bienes privativos y otorgar luego

unas capitulaciones matrimoniales, para pasar del régimen de gananciales al de separación de bienes, como consecuencia de lo cual, se llevó a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales que inicialmente constituía el régimen económico del matrimonio, atribuyéndose a la esposa «todos, absolutamente todos, los bienes inmuebles que tiene ese matrimonio», al tiempo que «el dinero que se tenía, más allá del habitual de las cuentas corrientes para desarrollo de la economía diaria familiar, estaba en cuentas corrientes donde sólo figuraba como titular Carolina, fuera la que fuere la procedencia de ese dinero, tanto si era de su propia nómina, como si procedía de lo que manifiestan fue el precio de la venta de un piso que se dice privativo (...)» –v. FJ 2 de la resolución impugnada–]. En estos supuestos, la posible responsabilidad de una conducta omisiva –conforme a la denominada doctrina de la injerencia– estaría vinculada a lo que la doctrina denomina «posición de garante derivada de los peligros que genera la propia organización de la actividad del omitente», dándose aquí la circunstancia –como ya hemos puesto de relieve– de que, en el presente caso, los peligros derivados del posible uso indebido del poder utilizable por el marido dimanaban lógicamente del otorgamiento de dicho poder por la poderdante (como hubiera podido ocurrir en sentido contrario, si la esposa, como titular de todos los bienes inmuebles del matrimonio, hubiera dispuesto de ellos o los hubiera gravado).

Por lo demás, no debemos pasar por alto tampoco la circunstancia de que, al otorgar la escritura de hipoteca en garantía de un préstamo, el acusado Jesús no recibió de la titular de los bienes hipotecados cantidad alguna de dinero efectivo. En la propia escritura se dice –en la exposición segunda del compareciente– que «Doña Carolina adquirió con carácter privativo los bienes que luego se describirán, con fondos facilitados en virtud de préstamo por su esposo don Jesús, así como otros gastos y necesidades a las que después se hará mención, también asumidas inicialmente por su señalado esposo» (v. f. 380); haciéndose constar, en la sexta exposición del compareciente, «que para la atención de las necesidades familiares a que doña Carolina está obligada, desde la fecha de la liquidación de la sociedad de gananciales, así como para la satisfacción del importe a metálico resultante de la liquidación de dicha sociedad, adjudicado en tan repetida escritura pero aún no percibido al día de la fecha por don Jesús; así como para dotar de fondos a la Sra. Carolina para la adquisición de las fincas registrales NÚM001, NÚM002 y NÚM003 del Registro de la Propiedad de Plasencia, antes descritas; y finalmente, por las cantidades amortizadas hasta el día de hoy por las cargas hipotecarias que afectan a las viviendas que registralmente figuran inscritas a nombre de doña Carolina, don Jesús, le ha prestado diferentes cantidades en metálico, que todas en conjunto suman al día de hoy el importe de doscientos cuarenta mil euros (euros 240.000), como deuda única, vencida y exigible» (v. f. 393).

Vemos, pues, por todo lo expuesto, que el requisito fundamental del «engaño» queda, en el presente caso, en tela de juicio. El Notario autorizante de la escritura de hipoteca, a la vista del poder exhibido por el compareciente, declara que lo juzgó válido y suficiente a los fines pretendidos y, por ello, autorizó la escritura. No se advierte, por tanto, que al actuar así fuera víctima de ningún error.

Examinado cuanto afecta al requisito del engaño, vamos a referirnos ahora al elemento subjetivo del injusto (el «ánimo de lucro»), así como al «perjuicio» de la víctima. Así, en cuanto se refiere al ánimo de lucro, es preciso decir que el otorgamiento de la escritura de hipoteca no puede contemplarse desligado de la anómala situación creada por ambos cónyuges (doña Carolina y don Jesús), cuando, deseando poner su patrimonio al abrigo de posibles reclamaciones de terceros, cambiaron el régimen económico de su matrimonio, pasando del inicial de la sociedad de gananciales al de separación de bienes, en la forma que ya queda expuesta (habiendo aportado el marido a la sociedad de gananciales, antes de proceder «formalmente» a su liquidación, bienes inmuebles privativos suyos), de tal modo que prácticamente todo el activo patrimonial del matrimonio se puso bajo la titularidad de la esposa, con el indudable riesgo que ello podría suponer en el supuesto de separación o disolución del matrimonio. De ahí que la reiterada manifestación del acusado Jesús de que el referido gravamen hipotecario afectó únicamente a menos de la mitad del valor de los bienes integrantes del patrimonio familiar (pues, ambos cónyuges pretendían mantener *de facto* la situación anterior a las capitulaciones matrimoniales, mediante las que –frente a terceros– modificaron su régimen económico matrimonial adoptando el de separación de bienes, y, con tal objeto, suscribieron un documento privado, datado el mismo día de la escritura de capitulaciones matrimoniales) y de que, con el mismo únicamente pretendió «garantizar al menos la recuperación del valor de algo menos de la mitad del patrimonio que le pertenecía». Dado el conjunto de circunstancias concurrentes, es evidente que no cabe reputar inverosímil, infundada y carente de toda lógica la justificación dada por el aquí recurrente a su conducta, por lo cual queda igualmente en tela de juicio este segundo requisito de la estafa.

Finalmente, por lo que se refiere al requisito del perjuicio, es indudable que las mismas razones tenidas en cuenta al ponderar la cuestionada existencia del ánimo de lucro en la conducta del

Jesús, justifican también la misma consecuencia respecto del requisito del perjuicio. Si el gravamen hipotecario –como sostiene este acusado– no afecta siquiera a la totalidad del valor de la parte del patrimonio familiar que razonablemente entiende que le pertenece, será difícil también apreciar la concurrencia de un perjuicio real para doña Carolina. A este respecto, hemos de reconocer que constituía una cuestión especialmente relevante –sobre la que el Tribunal de instancia debió pronunciarse– determinar cuál fuera el valor de los bienes hipotecados y, en suma, el del patrimonio global de ambos cónyuges, para poder pronunciarse también sobre si el referido gravamen hipotecario no superaba realmente el valor de los bienes del matrimonio que, en la liquidación efectiva del mismo, corresponderían al marido. Y, a este respecto, baste recordar que –como puso de relieve el Ministerio Fiscal en el trámite de instrucción del recurso– «la lectura de la sentencia no permite conocer el valor de los bienes», «el tema no es baladí», pues «cabría la posibilidad de que el dinero obtenido por el acusado no excediera de la parte que le correspondiera en esa sociedad», «el perjuicio, como elemento del tipo, se desdibujaría con ello en los hechos enjuiciados». En este sentido, importa destacar que por la defensa del acusado Jesús se propuso la correspondiente prueba pericial que fue oportunamente ratificada en el juicio oral, pero que, como decimos, no fue tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador.

Es preciso concluir, de todo lo expuesto, que, en el presente caso, no ha quedado debidamente acreditado –como es preciso para una condena penal– ni la concurrencia del requisito del engaño en la conducta del acusado, ni que ésta viniera determinada por el ánimo de lucro, ni que dicha conducta haya causado un perjuicio real a la supuesta víctima. En consecuencia, procede estimar el motivo octavo del recurso de Jesús.

7. Resta, pues, por hacer referencia al recurso de Ángel Daniel, cuya directa vinculación con el de su hermano resulta indudable. Si no se ha acreditado la concurrencia de los requisitos precisos para la existencia del delito de estafa por el que ambos venían acusados y condenados en la sentencia recurrida, parece lógico que la inexistencia del delito de estafa alcance a ambos acusados, de modo especial en cuanto se refiere a Ángel Daniel, dado que el mismo no consta que interviniese en el otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca en garantía de préstamo, pues únicamente se dice que el mismo intervino en los hechos enjuiciados permitiendo que su hermano Jesús hiciese una serie de transferencias de dinero perteneciente al patrimonio conyugal a cuentas abiertas a su nombre, conducta que, en su caso, podría integrar un delito de apropiación indebida, pero, en ningún caso, un delito de estafa que es por el que han sido condenados los dos acusados. Procede, en consecuencia, estimar también el motivo segundo del recurso de este acusado.

La estimación de los dos motivos citados hace totalmente innecesario el examen del posible fundamento de los restantes motivos formulados por las representaciones de los dos recurrentes.

PATRIA POTESTAD

El padre interpuso demanda de ejecución solicitando que se requiriese a la madre para que manifestase el domicilio de los hijos menores del matrimonio y el Juzgado deniega el despacho de ejecución en base a que «la ejecución que se solicita no es conforme al contenido del título ejecutivo», sin embargo la Audiencia Provincial revoca el auto y acuerda que se admita a trámite.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 15 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós

El actor interpuso demanda de ejecución en la que, esgrimiendo como título ejecutivo la sentencia dictada en autos de divorcio núm. 345/2005, solicitaba se requiriese a la contraparte para que manifestase el domicilio de los hijos menores del matrimonio. Y habiéndosele denegado lo pedido, porque «la ejecución que se solicita no es conforme al contenido del título ejecutivo», recurre el auto recaído, alegando que el fundamento de derecho tercero de la sentencia de divorcio «se remite a los pronunciamientos de la sentencia de separación relativos, entre otras cuestiones, a la patria potestad y al régimen de guarda y custodia».

En su demanda de divorcio, según lo que resulta del antecedente de hecho primero de la sentencia que lo declaró, el actor, además de la disolución del matrimonio por tal causa, solicitó la declaración de «las medidas acordadas en la sentencia de separación».

Luego, el Juez, dijo en el fundamento de derecho tercero que «En orden a la patria potestad, al régimen de guarda y custodia de los hijos menores, a la atribución de la vivienda familiar y a la pensión por desequilibrio no existe discrepancia entre las partes y conforme solicita el Ministerio Fiscal, deben adoptarse los acuerdos recogidos en los pronunciamientos de la sentencia de separación sobre estos extremos»; pero nada de ello pasó a la parte dispositiva, en la que, sin que la omisión motivase recurso de aclaración o solicitud de complemento del fallo por ninguna de las partes, se declaró el divorcio de los cónyuges, la disolución del régimen económico-matrimonial y la extinción del derecho expectante de viudedad, pero nada se dijo en materia de medidas, aparte la fijación «en la situación que se constituye» de una pensión de alimentos a cargo del padre y en favor de los tres hijos menores de edad, en la suma de 660 euros mensuales.

Tal circunstancia, tras la aclaración o complemento del fallo del divorcio o, en todo caso, tras la aportación de la sentencia de separación a la que el fundamento de derecho tercero de la sentencia de divorcio se refiere, hay que entender que no debe obstar al normal curso de la ejecución solicitada, debiendo prosperar, en definitiva, el recurso interpuesto.

PATRIA POTESTAD

La actuación unilateral de uno de los progenitores cambiando de colegio al menor, no justificada por razones de urgencia, no puede merecer favorable acogida, por lo que debe revocarse el auto dictado por el juzgado. No obstante, no puede ser ajeno al tribunal el hecho de que dado el tiempo transcurrido y la permanencia de la niña en el centro, un traslado a mitad de curso escolar probablemente perjudicaría no sólo su rendimiento académico, sino su entorno social, por lo que se pospone la ejecutividad de la medida a la finalización del curso, esperando que los padres sean capaces de alcanzar un acuerdo que efectivamente será favorable a la menor.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 17 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana M.ª García Esquius

Reitera en esta alzada el apelante los motivos por los cuales estima que debe ejecutarse la sentencia, tal y como solicitaba en su escrito de demanda de ejecución, y en consecuencia, interesa se dé cumplimiento a la Sentencia dictada en fecha 23 de marzo de 2006, homologando el convenio suscrito por las partes en el mes de diciembre del año 2005. En dicha sentencia se pactaba atribuir a la madre la guarda y custodia de la hija común, Susana, nacida el 30 de agosto de 1999, siendo compartida la potestad entre ambos progenitores. Asimismo se acordaba por una parte que ambas partes se comprometían a comunicarse cualquier cambio de domicilio que tuviera lugar en el futuro y que para el cambio de centro escolar será necesario el consentimiento de ambos progenitores.

Partiendo de esta premisa, el actor presenta solicitud de ejecución a fin de requerir a la madre para que traslade a la menor al colegio CEIP Duran i Bas, en la Ciudad de Barcelona, que será al que asistía la niña el curso escolar durante el cual se tramitó el proceso. Dicha solicitud se plantea el día 14 de septiembre de 2007, apenas dos días después de iniciarse el curso escolar que Susana había comenzado en un centro escolar de la localidad de Premia de Dalt, localidad en la que actualmente reside la madre.

Por el Juzgado de instancia se acuerda despachar la ejecución instada y requerir a la Sra. Edurne para que «deshaga lo mal hecho». La parte ejecutada presente contra dicho auto escrito de oposición en el que fundamentalmente alega que no se ha producido incumplimiento del convenio, que lo que se ha producido es una situación de discrepancia en el ejercicio de la potestad que debería ser resuelto por los trámites del artículo 138 del Código de Familia, que además el traslado de la menor ha sido efectuado con conocimiento y consentimiento del ejecutante, que el cambio de colegio está justificado por el interés de la menor dado el traslado de domicilio de la madre, que ello no ha comportado ningún incremento en el coste de los estudios y que ello sólo afectaría en su caso al ejecutante en lo referente al cumplimiento del régimen de visitas intersemanales, pero no a la niña que se ha integrado sin problema en su nuevo colegio.

El Auto objeto de recurso estima la oposición formulada por la ejecutada y deja sin efecto la ejecución despachada, lo que motiva la interposición del recurso que ahora se resuelve.

Estima probado la resolución de instancia que el padre conocía y aceptaba el cambio de colegio de la menor pues entregaba y recogía a la niña en Premia de Dalt y lo considera probado en base a que no consta prueba alguna «que acredite la falta de comunicación», cuando la carga probatoria es la contraria: le corresponda probar que ha existido comunicación a quien alega como motivo de oposición el cumplimiento y de hecho no existe prueba en autos de que efectivamente el padre conociera con anterioridad al mes de septiembre de 2007 que la menor había sido matriculada en otro centro escolar. Es más, en su escrito de oposición la madre no niega ni manifiesta su disconformidad con lo expuesto en el escrito de ejecución por el padre: que el día 12 de septiembre, inicio del curso escolar, acompañó a su hija al CEIP Durán i Bas y que sobre las 10,30 horas del mismo día la Directora del Centro le llamó para comunicarle que la madre había acudido a recoger a la menor para trasladarla a otro centro. La menor ya había sido matriculada en el centro, pues el período de inscripción tiene lugar antes de la finalización del curso escolar precedente. Si fue admitida en el centro de Premiá hubo de deberse o bien a una duplicidad de matriculación, lo que es improbable dado que se trata de un centro público, o bien a una matriculación

o inscripción posterior. Por otra parte, no resulta probado que el ejecutante conociera en la fecha en que se produjeron los hechos el domicilio exacto de la Sra. Edurne. Como es de ver en el escrito de demanda se interesa se efectúe la notificación «en el CEPI Santa Anna, sito en la Calle Torrent Santa Anna 44 de Premia de Dalt o si el Juzgado no lo cree procedente, se solicite información sobre el domicilio de la Sra. Edurne a la policía local» y de hecho, el órgano jurisdiccional acuerda librar oficio a la Policía Local de Premia a fin de averiguar el actual domicilio de la madre, obteniéndose finalmente un domicilio en el que finalmente se practica el requerimiento el 9 de octubre de 2006. Tampoco a este dato se refiere la ejecutada en su escrito, a lo que ha de añadirse que de la copia del certificado de empadronamiento que acompaña al escrito de oposición se concluye que en fecha 1 de septiembre de 2006 la Sra. Edurne consta empadronada en el padrón municipal de Premia de Dalt, sin que conste fecha de alta en el mismo.

No solamente no se consiguió el consentimiento para el cambio de centro escolar que las partes voluntariamente se habían impuesto como condición en el momento de suscribir el convenio, sino que ni siquiera existe constancia de que la voluntad de cambiar a la menor de centro escolar y su inscripción en un centro de Premià hubiera sido comunicada, de una u otra forma, al padre. En este sentido se ha producido un claro incumplimiento de lo pactado en sentencia, sancionado judicialmente y en consecuencia, no se está ejecutando debidamente la sentencia. Que era voluntad de los padres mantener a la menor en el mismo centro y que el traslado debía ser consensuado se deduce incluso del resto del clausulado del convenio. En el mismo Pacto Cuarto en el que se dice que el padre hará efectivos íntegramente el importe de todos los recibos de los gastos que genere el colegio, así como la comida, horas extras por entrada y salida y actividades escolares, se pacta asimismo que dichos gastos los pagará el padre directamente al Colegio o lugares donde desarrolle las actividades extraescolares, de modo que deberá conocer a qué centro acude la menor con la suficiente antelación para atender los oportunos pagos de escolaridad. La inclusión de la exigencia de consentimiento para el cambio de colegio no es un pacto tipo que habitualmente se incluya en todos los convenios, es una medida singular que puede o no ser acordada por los contratantes. En este caso lo ha sido y en consecuencia deben las partes someterse a lo pactado, so pena de incumplir la sentencia que ratifica y concede eficacia a todos y cada uno de los pactos contenidos en el convenio. Es por ello, que debió despacharse ejecución en el sentido solicitado y no procedía estimar la oposición formulada, que no se basa en ninguno de los motivos de oposición tasados por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello no obsta a que si, debidamente comunicada la propuesta de cambio escolar, los progenitores no consiguen llegar a un acuerdo, la parte que pretende modificar la situación pueda y deba acudir al procedimiento previsto en el artículo 138 del Códi de Familia catalán, de controversia en el ejercicio de la potestad, pero en tanto no exista una resolución judicial que modifique la medida acordada, la actuación unilateral de una de las partes, no justificada por razones de urgencia, no puede merecer favorable acogida y en este sentido procede revocar el auto de instancia.

Ello no obstante, no puede ser ajeno el tribunal al hecho de que dado el tiempo transcurrido y la permanencia de la niña en el centro de Premia de Dalt, un traslado a mitad de curso escolar probablemente perjudicaría no sólo su rendimiento académico, sino su entorno social y es obligación de los padres y de los tribunales salvaguardar en cualquier caso el interés y bienestar de los menores. Es por ello que en aras al beneficio de la menor, no se acuerda requerir a la madre el inmediato retorno de la niña al centro escolar Duran i Bas, sino que se pospone la ejecutividad de la medida a la finalización del curso, en el bien entendido de que es de desear que durante este plazo de tiempo de que disponen los padres hasta el inicio de nuevo curso escolar sean capaces de alcanzar un acuerdo que efectivamente será favorable a la menor, teniendo en cuenta todos y cada uno de los factores concurrentes, tanto de domicilio de los padres, como de su lugar de trabajo y posibilidad de atención a la menor de otros familiares en el caso de que fuera necesario.

PATRIA POTESTAD

Al argumento de que el padre se desentendió del hijo de corta edad cuando abandonó el domicilio debe decirse que la madre poco contribuyó al mantenimiento de dicha relación tal y como se deduce de su declaración en la vista de las medidas provisionales, por lo que no procede privar al padre de la patria potestad.

AP GIRONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Lacaba Sánchez

Dictada Sentencia en procedimiento de solicitud de medidas personales y alimentos derivados de convivencia de hecho, por la demandante se impugna la misma en lo concerniente a dos apartados: patria potestad compartida y el régimen de visitas del progenitor no custodio.

Para la resolución del presente recurso debe comenzarse por significar, que el artículo 136 del Codi de Familia de Catalunya civil, cuando previene la posibilidad de que, por resolución judicial, el padre o la madre puedan ser privados total o parcialmente de su potestad, siempre que exista incumplimiento de los deberes que le son inherentes, lo hacen, conforme en el mismo precepto se indica (parrafo 2.º), actuando en beneficio e interés del hijo, puesto que se puede acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

Tal norma, conforme a la jurisprudencia (cfr. SSTS de 6 de julio y 18 de octubre de 1996), tiene un evidente carácter sancionador, por lo que debe ser objeto de una aplicación restrictiva, siempre con plena observancia del caso concreto, e igual plena prueba de que el progenitor a quien se pretende privar de la patria potestad ha dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma; y prueba que, conforme al artículo 217 LEC, corresponderá a quien invoca la concurrencia de tales causas, habida cuenta de que, como igualmente sostiene la jurisprudencia (cfr. STS de 31 de diciembre de 1996), la *ratio* última de la privación de la patria potestad de uno de los progenitores implica una medida de protección del niño, por lo que debe ser adoptada en su beneficio (*favor filii*); por lo que, en definitiva, la procedencia de la medida estará en relación a la cumplida prueba de que por parte del infractor existe grave inobservancia de los deberes de cuidado y de la asistencia moral y material del niño (STS de 24 de abril de 2000).

El recurso sostiene las mismas premisas que ya valoró el Juzgador de instancia y que concluyó en la no privación de la patria potestad solicitada, medida a la que se adhiere el propio Ministerio Fiscal. Al argumento de que el padre se desentendió del hijo de corta edad cuando abandonó el domicilio debe decirse que la madre poco contribuyó al mantenimiento de dicha relación tal y como se deduce de su declaración en la vista de las medidas provisionales, lo que pasa por desestimar el primero de los motivos invocados.

GUARDA Y CUSTODIA

Procede atribuir la custodia al padre dado que el mantenimiento de la situación anterior supondría un perjuicio para la niña, al ser tratada por la madre como una enferma cuanto no existen pruebas objetivas de que lo esté, limitando así su adecuado desarrollo físico y psíquico.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Tuero Aller

En la sentencia que declaró la disolución del matrimonio por causa de divorcio, la juzgadora de instancia acordó, entre otras medidas, atribuir al padre la guarda y custodia de la hija común, Alba, nacida el 7 de julio de 1996, que antes, en Sentencia de separación de 5 de julio de 2004 confirmada en este punto por la de esta Audiencia de 24 de enero de 2005, venía asignada a la madre. El recurso interpuesto por ésta se dirige principalmente a discutir este pronunciamiento y, en carácter subsidiario, a cuestionar la cuantía de la pensión alimenticia que viene obligada a satisfacer.

Razona la sentencia de primer grado que el mantenimiento de la situación anterior supondría un perjuicio para la niña, al ser tratada por la madre como una enferma cuanto no existen pruebas objetivas de que lo esté, limitando así su adecuado desarrollo físico y psíquico. Los hechos posteriores a dicha resolución y, sobre todo el claro y rotundo informe elaborado a petición de esta Sala por el equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de esta capital, sobre cuyas condiciones de profesionalidad y objetividad no es necesario insistir, vinieron a avalar esta conclusión. Por un lado, porque la estancia de la niña junto al padre durante estos últimos meses (el cambio de custodia tuvo lugar en el mes de mayo último) se reveló positiva para la menor, quien, según el citado informe, mejoró en su desarrollo físico y psíquico, en su rendimiento escolar y en sus relaciones con los familiares, en concreto con los abuelos paternos con los que antes apenas había tenido contacto. Y, por otro, porque el repetido dictamen, que debe valorarse como prueba especialmente cualificada por las circunstancias expuestas, diagnosticó que la madre padece un trastorno de personalidad no especificado que afecta a su aptitud para ejercer el rol parental de forma beneficiosa para su hija, al inducir en ésta, en relación con su salud un síndrome de «Munchausen», que se caracteriza por la producción o simulación de forma deliberada de signos o síntomas físicos o psicológicos en otras personas a su cargo, y en relación con la ruptura parental un síndrome de alineación parental, que implica predisponer al menor contra el otro progenitor y su entorno y dificultar la relación con ellos; considera que ambos síndromes constituyen un maltrato para la menor, que de vivir con la madre correría el peligro de desarrollar un trastorno de alimentación y que la relación con el padre se viera seriamente alterada y, en definitiva, que el padre constituye la opción de custodia más beneficiosa y sana para la hija, al proporcionarle un entorno afectivo, formativo y protector; y, en fin, concluye más allá, recomendando un período prudencial de tres meses durante el cual se suprima todo tipo de contacto entre la niña y la madre, a fin de que pueda superar la influencia negativa que ésta ejerce para, una vez transcurrido dicho período, valorar la conveniencia de reiniciar las visitas quincenales limitadas y supervisadas, con la posibilidad de ampliarlas progresivamente.

Como es sabido y recuerda la sentencia de primer grado, la adopción de las medidas de esta clase debe hacerse siempre respetando el criterio prioritario del beneficio e interés del menor (artículos 92 y concordantes del Código Civil), estando facultados los Tribunales para acordar incluso de oficio aquellas que se revelen como necesarias para atender a ese interés. Y siendo esto así, y ante la gravedad de los hechos y síndromes expuestos en el citado dictamen, no cabe sino seguir fielmente sus recomendaciones. Insistió especialmente la recurrente en la existencia de dictámenes médicos contradictorios sobre el estado de salud de la niña, algunos de los cuales avalan su postura en el sentido de que padece una enfermedad celiaca. Pero, sin dejar de destacar que los realizados en el curso del juicio por cualificados expertos en la materia descartaron tal dolencia, lo decisivo ahora no es que la pequeña sufra o no una patología digestiva, de una u otra naturaleza. De hecho, la psicólogo y asistenta social al ser interrogadas por este Tribunal acerca de si variarían sus conclusiones en el caso de que, efectivamente, la niña padeciera tal enfermedad, afirmaron rotundamente que no, pues el problema viene motivado en realidad por la actitud de la madre al afrontar esa posibilidad y, en general, por la postura que mantiene en la relación materno-filial.

GUARDA Y CUSTODIA

El Juez *a quo* acuerda acertadamente otorgar la guarda y custodia de las hijas comunes al padre al quedar acreditado en las actuaciones que desde la reincorporación de la madre al mercado laboral, en el año 2001, el padre era el encargado de recoger a las niñas en el colegio y el que atendía sus actividades extraescolares, debiendo recordar que la propia interesada señala que su horario de trabajo es de 9 a 14 horas y de 15 a 18 horas.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Se cuestiona en esta alzada la guarda y custodia de las dos hijas comunes de 10 y 12 años de edad en el momento de la tramitación de la causa.

La cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia de las menores habrá de ser resuelta conforme a la vigente normativa del CC y la

Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.

Así establecidos los criterios orientadores la Juzgadora de la primera instancia acuerda acertadamente otorgar la guarda y custodia de las hijas comunes al padre.

En efecto, habiéndose declarado la idoneidad de ambos progenitores para ocuparse del cuidado cotidiano de las menores, queda acreditado en las actuaciones que desde la reincorporación de la madre al mercado laboral, en el año 2001, el padre era el encargado de recoger a las niñas en el colegio y el que atendía sus actividades extraescolares, debiendo recordar que la propia interesada señala que su horario de trabajo es de 9 a 14 horas y de 15 a 18 horas.

Y es lo cierto que tal medida de custodia paterna, no consta haya supuesto peligro o riesgo alguno para la evolución y formación de las hijas comunes de manera que incluso el relato del recurso de apelación no hace referencia a pautas educativas o cuidado cotidiano de las hijas perjudicial para las niñas, cuyas alegaciones determinaron la resolución de la Juzgadora *a quo*, no existiendo datos objetivos que permitan el cambio que ahora se propugna y ello sin perjuicio de la posibilidad de adoptar cualquier medida en cualesquiera momentos que aconseje el interés siempre prioritario de las niñas, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conducen a confirmar la sentencia recurrida.

El mantenimiento de esta medida conlleva la confirmación de las medidas consecuencia de la anterior siendo pertinente que la madre afronte también el pago de la mitad de la cuota hipotecaria que grava la vivienda en atención a los recursos de uno y otro progenitor y valorando el importe de la pensión alimenticia que abona la madre, como a continuación se indicará.

GUARDA Y CUSTODIA

La guarda y custodia compartida sólo puede otorgarse en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento que permiten un marco referencial de afinidad para el hijo, presupuesto básico inexistente en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la presente contienda judicial.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La Juzgadora de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre respecto a los citados menores, en fines de semana alternos, desde el viernes a las 20 horas hasta las 21 horas del domingo así como la mitad de todos los períodos de vacaciones escolares de Navidad y verano y los períodos relativos a la

Semana Santa y semana blanca en la forma que se dispone además de lo establecido para el caso del día intersemanal.

El examen de lo actuado revela, en líneas generales, la pertinencia de lo acordado en la primera instancia a la vista de las diligencias practicadas, y si pensamos fundamentalmente que la guarda y custodia compartida requiere para su establecimiento unas condiciones y circunstancias concurrentes en la situación familiar y los interesados, progenitores de los hijos en cuestión, definidas por los especialistas, en orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad, ausentes por lo general, en el conflicto familiar objeto de la contienda judicial.

En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital de los menores, que supone la alternancia periódica de hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para el hijo, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, de tiempos tan cortos y reducidos, al pretenderse períodos alternativos de 5 meses, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida.

De esta forma la Juzgadora de la primera instancia resolvió, como ya se argumentaba, fijar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias del caso acreditadas en las actuaciones.

GUARDA Y CUSTODIA

Lo que se ha acreditado en autos pone de relieve las deficientes capacidades educativas de la madre, como la impuntualidad y falta de asistencia injustificada de la menor al centro escolar y la irregularidad en el seguimiento de tratamientos psicológicos que requiere la niña. En tales circunstancias y después de producirse reiterados incumplimientos en el régimen de comunicación entre padre e hija la medida procedente es el cambio de custodia.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Dolors Viñas Maestre

Tras un detallado y exhaustivo examen de la abundante prueba practicada en primera instancia, la sentencia atribuye la guarda y custodia de la hija menor Yasmina nacida el 10 de julio de 1997 al padre, modificando la medida adoptada al respecto desde la Sentencia de separación de mayo de 2000 que otorgaba dicha custodia a la madre, medida que fue mantenida posteriormente en la Sentencia de divorcio de julio de 2003. Contra dicho pronunciamiento se alza la madre alegando en síntesis, que la evolución de la menor en el centro escolar está siendo positiva, siendo perjudicial en este momento un cambio; que desde el mes de enero está siendo reconocida por una psicóloga especializada en psicología infantil y juvenil que ha emitido un informe que se aporta no habiendo sido admitido, en tanto se refiere al estado psicológico y emocional inmediatamente posterior a la fecha de la sentencia que ha valorado diversos informes psicológicos obrantes en autos. Se hace referencia asimismo al régimen de visitas establecido en la sentencia que se limita a unas horas en el *punt de trobada*, alegando que tal restricción perjudica a la menor y no servirá para que la madre mejore. Todas las alegaciones vertidas en el recurso no desvirtúan las argumentaciones de la sentencia que tras analizar de forma detallada, como se ha expuesto, el contenido de los diversos informes emitidos en las actuaciones desde antes de dictarse la sentencia de divorcio, llega a la convicción que el interés de la niña requiere en este supuesto una medida de cambio en la persona titular de la guarda. La Sala, después de valorar la prueba practicada llega a la misma convicción. En el informe del equipo psicosocial que fue emitido en marzo de 2005, antes de dictarse la sentencia de divorcio que mantuvo la custodia materna, se recogía las coordinaciones con el cap de Serveis Socials de Psiquiatria de l'Hospital de Sant Joan de Deu que indicaba ya, que la presentación de la madre era muy preocupante e implicaba un riesgo para la menor; las coordinaciones con la Doctora del CSMIJ del Hospital Dos de Mayo de la Cruz Roja que informaba que no se detectaba en aquel momento rechazo de la menor a la figura paterna,

ni trastorno independiente al inducido por la madre, constando que dejó de asistir a dicho centro; se recogía asimismo la impuntualidad al centro escolar, la asistencia discontinua, la no realización de las tareas escolares y las dificultades de la madre para colaborar en dicho ámbito y se recogía por último la coordinación con la psicóloga que indicaba que la menor presentaba una figura paterna muy dañada que se correspondía con la vivencia materna que la niña hacía suya. En el referido informe se aconsejaba como consecuencia de todo lo anterior, un abordaje terapéutico de los tres miembros de la familia, abordaje psiquiátrico por parte de la madre y tratamiento psicológico para la menor. La Sentencia de divorcio de 2003 estableció un régimen de visitas a favor del padre y acordó el seguimiento por parte del equipo psicosocial. Las pruebas practicadas en el procedimiento de modificación de medidas ponen de manifiesto el incumplimiento injustificado por parte de la madre del régimen de visitas entre padre e hija, impidiendo la normal relación entre ambos con claro perjuicio hacia la menor, y la ausencia de tratamiento psicológico para la niña y psiquiátrico para la madre. Así constan unidos varios informes del equipo psicosocial de julio de 2005 y, octubre de 2006; y un dictamen médico forense de 1 de junio de 2005 y otro informe médico forense de 5 de julio de 2005 emitidos en un procedimiento penal instado por incumplimiento del régimen de visitas en el que ha recaído sentencia condenatoria. En estos últimos informes se indica respecto de la madre, rigidez de contenido en la esfera de pensamiento que sugiere un cierto temperamento paranoide con ideación recurrente de perjuicio y distorsión de la realidad que afecta a sus capacidades volitivas y cognoscitivas, requiriendo control psiquiátrico. Los informes emitidos por el EAT ponen de relieve la persistencia en el incumplimiento del régimen de visitas, la posición negativa de la madre, la pasividad de la misma en lo referente al ámbito escolar de la menor, la falta de conciencia de la madre de los efectos nocivos que su posicionamiento produce en su hija, el abandono del tratamiento seguido en el CSMIJ, la aparición en la menor de síntomas somáticos que son un indicador grave de la capacidad de gestionar el conflicto por parte de los padres, aconsejando el restablecimiento inmediato de la relación paterno-filial y la necesidad de que la niña reciba estímulos diferenciados de los que le pueden llegar a través del mundo materno, a la vez que se sostiene el posicionamiento rígido de la madre, que no preserva a su hija y se niega a recibir ayuda externa. De todo ello se desprende, por una parte que el rechazo de la menor hacia la figura paterna no existía en un principio después de la separación de sus padres y se ha ido gestando en la menor por clara indicación materna; por otra parte la madre requiere asistencia psiquiátrica, al padecer una distorsión de la realidad que afecta a sus capacidades, lo que ha determinado la actitud obstruccionista frente a la relación padre e hija y por último existe una clara ausencia de conciencia del peligro que su propia actitud está ocasionando en el desarrollo psicoafectivo de la menor. Cabe tener en cuenta asimismo otros indicadores que ponen de relieve las deficientes capacidades educativas de la madre, como la impuntualidad y falta de asistencia injustificada de la menor al centro escolar y la irregularidad en el seguimiento de tratamientos psicológicos que requiere la niña, tratamientos que abandona desde el momento en que los profesionales no informan de conformidad con sus convicciones, como ha ocurrido con el tratamiento iniciado en el CSMIJ. Tampoco consta que haya iniciado tratamiento psiquiátrico hasta después de dictarse la sentencia. En tales circunstancias y después de producirse reiterados incumplimientos en el régimen de comunicación entre padre e hija hasta el extremo de anular por completo la relación, la medida que debe acordarse como única que puede servir al restablecimiento de la relación y a la progresiva recuperación del equilibrio emocional por parte de la niña, es el cambio en la persona del cuidador o guardador, con todas las cautelas y garantías que se han establecido en la sentencia, tales como el seguimiento psicológico de la niña y el tratamiento psiquiátrico por parte de la madre. Por todo ello debe confirmarse íntegramente el pronunciamiento de la sentencia que atribuye la custodia al padre, con desestimación del recurso. Los informes aportados en esta alzada sobre el tratamiento iniciado por la madre son incipientes y no aconsejan la modificación de lo acordado con acierto en la sentencia.

GUARDA Y CUSTODIA

La circunstancia de que los padres residan en localidades diferentes, la madre en Puigcerdà y el padre en Sellagoussa (Francia), constituye un óbice de difícil salvación a los efectos de una guarda compartida, teniendo en cuenta que los menores tienen su vida en Puigcerdà, donde siempre han residido, donde estudian, tienen su entorno y sus amigos.

AP GIRONA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Isidro Rey Huidobro

No obstante, en el presente caso existe el precedente de un régimen de visitas en su día pactado por los progenitores, que se aprobó en la sentencia de separación de mutuo acuerdo y que aplicado desde julio de 2004, no se ha revelado como perjudicial o insuficiente para los menores, que sin embargo al pasar el tiempo y poder participar en actividades lúdico-deportivas con el padre, ahora quieren estar más tiempo con él, postura propia de una normal mentalidad infantil. Pero ni esto, ni un caso puntual de exceso de grasa en el cabello de los menores (de difuso origen pues tanto puede ser debido a la no utilización de champú para el pelo, como al uso de uno agresivo que como efecto rebote provoca el incremento de la grasa), justifican un cambio en el régimen de visitas por una guarda y custodia compartidas, pues no se aprecia una alteración sustancial de las circunstancias que dieron lugar al régimen establecido en la sentencia anterior, artículo 80.1 del Codi de Familia de Catalunya; no concurren los presupuestos exigidos en los apartados cinco y ocho del artículo 92 del Código Civil, en relación con el artículo 82 del CFC, para poder acceder a la guarda compartida, pues no hay acuerdo de los progenitores ni informe favorable del Ministerio Fiscal a la guarda y custodia compartida, precepto del Código Civil que si no es de aplicación en Cataluña, sí que proporciona una orientación en orden a la conveniencia de la medida; y además existen aspectos fácticos relevantes que hacen inviable tal pretensión, no sólo circunscritos a las deterioradas relaciones entre los progenitores, pues la circunstancia de que éstos residan en localidades diferentes, la madre en Puigcerdà y el padre en Sellagoussa (Francia), constituye un óbice de difícil salvación a los efectos de una guarda compartida, teniendo en cuenta que los menores tienen su vida en Puigcerdà, donde siempre han residido, donde estudian, tienen su entorno y sus amigos, así como la familia extensa materna, y dicha localidad y la residencia materna representan el referente domiciliario de los hijos que una convivencia compartida, en otro país, aun cuando sea vecino y próximo en distancia, puede distorsionar.

En definitiva, que los hijos desean estar más tiempo con el padre es natural, sobre todo ahora que su edad ya les permite compartir actividades lúdicas y deportivas con él, cosa que entendió el Juez *a quo* al ampliar el régimen de visitas. Pero no justifica ese deseo una guarda y custodia compartida, que la Sala, coincidiendo con el criterio del órgano *a quo* debe rechazar por las razones expuestas, procediendo por ello la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada.

RÉGIMEN DE VISITAS

La menor tiene dos años y cinco meses, lo que se considera una edad suficiente para que los cuidados que precisa puedan ser aplicados tanto por la madre como por el padre.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Almenar Belenguer

No desconoce la Sala que en los casos de crisis matrimonial no sólo tiene lugar una separación de «cuerpos» en la pareja, sino también en la mayoría de los casos, que ello se produce porque se tienen formas distintas de enfrentarse a la vida que hace cesar ese proyecto inicial común. Pues bien, no cabe duda que ello se refleja en los hijos, que inevitablemente sufren las consecuencias de esa situación, y

no pueden los padres ni pedir al Derecho, que se actúa a través de los Tribunales, que resuelva esa situación de orden moral o de escala de valores que sólo a ellos incumbe transmitir a sus hijos, fundamentalmente con su ejemplo, ni tratar de imponer a su ex cónyuge un determinado comportamiento educativo (dentro de los parámetros de la normalidad, naturalmente), precisamente porque la formación integral del niño contempla la presencia de sus dos progenitores con sus diferencias pero que se deben complementar, siendo, por último, de la responsabilidad de ambos el tratar de coordinar esta situación en armonía, evitando soluciones drásticas que únicamente perjudican a sus hijos.

En el supuesto enjuiciado, la madre aboga por un régimen de visitas más restrictivo, que excluya la pernocta del menor con su padre, aludiendo a la corta edad del niño, su delicado estado de salud y las carencias que presenta el lugar donde se realizarían las visitas.

La Sala no comparte tales alegaciones. El niño nació el 26 de julio de 2007, de manera que, al día de hoy, tiene dos años y cinco meses, lo que se considera una edad suficiente para que los cuidados que precisa puedan ser aplicados tanto por la madre como por el padre; adviértase que, si bien cuando se trata de bebés o, en general, de niños en período de lactancia, la presencia cuasi permanente de la madre constituye un elemento necesario para su desarrollo, una vez transcurrida esa fase de dependencia vital, las atenciones que requiere el niño pueden y deben ser prestadas por ambos progenitores, sin que se alcance a observar la presencia en uno u otro de factores de riesgo que hagan sospechar una actuación inadecuada.

Lo mismo cabe decir respecto al estado de salud del menor y las condiciones del domicilio de los abuelos paternos. El niño fue hospitalizado en el mes de marzo de 2007, aquejado de celulitis retroarticular derecha y mastetoiditis, derivada de una otitis media aguda, pautándose el correspondiente tratamiento, pero este dato en nada afecta a la pernocta, como tampoco la circunstancia de que la casa de los abuelos paternos, en la que el niño dormiría durante las visitas, tenga o no calefacción central, puesto que se trata de una vivienda media, con habitaciones suficientes para alojar al demandante y a su hijo y que cuenta con otras posibilidades de calefacción.

RÉGIMEN DE VISITAS

Vistos los medios de transporte existentes y aquellos con los que cuenta la madre no se estima adecuado el establecimiento del punto intermedio de encuentro para la recogida y entrega del hijo, debiendo ser el padre el que se traslade de Zaragoza a Cuenca para recoger al menor del domicilio materno y, tras finalizar la visita, reintegrarlo al mismo.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Recurre el demandado tres puntos concretos de la Sentencia dictada en la instancia, suplicando que, dada la distancia entre los domicilios del menor (Casasimarro, Cuenca) y del padre (Zaragoza), se fije un punto intermedio de encuentro entre ambas localidades, que podría ser Teruel, para recoger y entregar al menor en las fechas de las visitas, y así distribuir equitativamente los gastos y los inconvenientes de los viajes, que se establezca, en cuanto a los gastos extraordinarios del menor, que se satisfarán por mitad los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social y aquellos otros que sean aprobados previamente por ambos progenitores o que fije el Juzgado en caso de desacuerdo, y, finalmente, que se fije que el padre reciba copia de las calificaciones o de cualquier nota del colegio referente al menor, y que sea informado de las revisiones médicas y estado de salud del menor, y de cualquier enfermedad que le afecte facilitándosele el acceso al lugar en que se encontrase en esos momentos, no pudiendo ser sometido a tratamiento médico sin la autorización de ambos padres.

Ha quedado acreditado en el pleito que el régimen de visitas instaurado en Sentencia firme de separación de 27 de noviembre de 2003, ha venido cumpliéndose sin incidencias entre el padre y el hijo. Es cierto que la distancia entre las residencias de uno y otro supone una dificultad importante, es decir, inconvenientes por un mayor coste en los desplazamientos y en el empleo de tiempo a invertir en los trayectos.

Sin embargo, vistos los medios de transporte existentes y aquellos con los que cuenta la madre, (folios 100 y siguientes de las actuaciones) no se estima adecuado el establecimiento del punto intermedio de encuentro solicitado, debiendo ser

el padre el que recoja y reintegre al niño en su domicilio materno.

Si al padre no le convence el sistema de visitas intersemanal instaurado en la Sentencia por considerarlo restrictivo, procede restablecer el de fines de semana alternos establecido en la Sentencia de separación, el que prevalecerá en caso de desacuerdo entre los progenitores.

RÉGIMEN DE VISITAS

Procede fijar un régimen de visitas al constatarse una progresiva mejoría del estado de salud psíquico de la madre que es consciente de su enfermedad y ha seguido el tratamiento médico con óptimo funcionamiento social y ocupacional sin que en los últimos tiempos se haya observado sintomatología relevante ni en la esfera psicótica ni en la afectiva.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Soto-Jove Fernández

La Sentencia de divorcio de la instancia es recurrida en apelación en el particular extremo relativo al régimen de visitas del hijo común con su madre que establece, decisión que es recurrida por el padre que solicita se mantenga la decisión de la Sentencia de separación matrimonial de 1999 que suspendió la comunicación entre el menor y su madre dada la importante afectación psíquica que presentaba ésta en aquella fecha.

Sin embargo la prueba obrante, en particular el informe de la psicólogo Sra. Emilia, quien conoce a la madre desde el año 2000 y le viene tratando desde hace unos dos años, evidencia, como confirmó en el acto de Juicio, una progresiva mejoría del estado de salud psíquico de la madre desde 2004, consciente de su enfermedad, siguiendo los partes médicos, con óptimo funcionamiento social y ocupacional sin que en los últimos tiempos se haya observado sintomatología relevante ni en la esfera psicótica ni en la afectiva, aconsejando que madre e hijo puedan retomar la relación.

Por ello debemos confirmar como ajustada la decisión de la Juzgadora de establecer un régimen de comunicaciones entre ambos, intentando eludir una definitiva falta de contacto del menor con su madre, régimen que difícilmente es configurable de modo más controlado y eventualmente progresivo que el fijado por la Juez de instancia sin base objetivable para sostener una oposición plena a todo contacto, desestimando en definitiva el recurso contemplado sin imposición de costas procesales de esta alzada atendiendo a la naturaleza del interés en conflicto.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se desestima la demanda que efectuaron los abuelos solicitando el aumento de las visitas dado que éstos no pueden desarrollar una labor sustitutiva de la que exclusivamente corresponde a los padres en el proceso de crianza y educación de los hijos. Por otro lado, deben evitarse las desautorizaciones y las maniobras de alienación que éstos puedan efectuar frente al menor.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós

La sentencia de instancia desestima la demanda de modificación de medidas interpuesta por los abuelos paternos del menor, en la que solicitaban la ampliación del régimen de visitas articulado en Sentencia de 25 de julio de 2006 –en síntesis, hasta los 3 años y medio, una tarde a la semana, y desde los tres años y medio, la tarde de los martes de 17 a las 20 horas, y un domingo de cada tres, de 11 a 20 horas, mas un día de Navidad y otro de Semana Santa y una semana en verano–, desestimando

asimismo la demanda reconvencional de la madre –reducción de las relaciones personales de abuelos y nietos a una tarde a la semana, los martes, desde las 17 a las 19 horas–, pronunciamiento frente al que se alza la demandada reconviniente, que reproduce su petición, insistiendo en las razones expuestas en su demanda –inconveniente sustitución de la figura del padre fallecido que los abuelos asumen e influencia negativizadora y alienadora que éstos desarrollan respecto de ella– y concretando una más –no disponibilidad por los abuelos, por su edad y salud y por la edad y vitalidad del nieto, de las condiciones necesarias para hacerse cargo del niño por más tiempo del que ella proponía en su demanda reconvencional–.

Dice la recurrente que el informe emitido no analiza el caso concreto ni señala por qué conviene que los abuelos se comuniquen con su nieto en unos períodos de tiempo como los propuestos. Lo que no es cierto. La psicóloga adscrita al Juzgado de familia sí analiza el caso que se le somete a consideración y, evaluando razones que, efectivamente, no coinciden con los esquemas de la madre apelante, llega a la conclusión de que, en función de un desarrollo del menor en las mejores condiciones posibles, procede «el mantenimiento» del sistema de visitas establecido el 1 de febrero de 2005 –el dispuesto por el Juzgado y luego restringido por esta Sección en los términos referidos, a los que con el aquietamiento de los abuelos se remite la sentencia objeto de recurso–.

La prueba practicada no ha constatado ningún dato objetivo que aconseje la variación del régimen de comunicación establecido. Los abuelos –dice el informe– «presentan unas buenas condiciones personales para ocuparse de su cuidado el tiempo que el niño permanece con ellos», lo que, si se tiene en cuenta que el perito incluso amplía el régimen respecto del señalado judicialmente, presupone que esa capacidad, no obstante la exclusiva referencia al tiempo «que el niño permanece con ellos», alcanza también a la ampliación informada. Y se dice también que «Miguel disfruta del contacto con sus abuelos», afirmación que, al margen de no haber mantenido ninguna con el niño, pudo ser hecha por la psicóloga como la hizo tras la entrevista mantenida con la recurrente.

Todo ello supuesto, sólo queda recordar a las partes, una vez más, los principios que gobiernan la cuestión de fondo, está visto que de dificultosa atención en el enconamiento de sus respectivas posturas. Y, en suma, que los abuelos no deben desarrollar labor sustitutiva o interferente en la que exclusivamente corresponde a los padres en el proceso de crianza y educación de los hijos, sus nietos, ni mucho menos incurrir en desautorizaciones o caer en maniobras de alienación. Y la madre entender y asumir que de los contactos de su hijo con sus abuelos paternos, siempre que los mismos se desarrollen en la forma deseable, sólo pueden derivar experiencias enriquecedoras para el menor. Asimismo parece necesario indicar, en particular a los abuelos, que la desatención de los límites que han inspirado el régimen de visitas y comunicación establecido será en último término perjudicial a los intereses del menor y puede justificar la introducción de modificaciones no deseadas en ese régimen.

RÉGIMEN DE VISITAS

Basa la madre su pretensión de que sea suprimido el régimen de visitas en que el padre, que vive con los abuelos, delega en éstos el régimen de comunicación con la menor que la sentencia de divorcio le confirió, pero dicha alegación no se aviene con las denuncias por incumplimiento del régimen de visitas presentadas por el padre.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pueyo Mateo

También recurre doña Victoria el pronunciamiento de la recurrida que desestimó su pretensión de que sea suprimido el régimen de comunicación del padre con su hija, solicitando la extinción de éste o alternativamente sin restricción.

Basa la apelante su pretensión sustancialmente en que don José Miguel, que a su vez vive con sus padres, delega en éstos el régimen de comunicación con la menor que la sentencia de divorcio le confirió.

La presente alegación no ha sido acreditada y resulta contradicha por las manifestaciones que la señora con la que convive la actora y su hija efectuó ante la Policía el día 22 de octubre de 2006 e igualmente no se avienen con las denuncias por incumplimiento del régimen de visitas efectuadas

por aquél y aportadas con el escrito de oposición al recurso en el que igualmente se aporta un informe del Centro de Punto de Encuentro Familiar, ello con independencia de que en la sentencia de divorcio se preveía el que la menor pudiera ser recogida en el domicilio materno por los abuelos paternos.

Así las cosas debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo expuesta entre otras en la Sentencia de 9 de julio de 2002 en la que se declara que «el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor [Sentencias de 20 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8083) y 22 de mayo y 21 de julio de 1993 (RJ 1993,6175)]. En este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto».

Señalando la Sentencia del Alto Tribunal de 10 de febrero de 1999 que «reconociendo que las medidas de que se trata deben ser adoptadas en beneficio de los hijos, no cabe pretender que las concretas establecidas sean susceptibles de provocar ningún desequilibrio, ni siquiera, potencialmente para la menor el ser imprevisible pretender su aislamiento total y permanente respecto de la comunicación con el padre.

En suma el derecho de visitas y así lo ha reiterado los tribunales, Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 de enero de 1999, constituye el medio o procedimiento con el que se mantiene la relación paterno-filial en los casos en que los padres del menor no viven juntos, evitando la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, derecho que sólo cede en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo, según dispone el artículo 94 del CC al establecer que el juez podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumpliesen grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial, lo que no se ha acreditado concurra en el caso de *litis*. Diversamente en el informe del equipo psicosocial adscrito a los juzgados de Avilés se recomienda la relación y comunicación del padre con la hija y que ésta se reinicie lo antes posible, y aunque las conclusiones de ese informe diverjan del de la perito propuesta por la actora, no se ha de olvidar el principio de libre apreciación de la prueba conforme a la regla de la sana crítica que consagra el artículo 348 de la LEC sin que las conclusiones que obtiene la Juzgadora *a quo* de la pericial practicada puedan ser calificadas de ilógicas, arbitrarias o irrazonables.

RÉGIMEN DE VISITAS

Pautas a seguir para el control del régimen de visitas en el punto de encuentro.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Como régimen de visitas paterno-filial se fija los domingos alternos, a desarrollar en el Centro PEF, con el sistema de supervisión (entregas y recogidas), desde las 10,00 horas aproximadamente de la mañana, hasta la tarde en el horario que determinen los técnicos del centro PEF, fijándose posteriormente, a la vista del desarrollo y vínculos paterno-filiales entre las partes, una ampliación y/o modificación de las visitas, a instancia de las partes, y si así se acredita que resulta beneficioso para la menor.

El contenido de la modalidad de Supervisión es el siguiente:

1. CONTENIDO:

1.1) Entregas y recogidas en el Punto de Encuentro.

1.2) El primer contacto con el Punto de Encuentro consistirá en una entrevista realizada por la Trabajadora Social para conocer a la familia y valorar la problemática existente.

2. FINALIDAD:

2.1) Constatar que la visita se produce o no en el horario establecido sin altercados en el momento de la entrega o recogida ofreciendo un marco sereno y de confianza para el menor.

2.2) Proteger al menor, de modo que ante un grave riesgo para el menor se cancelará la visita.

3. PROFESIONAL ENCARGADO: Letrado de guardia con el auxilio de un miembro del Equipo Técnico y del personal auxiliar.

4. COMUNICACIONES DEL PEF AL ÓRGANO DERIVANTE: Partes de incidencias.

4.1) Contenido del parte de incidencias:

a) Falta de puntualidad o inasistencia de alguna parte (se adjuntará el justificante que haya sido aportado por el interesado).

b) Cambios puntuales de las visitas (se adjuntará el acuerdo suscrito por las partes).

c) Negativa del menor a marchar con el progenitor no custodio.

d) Observaciones importantes que efectúe el profesional encargado en la entrega o recogida.

4.2) No se efectuarán propuestas de modificación de medidas, permaneciendo como entidad neutral merecedora de la confianza de ambas partes.

5. PETICIONES DE LOS USUARIOS:

5.1) Las modificaciones del régimen de visitas se propondrán por medio de los representantes legales de las partes al Juzgado.

5.2) En caso de que ambos progenitores quieran ser apoyados en sus dificultades relativas al cumplimiento del régimen de visitas por el Equipo Técnico del Punto de Encuentro, deberán solicitar al Juzgado a través de su representación procesal ser incluidos en la Modalidad de Intervención, lo que podrá acordarse previo informe del Punto de Encuentro.

VIVIENDA FAMILIAR

En los procedimientos matrimoniales no se permite decidir sobre la atribución del uso de otra vivienda que no sea la familiar.

AP LAS PALMAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen María Simón Rodríguez

Consecuencia del cambio de guardia y custodia es también la atribución del uso de la vivienda familiar al apelante, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, que prevé su atribución, al cónyuge que tenga atribuida la guarda y custodia.

Ningún pronunciamiento cabe hacer sin embargo en cuanto a la segunda vivienda respecto a la cual en la sentencia de instancia se acordó la posibilidad de que la apelada pudiera interesar en ejecución de sentencia el lanzamiento de dicha vivienda de don Augusto con la sola finalidad de proceder a arrendarla a un tercero acreciendo los frutos el patrimonio ganancial. Sin perjuicio de que tratándose de un bien ganancial la administración corresponde a ambos cónyuges, no cabe hacer atribución sobre el uso y disfrute del citado inmueble a ninguno de los litigantes, pues debe recordarse que en los procedimientos matrimoniales no se permite decidir sobre la atribución de otra vivienda que no sea la familiar, según la dicción utilizada en los artículos 90, 91 y 96 del Código Civil. En consecuencia el destino que corresponda a cualquier inmueble distinto que tenga la consideración de ganancial debe decidirse única y exclusivamente en la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales, siendo del todo improcedente realizar pronunciamiento sobre otros inmuebles distintos al que constituye domicilio familiar.

VIVIENDA FAMILIAR

No existe situación alguna de precario, sino ocupación de la vivienda en virtud de resolución judicial, razón por la que el procedimiento escogido es inadecuado, debiéndose acudir en su caso al declarativo que por razón de la cuantía corresponda.

AP TOLEDO, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Emilio Bucera Miller

Como señalábamos en nuestra Sentencia de 26 de enero de 2005 con cita de otras anteriores como las de 20 de junio de 1990, 5 de mayo de 1992, 24 de junio de 1998, 13 de enero de 1999, 20 de septiembre de 2000 y 1 de marzo de 2002 «la esencia sustantiva del precario consiste en la cesión del uso o disfrute de una finca ajena sin satisfacer como contraprestación renta o merced alguna y sin otra razón que justifique la posesión que la mera tolerancia o liberalidad del propietario o poseedor legítimo, siendo la condición de precarista equivalente a la del poseedor sin título, o en virtud de título nulo o que ha perdido su validez, y su nota característica el uso gratuito de la cosa (artículo 444 CC, en relación en el artículo 250.1.2.º LEC)».

Por otra parte, en íntima relación con el supuesto que nos ocupa, señala la STS de 18 de octubre de 1994 que el uso atribuido judicialmente de la vivienda conyugal a uno de los esposos, es un derecho oponible a terceros, pues se conforma como derecho real familiar de eficacia total, que constituye título suficiente que aleja toda situación de precario, disfrutando la poseedora la vivienda en ejercicio de buena fe, de un derecho concedido por vía judicial.

Continúa afirmando dicha sentencia más adelante que «estas situaciones no revisten un tratamiento especial, ya que las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados y que no pueden resultar agravados, cuanto los actos de desposesión que pretenden los terceros recurridos, aparte de carecer de apoyo legal suficiente, se presentan directamente lesivos al servicio familiar que presta la vivienda en disputa y cuya posesión vienen justificada, conforme queda dicho, por título suficientemente legítimo y eficaz, si bien subordinado siempre al de propiedad y que no es impeditivo del disfrute, a tenor del artículo 432 CC, resultando así explicado debidamente que la ocupación que detenta la recurrente y sus hijos se presenta procedente y genera el debido reconocimiento y protección de los Tribunales».

Por otra parte, en la Sentencia de esta misma Audiencia de 26 de enero de 2005, antes citada, señalábamos que la permanencia en la que fuera vivienda conyugal una vez rota la convivencia y siendo propiedad del otro miembro de la pareja (en este caso es propiedad de su padre por adquisición en procedimiento de ejecución), puede ser considerada como una situación de precario «salvo que una resolución judicial atribuyera a uno de los antiguos convivientes el uso de la vivienda».

En el presente caso los cónyuges se separaron en virtud de Sentencia de 20 de septiembre de 2004 que atribuyó el uso de la vivienda conyugal a los hijos comunes y a la madre, adjudicándose la propiedad de la misma en procedimiento de ejecución con fecha 3 de mayo de 2005 el padre del esposo y hoy demandante.

Posteriormente, los cónyuges se divorciaron en virtud de Sentencia de 22 de junio de 2006 habiendo alcanzado acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar que fue aprobado judicialmente y en cuya virtud «el uso de la vivienda familiar y dado que existe procedimiento penal en curso, se decide que no se concede el mismo hasta que no esté resuelto en vía penal, sin perjuicio de que en el caso se declare algún tipo de responsabilidad penal que conlleve la recuperación de dicha vivienda, ésta corresponderá su uso a los hijos y a la madre en cuya compañía quedan».

Así pues, es claro que existe resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda conyugal a la esposa y esa resolución es la sentencia de separación antes citada. Lo que la sentencia de divorcio hace, recogiendo el acuerdo alcanzado por los cónyuges, es no pronunciarse sobre el uso de la vivienda hasta que se resuelva un procedimiento penal en curso, con lo que hasta entonces es evidente que lo que está en vigor es la sentencia de separación en ese particular, y además se establece que para el caso de que el procedimiento penal concluya declarando algún tipo de responsabilidad penal que implique la recuperación de la vivienda, el uso de ésta corresponderá a los hijos y a la madre en cuya compañía quedan. Como quiera que según la propia deman-

dante no existe siquiera incoado procedimiento alguno de tipo penal, es claro que la previsión acerca de la vivienda que se adoptó en la sentencia de divorcio no tiene eficacia alguna, siguiendo en vigor la atribución de la vivienda a los hijos y a la madre en cuya compañía quedaron, en virtud de la sentencia de separación.

Por todo lo anterior, la Sala entiende que no existe situación alguna de precario, sino ocupación de la vivienda en virtud de resolución judicial, razón por la que el procedimiento escogido es inadecuado, debiéndose acudir en su caso al declarativo que por razón de la cuantía corresponda.

VIVIENDA FAMILIAR

Habiendo transcurrido más de tres años desde que la esposa abandonara voluntariamente con sus hijos la vivienda, parece como ficticio pretender que ésta tenía a la fecha de la demanda inicial, y mantiene en la fecha actual, la condición de domicilio conyugal.

AP LAS PALMAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Mónica García de Yzaguirre

Alega la representación de doña María Inmaculada que la sentencia apelada ratifica en este punto lo acordado en el Auto de 29 de junio de 2005, en el que no se atribuye a madre e hijos el domicilio familiar, aduciéndose que la vivienda es propiedad de los padres del demandado estando alquilada a los litigantes por 180 euros al mes, alquiler que dejó de abonarse con la marcha de la actora a la casa de sus padres, perdiendo por la vía de hecho el carácter de vivienda familiar.

Estima esta recurrente que esta decisión afecta a los intereses de los hijos menores, puesto que en el momento de interponerse la demanda de separación los esposos llevaban aproximadamente un año separados y sin realizar vida en común, viviendo el demandado en casa de su madre y la actora en la vivienda familiar en la que permaneció hasta que presentó la denuncia el 9 de enero de 2005 contra el marido, pues mediante Auto de 11 de enero de 2005 el Juzgado de Instrucción acordó la prohibición del padre de acercarse a la hija Alba, y como la vivienda familiar estaba próxima al domicilio de los padres del esposo la actora decidió de forma temporal marcharse a casa de su madre.

Reconoce esta parte apelante que doña María Inmaculada dejó de pagar los recibos de agua, luz y Comunidad cuando se marchó a casa de su madre. Y en cuanto al pago del alquiler entiende esta parte que no debe ser considerado como cuestión fundamental para no atribuir el uso a los hijos y a la actora, puesto que el propio demandado reconoció que el alquiler no se pagaba desde que se produjo la separación de hecho, por lo que en el momento en que la actora se marcha a la casa de su madre, en enero de 2005, ya hacía muchos meses que el alquiler no se pagaba, por lo que considera que la voluntad de los padres del demandado era el que la actora y sus hijos continuaran en la vivienda familiar, pues nunca manifestaron lo contrario.

El recurso debe rechazarse.

La Sala considera que el Juez *a quo*, con buen criterio, ya en el Auto de medidas provisionales dictado en junio de 2005, entendió que no existía domicilio conyugal y, en consecuencia, no estableció medida alguna relativa al uso del mismo. El que fue domicilio familiar lo era en régimen de alquiler, al ser propiedad de terceras personas ajenas al matrimonio, y la propia recurrente reconoce que en dicho domicilio no habitaba el esposo desde aproximadamente mayo de 2004, y que ni ella ni los hijos comunes residían en él desde enero de 2005, esto es, más de cuatro meses antes de la presentación de la demanda separación, y que ni el alquiler ni los suministros, ni la Comunidad habían sido pagados desde su marcha del domicilio, aunque al parecer el alquiler no se satisfacía desde mayo de 2004 en que el esposo dejó de convivir en dicho domicilio. La circunstancia de que la propiedad de la finca sea de los padres del marido en nada altera las anteriores consideraciones, si bien puede justificar que por lo mismo no se hayan emprendido acciones legales.

En la actualidad han transcurrido más de tres años desde que la recurrente abandonara voluntariamente con sus hijos esta vivienda, y aparece como ficticio el pretender que la misma tenía a la fecha de la demanda inicial, y mantiene en la fecha actual, la condición de domicilio conyugal. No se da en el presente caso ninguna razón de urgencia que justifique la salida del domicilio por parte de doña María Inmaculada, puesto que al tiempo de formular la denuncia el esposo hacía muchos meses que no convivía con ella en la vivienda. Y, en cuanto a la medida de alejamiento adoptada por el Juez de Instrucción, tampoco causaliza la salida de doña

María Inmaculada de ésta, pues la señalada medida penal en modo alguno implicaba, ni obligaba a doña María Inmaculada a cambiar de residencia, sino, en su caso, al sujeto al que se impuso dicha medida. Por ello, la decisión de que la vivienda que fue la conyugal dejara de ser la vivienda familiar fue adoptada por doña María Inmaculada de forma libre y voluntaria, generando un estado de hecho que se ha mantenido hasta la actualidad.

Si efectivamente existen todavía en la vivienda enseres de propiedad de la apelante, será una cuestión que deberá dilucidar con los arrendadores, y si éstos, según afirma la parte en su escrito de recurso, consienten en que doña María Inmaculada –y sus hijos– vuelva a la vivienda en la calidad de arrendataria, no se entiende por qué no lo ha hecho en todo este tiempo, amén de que no existe ningún problema en que se dé tal acuerdo sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno, pronunciamiento que únicamente puede proyectarse sobre la vivienda familiar y para el caso en que efectivamente existiera tal domicilio familiar al tiempo de la demanda, lo que no concurre en el supuesto de autos.

VIVIENDA FAMILIAR

El demandado, con pleno consentimiento y conocimiento de los padres de la esposa, convirtió una pequeña vivienda propiedad de éstos junto a otra vivienda contigua que adquirió en un solo inmueble. Ya se acuerde la división de la cosa, ya su adjudicación a uno de los comuneros o su venta en pública subasta, debe darse preferencia al derecho de uso establecido a favor del padre y de las hijas.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Menéndez Estébanez

La sentencia parte de unos hechos probados que, en su mayoría, permanecen incólumes al no ser atacados en vía de recurso.

La parte actora es propietaria de una casa sita en la DIRECCIÓN000 núm. NÚM000 A Illa de Arousa, que le pertenece por compra en fecha 11 de febrero de 1969, que se describe en la escritura de 20 m² y que fue ampliada por los actores dándole planta alta.

El demandado, ex yerno de los actores, adquiere privativamente por compraventa, el 15 de abril de 1997, la casa colindante a la anterior sita en el núm. NÚM003 de la DIRECCIÓN000, con superficie catastrada de 21 m², pero con una superficie real, según prueba pericial, de 26 m².

El demandado, con pleno consentimiento y conocimiento de los demandantes, y en atención a las relaciones familiares ya que el demandado estaba casado con una hija de los demandantes, convirtió las dos construcciones en una sola. Reconstruye ambas y edifica un bajo cubierta, fijándose como única entrada la que correspondía a la casa del núm. NÚM000, constando la edificación actual de tres plantas, una PLANTA000 de 122,76 m² construidos; una planta NÚM001 de 119,84 m² construidos; y una planta NÚM002 de 114,80 m² construidos. En total 357,40 m² construidos. Se trata de una edificación en manzana cerrada de 3 plantas sobre rasante para vivienda unifamiliar.

En la citada vivienda unifamiliar vivió el demandado con la hija de los actores desde su matrimonio, y continuó viviendo tras la reconstrucción de las dos edificaciones, junto a las dos hijas del citado matrimonio. Separados ambos cónyuges por Sentencia firme de fecha 18 de mayo de 2005, se atribuyó el uso y disfrute del domicilio conyugal a las dos hijas del matrimonio y a su padre en cuya compañía quedan.

Contra dicha sentencia se alza la parte demandada reconviniente invocando varios motivos. El primero referente a que si bien los demandantes pueden pedir la cesación de la comunidad, ésta no puede afectar a la subsistencia del derecho de uso. El segundo motivo de recurso se centra en infracción de lo dispuesto en el artículo 404 CC pues si la vivienda tiene carácter divisible, no puede dejarse al arbitrio de los actores decidir sobre si se ejecuta tal división, o se procede a la adjudicación a uno de ellos, indemnizando a los demás, o a su venta en pública subasta. El tercer motivo versa sobre la indivisibilidad del bien. Y finalmente un cuarto motivo por errónea aplicación del artículo 393 CC.

Como decíamos, el primer motivo del recurso se centra en que la acción de división, que no es cuestionada por el recurrente, sin embargo no puede afectar a su derecho de uso en cuanto cotitular y en virtud de la sentencia de separación que le atribuye, junto con sus hijas. A la vista de la fundamentación del recurso tal derecho de uso parece que se centra

en la atribución judicial del mismo, y a ello daremos respuesta. En todo caso, señalar que, en cuanto comunero de una comunidad pro indiviso de tipo romano por cuotas ideales, como es el caso y que ambas partes asumen, el ejercicio de la acción de división produce como efecto la atribución de la propiedad en exclusiva de la parte que se adjudique, y que, *a sensu contrario*, cesa su propiedad sobre la parte adjudicada a los otros comuneros, y los derechos que de la misma se derivaban como la posesión y uso. La división determina o especifica derechos (dice la STS de 17 de abril de 1987).

Centrándonos así en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar por sentencia en proceso de separación matrimonial en el que los actores son terceros y no intervinientes en el mismo, ciertamente la acción de división no puede perjudicar tal derecho de uso.

La STS de 8 de mayo de 2006 señala en su fundamento jurídico tercero que «... la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes.

Así la Sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999, afirma que "la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia optativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto.

En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa". La misma sentencia añade posteriormente, con cita de las de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, que "si bien el cotitular 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 la Sentencia de divorcio.

Por lo 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, que sólo puede ser modificada 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 igual sentido se ha pronunciado esta Sala en Sentencia más reciente de 28 de marzo de 2003. En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado».

En la conciliación entre la acción de división de la cosa común, que establece el artículo 400 del Código Civil y el derecho de uso sobre la vivienda familiar que establece el artículo 96 del Código Civil, ésa es la reiterada doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en los últimos años. Así pueden citarse, entre otras, también las Sentencias de 22 diciembre de 1992 y 14 de julio y 18 de octubre de 1994. La última resalta que el uso atribuido judicialmente a la vivienda se debe configurar como derecho oponible a terceros pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales que no pueden resultar agravados, concluyendo la citada sentencia que de todo ello se desprende que «la atribución del uso de la vivienda familiar en causa matrimonial no empece el ejercicio de la acción de división de cosa común, con tal que en la sentencia que se acuerde su procedencia se garantice aquel derecho, impidiendo que las personas que ocupan la vivienda familiar por atribución judicial puedan ser desalojadas en tanto persistan las circunstancias tomadas en consideración para su atribución».

Por lo tanto, ya se acuerde la división de la cosa, ya su adjudicación a uno de los comuneros o su venta en pública subasta, debe darse preferencia al derecho de uso establecido, a fin de que no pueda verse burlado tal pronunciamiento judicial de forma indirecta. Máxime en un supuesto en que los comuneros que pretenden la división son los padres de la esposa del demandado que precisamente intervienen ahora a raíz de la situación de crisis matrimonial que deriva en la separación judicial del demandado y la hija de los demandantes. Proceso en el que se puso en evidencia que el problema de fondo, en cuanto a los efectos de la separación, no era otro que la lucha entre las familias por quedarse con el domicilio conyugal, como así dijimos ya en nuestra Sentencia de 23 de febrero de 2006 al confirmar la atribución de la guardia y custodia de las hijas al padre, y por lo tanto, del disfrute de la vivienda familiar.

Debe estimarse el recurso en este extremo, de forma que, de procederse a la división material, ésta deberá depender de la extinción o modificación del derecho de uso que ostenta el demandado según acuerdo de los interesados o en virtud de resolu-

ción judicial en el proceso de separación u otro posterior de análoga naturaleza. Entre tanto, no puede ejecutarse dicha división material dado que el derecho de uso se refiere a toda la vivienda familiar, tal y como estaba configurada en el momento de adoptarse la medida.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El padre alega que está en paro y no cobra ninguna prestación y que tan sólo cuenta con algún ingreso esporádico cuando ayuda en el comercio de su hermano los fines de semana, pero esta situación es inconciliable con el hecho de que abona 900 euros mensuales por el alquiler de la vivienda donde habita y tiene en propiedad un vehículo «Jeep Cherokee».

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Para el análisis de la cuestión suscitada hay que tener en cuenta que la prestación alimenticia a favor de los hijos tiene naturaleza de orden público, pues constituye al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales uno de los deberes fundamentales de la patria potestad y que la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos ha de fijarse tomando como referencia no sólo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (artículos 1319 y 1362 del Código Civil) y los recursos y disponibilidades del guardador (artículos 93, 145.1 y 1438 del Código Civil), aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (artículos 103 y 1438 del Código Civil), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981 y 1 de febrero de 1982).

En el recurso de apelación se manifiesta que quedó suficientemente acreditado que don José Ignacio está en paro y no cobra ninguna prestación y que tan sólo cuenta con algún ingreso esporádico cuando ayuda en el comercio de su hermano los fines de semana. Pero la situación esgrimida es inconciliable con el hecho de que el antedicho abona 900 euros mensuales por el alquiler de la vivienda donde habita y tiene en propiedad un vehículo Jeep Cherokee, circunstancias estas que fueron admitidas por el demandado en el interrogatorio. Las declaraciones de la hija Noelia en la exploración efectuada (folios 41 y 42) tampoco se corresponden con la situación económica del demandado esgrimida en la contestación y en el recurso de apelación. En definitiva hay una falta de nitidez en la situación económica de don José Ignacio que no puede perjudicar en la cuantificación de la pensión alimenticia a favor de la hija Noelia que tiene carácter preferente e incondicional, y el recurso de apelación debe ser desestimado.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Dada la edad de la hija, la actividad laboral que desarrolla y especialmente que se encuentra en el tercer curso de la carrera, habrá de mantenerse la pensión durante dos años más a contar desde la resolución de la primera instancia, transcurridos los cuales dicha prestación se extinguirá.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La Sala estima que el recurso ha de ser acogido, en parte, en este punto, por cuanto según consta en las actuaciones –y en especial por la prueba testifical practicada en esta segunda instancia, en

la persona de la propia interesada, común descendiente,– la citada hija ha realizado actividad laboral, trabajando en un hotel por lo que refiere ha percibido unos 600 euros mensuales indicando también que dicho trabajo lo realizó desde octubre de 2006 a julio de 2007, que consistía en un trabajo de relaciones públicas en un centro deportivo, en un hotel y señalando que antes esporádicamente había actuado como azafata, significando que intentó compatibilizar esta situación con los estudios aunque no lo hizo bien y de hecho la echaron por llegar tarde. Refiere que los contratos se prorrogaron 3 veces y reitera que finalizó por llegar tarde. Continúa señalando que este año acaba la carrera destacando que en alguna ocasión cobró 900 euros teniendo pendientes 6 asignaturas de primero ascendiendo los gastos académicos a 375 euros al mes, y percibiendo en la actualidad 500 euros al mes por prestación por desempleo y figurando como demandante de empleo, siendo aquél un despido acordado con la empresa, significando que no salió mal con la empresa, siendo todo ello decisiones tomadas por la interesada, al ser mayor de edad.

De esta forma verificado que la común descendiente de 21 años de edad, al haber nacido el 14 de mayo de 1986 se ha incorporado al mercado de trabajo y percibiendo, por ello, unos ingresos que superan además el importe de la cantidad que se asigna como pensión de alimentos, según se documenta en los autos en los que aparece además la cotización a la SS, se estima que la mencionada hija está en condiciones de adquirir la autonomía e independencia si bien no consta que ésta se hubiera alcanzado plenamente.

En efecto, el contrato celebrado en el año 2006 y hasta el mes de julio de 2007, con la categoría de relaciones públicas revela que aquella base de cotización es de 687,87 euros al mes, 1.057,34 euros, 900,85 euros, 738,84 euros, etc., todo lo cual determina la improcedencia de conceder dicha pensión alimenticia, mientras la interesada tenga estos recursos procedentes del trabajo o de la prestación de desempleo, por lo que en tales períodos dicha obligación de pago de alimentos quedará en suspenso, debiendo acreditarse cumplidamente tales extremos, por la interesada para la percepción de la pensión alimenticia y significando en todo caso, que dada la edad de la hija, su actividad laboral así desarrollada y especialmente que se encuentra en el tercer curso, habrá de mantenerse la pensión durante dos años más a contar desde la resolución de la primera instancia, transcurridos los cuales dicha prestación se extinguirá, cobrando vigencia esta medida desde dicha resolución, sin que por otra parte proceda modificar la medida de retroacción de los alimentos, dadas las circunstancias acreditadas del caso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 148 del CC, por todo lo cual procede en este punto el acogimiento parcial de este motivo de apelación y la revocación también parcial de la sentencia recurrida.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No es obstáculo para la reclamación de gastos extraordinarios que en el convenio regulador no se hiciera referencia a éstos, si bien el procedimiento adecuado para su reclamación no podrá ser el de ejecución.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 7 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana M.ª García Esquius

Por lo que se refiere a los gastos de psicólogo, como reiteradamente ha manifestado esta Sala, cuando se trata de gastos extraordinarios sobre los que no existiera pacto anterior, siendo su concepto indeterminado e inespecífico y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, precisan de su determinación y objetivación en cada momento y para cada supuesto concreto, lo que supone requerir del otro progenitor el consentimiento para la asunción del gastos extraordinarios de que se trate, salvo imposibilidad manifiesta y acreditada de obtener tal consentimiento, conclusión que se deriva además de lo que dispone el artículo 139 del Código de Familia. Son gastos extraordinarios, como su propio nombre indica, todos aquellos que son imprevistos y necesarios. Siendo así, el abono de los gastos extraordinarios no viene supeditado ni al previo consentimiento ni a la necesidad de previo requerimiento de pago.

El Auto impugnado razona que la sentencia que se ejecuta en nada hace referencia a los gastos de psicólogo y que los mismos se dieron como consecuencia de circunstancias posteriores a dicha

sentencia. El título que se ejecuta, la sentencia homologando el convenio de las partes, no contiene referencia expresa al pago de los gastos extraordinarios, por lo que de conformidad con lo que dispone el artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procedía despachar ejecución al no ajustarse la ejecución que se solicita al contenido del título. De haberse contenido pronunciamiento expreso sobre el abono de los gastos extraordinarios en la sentencia cuya ejecución se pretende, sin necesidad de detalle sobre qué conceptos tienen o no la consideración de extraordinarios puesto que como ya se ha indicado por su propia naturaleza son imprevisibles si hubiera procedido el despacho de ejecución por los gastos de psicólogo, con independencia de si fueron o no gastos ocasionados de forma sobrevenida, pues siendo así responden a su propia naturaleza como ya se ha dicho. El problema estriba en este caso, en la omisión de referencia expresa en el convenio a los gastos extraordinarios, cuyo abono corresponde a ambos progenitores, si bien el procedimiento adecuado para su reclamación no podrá ser el de ejecución, y en consecuencia de no haberse abonado la mitad de esos honorarios por el padre, la deuda sigue pendiente, sin que sea preciso su consentimiento previo por tratarse de un gasto necesario.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El gasto de matriculación en la guardería es un gasto escolar de carácter ordinario al ser previsible.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 15 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Noblejas Negrillo

Y en lo que respecta al gasto ocasionado por la matriculación de Valeria en la guardería, antes de nada diremos que debemos desglosar aquellas necesidades del descendiente común de carácter periódico y previsible, de aquellas otras que pueden surgir en un momento determinado, fuera de aquella previsibilidad periódica, para incluir la cobertura de las primeras en la pensión alimenticia mensual, y contemplar específicamente las segundas bajo el concepto de gasto extraordinario. Se trata de no gravar al alimentante con un pago periódico ante eventualidades que, ni tienen reiteración en el tiempo, ni se conoce con seguridad si se van a producir, ni en último término, el gasto que hayan de generar, por lo que cualquier pronunciamiento que estableciera una suma periódica para sufragar tales hipotéticas necesidades, acabaría la mayor parte de los casos, o por lesionar injustificadamente los intereses del obligado al pago por un desplazamiento patrimonial que no responde a una necesidad actual y concreta, o que rebasa el gasto generado por la misma, o por vulnerar los derechos del alimentista, pues tal aportación periódica podría resultar insuficiente para afrontar un determinado gasto puntual de carácter ineludible, como pudieran se las atenciones médico-sanitarias no cubiertas por la Seguridad Social. Es por ello que su concepto es indeterminado, inespecífico, y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, que necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso, y que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida del hijo, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otra manera.

En el caso vemos que el gasto de matriculación, a tenor de dicha doctrina, es un gasto, como escolar, ordinario por su carácter previsible –las partes ya sabían por la edad de la menor, tres años, que debía ser matriculada en un colegio o guardería, máxime cuando ya tenían otra hija escolarizada–, y periódico, pues viene a causarse año tras año, por lo que si ello es así, en este punto debemos acceder al recurso descontando del total reclamado los 75 euros relativos a este concepto.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Invocar las nuevas circunstancias de la esposa para solicitar una pensión denegada en la separación, además de atacar el efecto de la cosa juzgada, es pretender ponderar el desequilibrio en el momento presente y no en el del cese de la convivencia.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Moyano García

La pensión compensatoria del artículo 97 de CC no puede concederse por razones procesales y de fondo. Procesales, porque ya fue solicitada y denegada en el proceso de separación, por lo que se ha producido cosa juzgada, como ha señalado, por ejemplo, la SAP de Barcelona (Sec. 12.ª) Sentencia de 17 junio 2002 AC 2002\2069 «Desde luego no puede admitirse que haya cosa juzgada respecto a esta cuestión de la pensión compensatoria, como pretende el señor S. en su escrito de oposición al recurso (alegación primera, párrafo segundo). La habría si se hubiese solicitado la pensión y se hubiese denegado. Es evidente que, por regla general, si en la sentencia de separación se declara que no procede fijar pensión compensatoria, por falta del requisito del desequilibrio o por lo que sea, la cuestión queda en efecto definitivamente juzgada y, luego, en el proceso de divorcio, no puede reconocerse tal prestación porque ello iría contra el principio de que no puede alterarse lo ya juzgado y decidido, de manera firme, por los tribunales de justicia. Mas ello no fue lo que sucedió en el presente caso, como es evidente».

De fondo, porque para la concesión de la pensión se ha de tener en cuenta solamente la situación económica de cada cónyuge en el momento de cesar la convivencia conyugal, conforme dispone el artículo 97 CC, mientras que las variaciones posteriores de la fortuna de uno y otro sólo podrían motivar su alteración a la baja o la extinción de la pensión, ya que lo que retribuye la prestación compensatoria es el desequilibrio causado por la ruptura de la unidad familiar, sin que las evoluciones posteriores de los cónyuges ya separados o divorciados puedan engendrar un derecho o un aumento del derecho no apreciado en dicho instante de la ruptura, ya que a partir del cese de la convivencia cada cónyuge desenvuelve su vida en todos los ámbitos del existir de manera autónoma, y ya no pueden volver a compararse sus respectivas situaciones socioeconómicas, salvo para reducir o extinguir el derecho de tracto sucesivo ya concedido, en su caso, por desaparición o minoración del desequilibrio inicialmente apreciado. Por tanto, invocar las nuevas circunstancias de la esposa para solicitar una pensión denegada en la separación, además de atacar el efecto de la cosa juzgada supone ponderar el desequilibrio en el momento presente y no en el del cese de la convivencia, lo cual como hemos expuesto no es el presupuesto temporal del desequilibrio en que se basa el derecho compensatorio del artículo 97 del CC.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque el padre reconoce unos ingresos de 72.287,78 euros, en tanto que la esposa no percibe remuneración alguna, deben tenerse en cuenta los datos económicos del esposo y muy especialmente las cargas que el padre ha de afrontar en orden a la pensión de alimentos de los hijos, así como los gastos que éste ha de asumir para cubrir sus necesidades de alojamiento, por lo que procede fijar la pensión compensatoria en 1.500 euros.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se fijen 3.000 euros para los dos menores y 6.000 euros para doña Guadalupe y alega que la

recurrente y sus hijas viven en el domicilio conyugal que es un chalé individual con parcela en la calle Príncipe de Vergara con jardín, piscina y todo tipo de comodidades y relata las necesidades de las menores que son de colegio 225, comedor 85 euros, clases diversas de tenis, padel, francés, siendo los de Alejandra similares, y recuerda que tiene 38 años de edad instando la pensión de forma indefinida.

Cierto es que el padre reconoce los ingresos que se reseñan, también, en el recurso de apelación de forma que se especifican unos ingresos o rendimientos íntegros en el año 2005 de 72.287,78 euros, en tanto la esposa no percibe remuneración alguna y por lo que como se indicará percibe pensión compensatoria en el importe que se señalará, a continuación, lo que también, sin duda, repercute en la disponibilidad económica del padre, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación.

Y se solicita también pensión compensatoria por importe de 6.000 euros mensuales.

De la interpretación del párrafo primero del artículo 97 del Código Civil se deduce el sentido de que la pensión compensatoria está encaminada a conservar por parte del cónyuge más desfavorecido, el nivel de vida del que éste gozaba durante el matrimonio. No se trata de una pensión alimenticia en sentido estricto; sin embargo, de alguna manera se aproxima a los alimentos, ya que los criterios de determinación que se ofrecen al Juez se basan en no pequeña medida, en circunstancias que se refieren a las necesidades de uno y otro cónyuge.

De esta forma el cónyuge que tiene derecho a pensión ha de estar desfavorecido al ser su posición posterior al matrimonio considerablemente inferior a la que gozaba durante el mismo, siendo razonable que se reciba pensión por quien la necesite y mientras se necesite, siendo cierto que en los preceptos del Código Civil no se impone la obligación de intentar mejorar la fortuna a través del trabajo o del acceso a una superior cualificación.

Dicho lo cual, no puede sino tenerse en cuenta los datos económicos anteriormente señalados y muy especialmente las cargas que el padre ha de afrontar en orden a la pensión de alimentos, anteriormente señalados, así como los gastos que el mismo ha de asumir para cubrir sus necesidades de alojamiento, debiendo valorar también los años de matrimonio así como la edad de la interesada, 38 años durante la tramitación de la causa, y la edad de los comunes descendientes, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar la sentencia recurrida, por cuanto se considera 1.500 euros ajustados a las premisas indicadas.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Con independencia de cuales fueran sus intenciones al acudir a un programa televisivo a compartir con el público su situación sentimental con una tercera persona, lo cierto es que ahora debe pechar con la responsabilidad de asumir las consecuencias del reconocimiento público del hecho que ahora pretende negar.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana M.ª García Esquius

La sentencia rechaza la solicitud de compensatoria estimando probada la concurrencia de una causa de denegación, la contenida en el apartado b) del núm. 1 del artículo 86 del Código de Familia de Catalunya, es decir la convivencia marital con tercero. La `prueba obrante en autos permite llegar de forma clara y absolutamente lógica a la misma conclusión. Es más, la información de tal convivencia y de la existencia de la relación sentimental en la que concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar que existe convivencia marital, la proporciona la propia parte. Así pues, con independencia de cuales fueran sus intenciones al acudir a un programa televisivo a compartir con el público su situación sentimental, lo cierto es que ahora debe pechar con la responsabilidad de asumir las consecuencias del reconocimiento público del hecho que ahora pretende negar.

Por supuesto bastaría con la indicada prueba de la convivencia con tercero para denegar la compensatoria que se solicita. Pero es que además concurre otro factor determinante asimismo para llegar a idéntica solución. La esposa abandonó el domicilio conyugal, en el que quedaron el esposo e hijo, a mediados del año 2004, desplazándose a la población de Plasencia. Desde esa fecha y

hasta la presentación de la demanda de divorcio por el esposo en el mes de febrero de 2006, no consta acreditado que la esposa formulara solicitud alguna de medidas provisionales o de cualquier otro tipo en reclamación de pensión alimenticia o compensatoria. Únicamente al contestar a la demanda formula su pretensión, apoyándose en la existencia de un supuesto desequilibrio económico. El reconocimiento del derecho a la pensión compensatoria viene regido por el principio de rogación, como no podía ser de otra manera dada la naturaleza de la pensión de que se trata. Que no existió desequilibrio lo desmiente el hecho de que pese al largo tiempo transcurrido, la esposa no formulara reclamación alguna, subviniendo de forma autónoma a sus necesidades y obteniendo ingresos por su actividad como tarotista, ingresos por otra parte de imposible cuantificación y a sus propias manifestaciones hemos de remitirnos.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El hecho de que las partes disfruten de un diferente *status* económico con posterioridad a la ruptura, no es consecuencia de la crisis matrimonial, sino en todo caso de la diferente situación económica que tenían antes de contraer matrimonio dado que la esposa gozaba, y goza ahora también, de la propiedad de determinados bienes privativos.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Morales Mateo

Partiendo de lo expuesto, entiende esta Sala que no concurren los requisitos necesarios para el establecimiento de la pensión. El hecho de que las partes como se analiza a continuación, disfruten de un diferente *status* económico con posterioridad a la ruptura, no es consecuencia de la crisis matrimonial, sino en todo caso de la diferente situación económica de las partes existente ya con anterioridad al matrimonio, ya que la apelante gozaba y goza ahora también de la propiedad de determinados bienes privativos, entre ellos por ejemplo los de los terrenos donde se asienta la explotación vinícola que constituye el objeto de la empresa que explotan ambos, y que ha sido durante el matrimonio la fuente de ingresos de la unidad familiar, o ya sea de otros bienes inmuebles o en metálico. El hecho de que el apelado no ostente la propiedad privativa de bienes u otro metálico, no significa por sí desequilibrio económico y derecho a percibir una pensión.

Si se analizan uno por uno los elementos a tener en cuenta para el establecimiento o no de la pensión, entiende esta Sala que no concurre ninguno de ellos. Así respecto a los acuerdos anteriores de los cónyuges, simplemente no existen; respecto de la dedicación pasada a la familia y colaboración laboral en las actividades del cónyuge, decir que el matrimonio no tuvo hijos y que la dedicación del demandado como se apunta por la apelante, lo fue no a las actividades del otro cónyuge, sino a las suyas propias, pues la empresa bodeguera era y es titularidad al 50% de los dos. Por lo que respecta a la duración del matrimonio, no tiene especial relevancia que este durara ocho años, individualmente considerado ese dato. En cuanto a la edad y estado de salud del demandado y su cualificación profesional y probabilidades de acceder a un empleo, ninguna circunstancia relevante concurre al tratarse de un varón de 59 años sin enfermedad alegada y por tanto totalmente apto para el trabajo, que continúa la actividad empresarial vinícola con mayor o menor éxito y que como reconoce fue con anterioridad al matrimonio técnico del consejo regulador de la denominación de origen Vinos de Lanzarote, por lo que ostenta una formación además muy específica, de actualidad, requerida por la existencia de pocos expertos como es la concerniente al mundo del vino, ya sea en sus facetas de producción, comercialización, restauración u otras. Por último no le ha supuesto la pérdida de ninguna pensión.

Por tanto con estimación del recurso ha de revocarse el pronunciamiento relativo al establecimiento de una pensión compensatoria, ya que como se expuso anteriormente, el matrimonio en sí mismo, no hace nacer a favor de un cónyuge incluso después de la separación, el derecho de conservar el mismo nivel de vida anterior sin tener en cuenta las circunstancias que rodearon el matrimonio, pues quedaría desvirtuada la propia institución matrimonial, que no puede convertirse en una fuente de adquisición de derechos para el futuro y mantener a los esposos en la posición anterior a la ruptura.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se fija pensión por desequilibrio económico dado que se ha concedido a la esposa una indemnización del artículo 41 del Código de Familia de 100.000 euros y que tiene cubiertas sus necesidades de alojamiento al poseer una vivienda de su propiedad.

AP GIRONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Ferrero Hidalgo

Por lo que se refiere a la pensión compensatoria ya hemos dicho que la misma debe valorarse en atención a si se ha concedido o no la indemnización del artículo 41 del CF y dado que así ha sido, debe valorarse que la Sra. Begoña parte de unos recursos de 100.000 euros que el Sr. Jesús le debe satisfacer.

Por otro lado, argumenta la recurrente que no debe tenerse en cuenta su patrimonio adquirido por herencia y que si se valora debe también valorarse el del Sr. Jesús. Tal razonamiento no es correcto, pues es claro que al decidir sobre la pensión compensatoria se debe tener en cuenta todos los recursos que posee el que pretende la pensión, independientemente del origen de éstos. Y por lo tanto, si la Sra. Begoña tiene un patrimonio, aunque sea adquirido por herencia, debe ser valorado el mismo. En cuanto al patrimonio del obligado a pagar la pensión, sólo deberá ser valorado aquél del que hubiera disfrutado el matrimonio. Es decir, si el otro cónyuge tiene unos bienes que no han sido destinados al levantamiento de las cargas matrimoniales, es claro que no pueden valorarse, dado que en nada afecta al desequilibrio que pueda existir, pero si se han destinado al levantamiento, independientemente del origen (compraventa, herencia, etc.) y como consecuencia de la ruptura matrimonial el otro cónyuge deja de disfrutar de los mismos, entonces sí debe ser tomado en consideración. En el presente caso no se acredita que el patrimonio heredado por el Sra. Begoña fuera destinado al levantamiento de las cargas familiares.

Por lo tanto, visto que la Sra. Begoña ha adquirido por herencia un patrimonio relevante, visto que se le concede una indemnización de 100.000 euros y visto que una de las necesidades que puede originar un coste importante a una persona es el de la vivienda y éste lo tiene cubierto al poseer una vivienda de su propiedad, es procedente confirmar la decisión de la sentencia recurrida, al no apreciarse que exista un desequilibrio económico producido por la separación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria no se puede declarar extinguida por el simple transcurso de los años.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Alberto Francisco Álvarez Rodríguez

En el presente caso, lo que ha servido a la juzgadora *a quo* para declarar extinguida la pensión cuestionada, establecida de mutuo acuerdo por las partes, y sin señalar un límite temporal, no es más que una determinada concepción de la misma y el mero transcurso del tiempo, que habría permitido restablecer el equilibrio, máxime si la perceptora disfruta de un trabajo remunerado.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar en resoluciones anteriores, la pensión compensatoria no se puede declarar extinguida por el simple transcurso de los años y por su percepción durante los mismos, pues tal forma de proceder, como señalábamos en reciente Sentencia de 31 de octubre de 2007, encierra una discrepancia con la pensión señalada en resolución firme y que no le es dable modificar con base a esa sola circunstancia

al Juez conocedor del procedimiento de modificación de medidas.

Tampoco se comparte con la juzgadora de la primera instancia el que el acceso de la demandada al mercado laboral deba en el presente caso conllevar la extinción interesada. En la sentencia de modificación de medidas dictada el 1 de septiembre de 2001 ya se daba por sentado que la esposa «más o menos ininterrumpidamente ha venido trabajando en los últimos años bien en el régimen especial de autónomos o de empleadas de hogar y así desde el 6 de abril de 2001 trabaja para la empresa...» y aunque en aquel procedimiento se reclamaba la supresión tanto de esta pensión como de la alimenticia de los hijos, la misma se denegó entonces, entre otras razones, por la cuantía de los salarios percibidos por sus destinatarios. Luego, los 380 euros mensuales que se considera ahora percibe la ex esposa no pueden dar pie a la extinción pretendida por el apelado, y más si los ingresos de éste (39.754,65 euros brutos en 2005) son relativamente elevados y la cuantía de la pensión compensatoria resulta ínfima, lo que abocada a su preceptora a buscar trabajo para salir adelante, siendo reiterada la «doctrina» de este Tribunal en cuanto a que no siempre la incorporación al trabajo ni la ostentación en general y a partir de un determinado momento de una más favorable situación económica debe determinar la concurrencia de la causa extintiva de la pensión, sino que, para ello, dicha alteración ha de ser de entidad bastante.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede reducir la duración temporal del derecho a percibir la pensión compensatoria cuando la perceptora logra colocarse en situación de subvenir a sus propias necesidades, impulsando ella misma un negocio que le permite abrirse paso por sus propios medios.

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ramón Alonso Mañero Pardal

En cuanto al recurso de apelación principal, esto es, el formulado por la Sra. Estíbaliz, se cuestiona en el mismo la decisión de la Juez de Instancia de limitar drásticamente la duración o reconocimiento de su derecho a pensión compensatoria, entendiendo que se penaliza así la decisión de impulsar su propio negocio. Merece este recurso misma suerte desestimatoria que el anterior. No existe un castigo o penalización a la actuación claramente emprendedora de la Sra. Estíbaliz, sino tan sólo una lógica consecuencia del cambio de circunstancias fácticas efectivamente producido, pues si esta misma Sala reconoció el derecho de la ahora apelante a percibir una pensión compensatoria para corregir el desequilibrio que la pérdida de un empleo derivado directamente de la crisis familiar –pues se trataba de un trabajo en la propia empresa familiar–, le supuso a la Sra. Estíbaliz, es a todas luces correcto y fruto de una ponderada aplicación de las normas legales reducir la duración temporal del derecho que le fue reconocido cuando la perceptora de la pensión logra colocarse en situación de subvenir a sus propias necesidades, impulsando ella misma un negocio que le permite abrirse paso por sus propios medios. Cuando esta Sala reconoció el derecho a pensión de doña Estíbaliz y fijó su duración temporal en el año 2018 no se había producido aún, o al menos no se tenía conocimiento de la iniciativa empresarial de la ahora apelante, y por ello se entiende correcto y consecuente reducir notablemente la duración del derecho que le fue reconocido una vez que dicho negocio se mantiene activo desde mediados del año 2005. Es correcta igualmente la presunción de la Juez de Instancia sobre la buena marcha del mismo, pues al margen de las declaraciones trimestrales de Hacienda en el régimen de estimación directa, bien ha podido la propia apelante aportar a los autos prueba incontestable de su alegato relativo a las pérdidas o escasa rentabilidad del negocio.

CUESTIONES PROCESALES

Las medidas civiles adoptadas en la orden de protección no son recurribles.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Pérez Tormo

Contra el Auto de fecha 13 de julio de 2007, que acuerda medidas civiles junto con una medida de alejamiento adoptada en protección de la víctima, se plantea recurso de apelación por la representación de la Sra. Melisa.

El artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según redacción dada por Ley 27/2003, de 31 de julio, que regula la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, no establece nada respecto del recurso que sobre las medidas de carácter civil pueden adoptarse por el Juez de Instrucción o del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, de forma coetánea a aquella medida cautelar.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha especificado al modificar los artículos 87 ter.2 de la LOPJ y el artículo 49 bis.5 de la LEC, que en materia civil se seguirán los procedimientos y recursos previstos en la LEC, lo que determina que deban seguirse los trámites que para la preparación e interposición del recurso de apelación prevén los artículos 457 y 458 de la referida Ley Rituaria.

Debe tenerse en cuenta que el mencionado artículo 544 ter de la LECrim, en su apartado séptimo, establece que «las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente», estableciendo la Disposición Adicional Duodécima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia se entenderán hechas en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer.

En el presente caso, el plazo de vigencia de las medidas civiles adoptadas en fecha 13 de julio de 2007 ha caducado, por el transcurso de los 30 días desde su fecha; medidas contra las que no cabrá recurso alguno, de conformidad a lo previsto en el artículo 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es obvio por tanto, la insostenibilidad de la admisión del recurso de apelación contra este tipo de medidas, dada el escaso período de vigencia que van a tener, de manera que esta Sala, en aplicación analógica del artículo 4 del Código Civil con el supuesto previsto y regulado en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por apreciar identidad de razón, que establece la irrecurribilidad de las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, que al igual que las medidas que ahora nos ocupan, regularán las medidas o efectos, esto es la forma de organizarse las partes en situación de crisis familiares, y que asimismo tienen una vigencia de 30 días, hasta que se presente la correspondiente demanda, es por lo que consideramos que las medidas civiles adoptadas junto con una Orden de Protección, no son recurribles.

CUESTIONES PROCESALES

El procedimiento de modificación de medidas no puede servir de complemento de la demanda de divorcio para pedir medidas que no se pidieron en aquel momento.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Moyano García

Recurre contra la sentencia de primer grado exclusivamente la esposa, que limita a su vez su recurso a reiterar su pretensión de modificación de medidas complementarias del divorcio para cobijar la obligación de abono de los gastos extraordinarios de alimentación de los hijos por mitad a cargo de su esposo, y la obligación de éste de entregar a la demandante las ayudas públicas que perciba por cargas familiares.

El recurso ha de ser desestimado por varios motivos. El primero, de tipo procesal, ya que nos hallamos en un proceso de modificación de medidas, cuyo éxito exige acreditar una variación sustancial de las circunstancias que motivaron la decisión adoptada en el previo proceso de divorcio; en este caso, no se acredita y en realidad apenas se alega variación alguna de circunstancias, sino que la demanda parece contener simples pretensiones aparentemente omitidas en la demanda de divorcio, sin que este procedimiento de modificación de medidas pueda servir para esa especie de «complemento de demanda de divorcio» que el actor pretende camuflar bajo la vestidura de demanda de modificación de medidas.

CUESTIONES PROCESALES

La anotación preventiva de la demanda debe otorgarse de forma automática al amparo de lo dispuesto en el artículo 102 del CC sin que sea de aplicación la normativa de las medidas cautelares, por lo que procede revocar la resolución del juzgado que desestimó la petición por la falta de justificación de riesgo para la efectividad de la acción de divorcio.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Suplica don Daniel la revocación del Auto de 19 de marzo de 2007, y se acuerde y admita la anotación preventiva de la demanda de divorcio por él formulada en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad número Uno de Zaragoza en el que constan inscritas las fincas de los cónyuges que relaciona.

El Juzgador de instancia desestimó la solicitud de medidas cautelares del actor, con base en la falta de justificación de riesgo para la efectividad de la acción de divorcio ejercitada.

El actor fundó su petición en los artículos 102 del Código Civil y 724 y 730.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 102 establece, a parte de los efectos *ope legis* que derivan de la admisión de la demanda de nulidad, separación y divorcio, que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Se trata, con dicha facultad, de permitir a las partes otorgar publicidad al procedimiento matrimonial instado, sin que tal precepto exija otro tipo de requisitos, y, por tanto, le sean trasladables los propios de las medidas cautelares que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil, por las especiales características de los procesos matrimoniales y los intereses que en ellos se tutelan.

Consiguientemente, procede estimar el recurso del actor y admitir la anotación preventiva de la demanda interesada, revocando, en consecuencia la resolución impugnada.

CUESTIONES PROCESALES

No se fijan litisexpensas al no haber sido reclamadas por vía reconvencional, aunque se reconoce que el cauce procesal adecuado es la petición en medidas provisionales.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Miriam de la Fuente García

Por lo que re refiere a las litisexpensas, denuncia la apelante la sentencia de instancia por haber incurrido en incongruencia porque no ha sido contestada dicha solicitud ni en la sentencia ni en el auto de medidas al que la sentencia se remite. Reclama las mismas porque doña Margarita no trabaja desde hace varios años; en septiembre de 2006 se le ha agotado su prestación por desempleo que ascendía a 549,95 euros mes, ya no tienen ingresos para sostener a la familia; acudió al turno de oficio para denunciar el abandono de familia como violencia de género que han sido archivadas; cuando se le notificó la demanda de divorcio la abogada de oficio estaba de baja por maternidad por lo que acudió a un abogado de su confianza para contestar la demanda. Carece de medios económicos y en cualquier caso tiene derecho a obtener una respuesta en cuanto a su petición.

La parte apelada se opone a esta petición. En cuanto a las litisexpensas alega que no existe incongruencia porque en el fallo se dice expresamente que no procede hacer expresa declaración de las costas procesales. Por otra parte es reiterada la doctrina que el pago de litisexpensas procede cuando la parte solicita asistencia jurídica gratuita y se le deniega siendo necesaria la intervención de procurador y abogado particular y en el caso de autos doña Margarita reconoce que solicitó asistencia jurídica gratuita, que le fue concedida; que en medidas provisionales intervino letrado de oficio; que en el procedimiento principal el letrado se encontraba de baja por maternidad por lo que acudió a un abogado de su confianza, es decir, la elección no vino por denegación de justicia gratuita sino por elección voluntaria de la Sra. Margarita. Debe desestimarse la petición porque el CC prevé la posibilidad de fijar litisexpensas como una medida provisional o provisionalísima (artículos 103 y 104) dentro del amplio concepto de cargas del matrimonio. Y de conformidad con el artículo 1318 del CC aunque también es posible fijarlas en sentencia pero no concurren los presupuestos. Con cita de sentencias.

Sentadas una y otra postura se ha de puntualizar lo siguiente:

1.º El cauce procesal adecuado para reclamar litisexpensas no es otro que el de medidas provisionales y así lo dispone el artículo 103 del CC. Sólo excepcionalmente podría atenderse esta cuestión en los autos principales, artículo 1318 del CC, si no hubiera tales medidas provisionales. En este sentido ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Audiencia en numerosas sentencias entre otras 27 de noviembre de 2002 que establece «En el ámbito de los procedimientos matrimoniales, la posible pretensión sobre litisexpensas ha de encontrar su cauce ordinario de debate y decisión en el entorno de las medidas provisionales, como se infiere de lo prevenido en el artículo 103.3.ª del Código Civil. Excepcionalmente sería viable el tratamiento de dicha cuestión en el ámbito de la litis principal, y ello condicionado a la no apertura de la pieza de medidas, pues resultaría contrario a elementales principios de economía procesal la dilapidación de tiempo y actuaciones judiciales a los solos fines de la decisión de tal problemática económica».

En el caso de autos, doña Margarita solicitó litisexpensas en su demanda de medidas provisionales pero el auto dictado en sede de las mismas omitió todo pronunciamiento al respecto. La parte interesada no solicitó aclaración ni complemento del referido auto para que se pronunciara sobre esta medida como prevé el artículo 215.2 de la LEC y al no haberlo interesado así ha precluido la posibilidad de reclamarlas.

2.º No obstante podría admitirse la posibilidad de que se estudie la cuestión en el pleito principal. Pero es que además, en sede del pleito principal, doña Margarita, en la contestación a la demanda y sin formular reconvención, solicitó en su suplico «3) Se concede litisexpensas a favor de la esposa por carecer de medios de subsistencia propios» (*sic* al folio 79). En lo que insistió en el acto de la vista. Tal modo de reclamarlas exige ineludiblemente la formulación de reconvención expresa, conforme a lo prevenido en el artículo 770.2.ª, en relación con el 406, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al decir aquel precepto que «Sólo se admitirá la reconvención..., cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.», exigencia que no fue cumplida por dicha litigante, por lo que al no haberla formulado así, el Juez *a quo* no se pro-

nunció en el pleito principal, lo cual fue correcto. Y en este sentido igualmente cabe citar la Sentencia de esta Audiencia de fecha 13 de enero de 2006.

3.º Tampoco indica la cantidad determinada que se debe fijar en concepto de litisexpensas cuando el artículo 219 de la LEC ordena que «Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos».

Por todo ello, no procede estimar la pretensión formulada por la apelante que ha de correr la suerte desestimatoria.

CUESTIONES PROCESALES

El hijo nació una vez celebrada la vista pero antes de que recayera sentencia, pero ello no impide que puede fijarse en la sentencia una pensión alimenticia, dado que dicho hecho se puso en conocimiento del esposo, no pudiendo por otro lado entrar a discutirse si el hijo es o no de aquél.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Moyano García

No podemos entrar en este procedimiento en la cuestión de si el recién nacido es hijo o no del apelante, dado que conforme a la presunción marital del artículo 116 del CC se presumen hijos del marido los nacidos en el plazo de 300 días desde la separación de hecho, y por un lado en este proceso no se ha probado la fecha real del cese de la convivencia entre los cónyuges –según el padre fue el 3 de marzo de 2006, según la madre el 31 de marzo de 2006–, por otro lado el hijo está inscrito en el Registro Civil como del demandante habiendo realizado la declaración ambos progenitores por lo que mientras no se presente demanda de impugnación de filiación y recaiga sentencia hemos de atenernos a lo que resulta de la presunción no destruida y a lo que publican las actas del Registro Civil, y por último, en el mejor de los casos, tomada la fecha del 3 de marzo de 2006 como del cese de la convivencia el 24 de diciembre de 2006, sólo habrían transcurrido 297 días en el momento del parto, por lo que con independencia de la inscripción registral, que acredita la filiación *iuris tantum* conforme al artículo 113 del CC, la propia presunción lleva a establecer incluso en defecto de inscripción la presunción de paternidad marital. Así pues, sin perjuicio de que el apelante deduzca demanda de impugnación de filiación, a los efectos de este proceso la filiación está determinada y produce todos sus efectos jurídicos.

La cuestión procesal, por otro lado, se ha de solucionar a favor de la fijación de alimentos en el proceso de divorcio, pues en este tipo de procedimientos la perpetuación de la jurisdicción y del objeto litigioso sufre importantes atenuaciones en aras del interés público que lo anima, y así el artículo 752 de la LEC permite introducir hechos nuevos en cualquier momento del proceso, que es lo que ha sucedido en este caso en que el hijo nació una vez celebrada la vista pero antes de que recayera sentencia, habiéndose informado a las partes del hecho del nacimiento por lo que no ha existido indefensión alguna. Por otro lado, el artículo 29 *in fine* del CC obliga a tener al *nasciturus* nacido para todos los efectos favorables, por lo cual, dado que en el momento de contestar la madre la demanda se encontraba en estado de gestación, su petición de alimentos para su futuro hijo fue ajustada a derecho incluso prescindiendo del artículo 752 de la LEC.

CUESTIONES PROCESALES

El procedimiento matrimonial es un proceso que, por su naturaleza de juicio especial, está limitado al conocimiento de las pretensiones relacionadas con el estado matrimonial, por lo tanto, los pronunciamientos pretendidos relativos a qué obras y qué reparaciones son necesarias realizar y a quién corresponde hacerlas para instalar contadores de agua y luz, declaraciones de obra nueva y división horizontal, utilización y costo del aljibe de agua potable no constituyen ámbito del proceso.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Morales Mateo

Efectivamente como dice la STC de 29 de septiembre de 2003 «El procedimiento matrimonial es un proceso que, por su naturaleza de juicio especial, está limitado al conocimiento de las pretensiones relacionadas con el estado matrimonial (nulidad, separación y divorcio), así como al de aquellas otras medidas personales y patrimoniales derivadas de la ruptura de la relación matrimonial. Por lo tanto los pronunciamientos pretendidos relativos a qué obras y qué reparaciones son necesarias realizar y a quién corresponde hacerlas para instalar contadores de agua y luz, declaraciones de obra nueva y división horizontal, utilización y costo del aljibe de agua potable no constituyen ámbito del proceso de divorcio, debiendo la parte recurrente pretender dichos pronunciamientos a través del juicio adecuado previsto por la ley en atención a la materia o cuantía que constituya su objeto.

En todo caso la ausencia de pronunciamiento sobre dichas cuestiones no significa que se conculque el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente pues como ha indicado la Sala Primera del Tribunal Supremo, el derecho a la tutela judicial efectiva «... únicamente supone el derecho a una resolución judicial en tiempo y forma, acerca de su planteamiento, pero en modo alguno comporta, lo que devendría, por lo demás, imposible, que tal resolución sea conforme a los deseos o intereses de quien la solicita...» (STS, Sala Primera, de 9 de septiembre de 1991); «... la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, entendida correctamente en el sentido de que lo que tal principio garantiza es que en ningún supuesto pueda producirse denegación de justicia, obteniéndose dicha tutela también en los casos en que se rechace lo interesado por la parte en el proceso...» (STS, Sala Primera, de 30 de noviembre de 1990).

CUESTIONES PROCESALES

El artículo 43 del Codi de Familia se refiere a la posibilidad de proceder a la división de la cosa común, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, pero se limita a los bienes que «tengan en régimen de pro indiviso», y no contempla la posibilidad de que en estos procedimientos se discuta la titularidad del bien.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana M.ª García Esquius

Por lo que se refiere a la solicitud de disolución del régimen matrimonial, y división de los bienes comunes, la sentencia da lugar a la acción de división de la vivienda y plaza de aparcamiento, único bien del que no se discute la titularidad.

Cuando el artículo 43 del Codi de Familia se refiere a la posibilidad de proceder a la división de la cosa común, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, se está limitando a los bienes que «tengan en régimen de pro indiviso», no

a la posibilidad de que en estos procedimientos se discuta la titularidad del bien. La finalidad de este precepto no es otra que la de facilitar que a través del mismo y único proceso puedan los cónyuges resolver otras cuestiones colaterales y subsiguientes a la ruptura del vínculo matrimonial, posibilitando asimismo la «separación» efectiva de patrimonios, en el sentido de acordar la división de aquellos bienes que pudieran tener en régimen de pro indiviso. Respecto de los bienes de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 39 del Codi de Familia, y sí se discutiera si tales bienes han sido o no adquiridos con dinero de ambos o del no titular, las partes necesariamente habrán de acudir al correspondiente declarativo en el que se ventile el derecho del no titular que haya contribuido a la adquisición a ser reintegrado en la cantidad abonada, pero no en el procedimiento matrimonial en el que sólo podrán ser objeto de regulación aquellos aspectos a que se ciñe el artículo 76 del Codi de Familia. Esta doctrina es igualmente aplicable, con mayor razón, a aquellos supuestos en los que se discute incluso la existencia del bien y no sólo su titularidad. Por otra parte, como se recoge en la sentencia, fueron los propios litigantes los que manifestaron que no existían otros bienes que repartir, al incluir en el convenio de separación el siguiente pacto: El ajuar familiar se repartirá según el acuerdo al que ya han llegado los consortes, estando ambos conformes con la distribución efectuada y atribuyéndose el uso y la propiedad sobre los objetos que han quedado en poder de cada uno. El anterior pacto no parece dar a entender que se refiera exclusivamente a los utensilios de uso doméstico, lo que en sentido estricto constituye el ajuar, sino a todos los objetos existentes en el domicilio, por lo que no cabe ahora efectuar un nuevo y diferente reparto, a salvo de lo que pueda dirimirse y resolverse en un proceso ordinario, lo que igualmente lleva a desestimar el segundo de los motivos de apelación invocados.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Ante la falta de concreción en el convenio de los muebles que componían el ajuar familiar y la falta de acuerdo entre las partes respecto a su reparto, no procede resolver la cuestión por vía de ejecución de sentencia, sino acudiendo al procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la LEC.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

En la demanda rectora del procedimiento ejecutivo del que este rollo trae causa, la actora interesó la ejecución de la Sentencia de fecha 25 de octubre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Terrassa en la que, tras declarar la disolución por divorcio del matrimonio de los ahora litigantes, aprobó la propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio aportado de fecha 10 de octubre de 2005, entre cuyos pactos, y en lo que aquí importa, se estipuló en el pacto quinto, titulado «Disolución del régimen económico-matrimonial y su liquidación», en el último párrafo, que «ambos cónyuges se obligan ... A repartirse el ajuar familiar existente en ambas viviendas», y lo que postula la demandante de ejecución en la demanda iniciadora del proceso es que «se requiera al ejecutado para que cumpla en sus propios términos la obligación de proceder a repartir el ajuar familiar que él mismo se llevó en el plazo máximo de 10 días, bajo apercibimiento de los apremios y multas coercitivas que se estimen oportunas y con expresa imposición de costas de la presente ejecución al ejecutado. O bien, subsidiariamente, en su caso, y si el Tribunal lo estima pertinente por considerarlo más efectivo, se acuerde el equivalente dinerario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil», y habiéndose despachado ejecución y opuesto el ejecutado, alegando éste «defectos procesales artículo 559 LEC» y en cuanto al fondo que «el ajuar existente en ambas viviendas se repartieron de común acuerdo», señalando los bienes que dice se quedó la Sra. Asunción, que si no resultare acreditado que se ha hecho de común acuerdo la repartición, y que por tanto no puede pretenderse la ejecución, «en ningún caso puede accederse a repartir parte de los bienes del ajuar, sino que debe repartirse en su totalidad», y habiendo formulado alegaciones la ejecutante, concluyó el procedimiento mediante el referenciado Auto resolutorio contra el que interpone recurso de apelación el demandado-ejecutado.

Se trata, en el caso de autos, de la ejecución de una sentencia judicial, por tanto, de un título que lleva aparejada ejecución en virtud de lo que prevé

el artículo 517.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que debe tenerse en cuenta la disposición legal contenida en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la cual «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos», con la que se trata de dar cumplimiento a la obligación de «cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales» que prevé el artículo 118 de la Constitución Española.

En el supuesto que se resuelve, al tratarse del reparto del ajuar familiar existente en dos viviendas que eran propiedad de los ahora litigantes, una sita en Terrassa y la otra en Cadaqués, el problema surge respecto al efectivo cumplimiento de lo acordado, ya que en el convenio aprobado judicialmente no se relacionan los bienes muebles que lo componían, y al derivarse, sin duda, de los escritos de las partes que ha habido reparto entre los mismos y ser objeto de ejecución sólo determinados bienes de la vivienda de Terrassa, los que la ejecutante considera de mayor valor, no consta documentalmente si se ha procedido a un reparto equitativo del ajuar existente en las mismas, con lo que se erige ello en una dificultad para el cumplimiento de dicho mandato legal de ejecutar las Sentencias en sus propios términos.

Ello lleva al apelante a alegar que «hay discrepancia entre el título y lo que se pide y despacha ejecución», puesto que, aduce, el título disponía que habría que «repartirse el ajuar familiar existentes en ambas viviendas» y, por el contrario, el auto por el que se despachó ejecución se acordó requerir a la «parte ejecutada para que ésta cumpla la obligación de hacer lo siguiente: Proceder a repartir el ajuar familiar que él mismo se llevó, correspondiente a ambos cónyuges», razón por la que entiende que «existe una infracción de las normas procesales, y también causa indefensión, pues únicamente se dispone el reintegrar lo que presuntamente se ha llevado el esposo, nada se dice de lo que se ha llevado la esposa», y que «existe una incongruencia entre el título ejecutivo y lo solicitado en la demanda ejecutiva que es acordado en el auto despachando ejecución».

Sin perjuicio de que nada empece a que pueda llevarse a cabo la ejecución parcial, por cuanto el ejecutante, como acaece en el caso de autos, se puede conformar con el reparto del ajuar de una de las viviendas (en el presente caso se infiere que se conforma la ejecutante con el relativo a la de Cadaqués) y manifestar que no se ha procedido correctamente al reparto del ajuar de la otra vivienda, la de Terrassa, que alega en la demanda ejecutiva que el ejecutado «había vaciado por completo el domicilio familiar», con lo que no puede considerarse que haya discrepancia ente el título y lo que se pide y se despacha ejecución, sin que alcance a comprenderse la infracción de normas procesales, que el apelante no menciona a qué normas se refiere en el escrito formalizando el recurso de apelación, pero que de entenderse que mantiene la alegada en la instancia de «nulidad radical del despacho de ejecución, pues el auto despachando ejecución no concuerda con el título, artículo 559.3.º de la LEC», queda dicha la viabilidad de la ejecución parcial de la Sentencia, máxime en supuestos como el de autos en que es dable que, al tratarse del reparto del mobiliario de dos viviendas, las partes se conformen con el llevado a cabo respecto al existente en una y, por el contrario, discrepen en cuanto al de la otra, hasta el punto, incluso, de llegar a alegar, como queda dicho que hace la ejecutante que el ahora apelado «había vaciado por completo el domicilio familiar», de Terrassa sin haberse procedido al reparto del ajuar en su día convenido y aprobado judicialmente, con la dificultad dicha de la falta de concreción de bienes en el convenio, con lo que tampoco puede considerarse que la resolución recurrida incurra en incongruencia por cuanto se acomoda a las pretensiones de las partes oportunamente deducida en los respectivos escritos de demanda ejecutiva, demanda de oposición a la ejecución y alegaciones respecto a ésta, con lo que no hay desajuste alguno entre lo pretendido por los litigantes y lo resuelto, sin que quepa entender, como pretende el recurrente que del Fundamento Jurídico segundo de la resolución recurrida, se derive que se entiende despachada ejecución a todo el ajuar familiar, por cuanto queda claro que el objeto del procedimiento se contrae al de la vivienda de Terrassa y sobre dicho objeto es sobre el que se resuelve.

Sin embargo, la dificultad de la ejecución de lo acordado en sus propios términos se pone de manifiesto por la propia ejecutante ya en su escrito iniciador del procedimiento por cuanto, como queda dicho, solicita al Juzgado, de manera subsidiaria, que «en su caso, y si el Tribunal lo estima pertinente por considerarlo más efectivo, se acuerde el equivalente dinerario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil», cuando tratándose de la liquidación de un régimen económico-matrimonial lo pretendido el procedimiento adecuado es el previsto en el artículo 806 y siguientes de dicha Ley, que es al que, al ser las normas de procedimiento indisponibles, procede remitir ante la repetida falta de concreción en el convenio de los muebles que componían el ajuar familiar y la falta de acuerdo entre las partes respecto a la vivienda de Terrassa

Consecuencia de ello es, no obstante la dicción legal del artículo 561.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la no imposición de las costas de la oposición.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se desestima la oposición a la ejecución planteada por el padre en base a que se encuentra en situación de desempleo, ya que si bien la capacidad económica del obligado al pago es un elemento esencial para la cuantificación de la pensión alimenticia, es irrelevante en el proceso de ejecución.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 27 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda ejecutiva presentada por la representación de doña Encarna el día 21 de diciembre de 2006 basada en la Sentencia de separación conyugal de 14 de marzo de 2005 que aprobaba el convenio de 30 de noviembre de 2004, que a los efectos que aquí nos interesan en su estipulación sexta establecía una pensión alimenticia a favor del hijo Juan Antonio de 300 euros mensuales actualizable anualmente conforme al IPC. En dicha demanda se pedía en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos la cantidad de 2.700 euros, más 1.050 euros previstos para intereses que puedan devengarse durante la ejecución y costas de la misma y la misma tuvo una respuesta positiva por el órgano jurisdiccional de primera instancia en el auto por el que se despachaba ejecución de 22 de diciembre de 2006, si bien hay que precisar que en base al artículo 575.1 de la LEC la cantidad presupuestada para intereses de la ejecución y costas se rebajó a 810 euros y luego, y a pesar de la oposición esgrimida por la representación de don Lázaro, en el auto que nos ocupa, que acuerda que la ejecución siga adelante por la cantidad despachada y hace expresa condena en costas a la parte ejecutada.

Esgrime la parte apelante que el demandado se encuentra en situación de desempleo, que tenía una nómina de 861,77 euros y que con el descuento de la cuota de amortización del préstamo hipotecario (estas circunstancias tienen su respaldo probatorio con los documentos acompañados al escrito de oposición al auto despachando ejecución) y los 150 euros que ha ido abonando por pensión alimenticia queda en la cantidad de 29,13 euros.

Pero esta relación fáctica no puede ser motivo de oposición de conformidad con el artículo 556 de la LEC, que establece las causas de oposición a la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales y no se pueden estimar otras distintas a las previstas en esta norma.

Así pues la capacidad económica del obligado al pago aunque es un elemento esencial para la cuantificación de la pensión alimenticia es irrelevante en el proceso de ejecución, al contrario de lo que sucede en el proceso de separación o divorcio en los que es un criterio decisivo para la fijación y en el proceso de modificación de medidas en el que la capacidad económica puede determinar una aminoración o incremento de la cuantía de la pensión alimenticia.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La parte ejecutada puede oponer en el incidente de ejecución de sentencia la excepción de extinción de la pensión alimenticia en todos aquellos casos en los que el hecho concluyente de la extinción se produce en un momento determinado, ya que en el convenio se pactó de forma expresa que la obligación alimenticia cesará de forma automática cuando los hijos sean mayores de edad y posean ingresos propios.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 3 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Enric Anglada Fors

Sentado lo precedente y partiendo de que el objeto del presente recurso de apelación ha quedado centrado en las pensiones alimenticias reclamadas por la ejecutante –el propio ejecutado reconoce el

débito de la pensión compensatoria de la esposa, e interesa, además, la entrega a la misma de la suma a tal efecto consignada (*vide* folio 218)–, es de concluir con el apelante, que la parte ejecutada puede, efectivamente, oponer en el incidente de ejecución de sentencia, la excepción de extinción de la pensión alimenticia del/de los hijo/s solicitada por la parte demandante, en todos aquellos casos en los que el hecho concluyente de la extinción se produce en un momento determinado, como sucede en el supuesto que ahora nos ocupa, en que los hijos mayores de edad de los litigantes, entraron en el mundo laboral y adquirieron independencia económica desde antes incluso de la presentación de la demanda ejecutiva.

Ahora bien, en el caso enjuiciado, existe otro dato a valorar y a tener en cuenta, pues los propios consortes hoy en litigio, ya pactaron de forma expresa en el convenio regulador de los efectos de la separación matrimonial, suscrito en fecha 14 de marzo de 2000, cuándo quedaría sin efecto la pensión de alimentos de los hijos, y así en su cláusula quinta, añadieron: «... la obligación alimenticia cesará de forma automática cuando los hijos sean mayores de edad y posean ingresos propios. Si los ingresos son inferiores a 85.000 pesetas mensuales el Sr. Lázaro pagará la diferencia hasta completar la referida cantidad de 85.000 pesetas» (folios 49 y 50). Pues bien, habiendo quedado acreditado que en la fecha de la interpelación judicial ambos hijos habían alcanzado la mayoría de edad y que los dos se habían incorporado al mercado laboral, era la parte ejecutante quien debía de haber demostrado, en base a la doctrina de la facilidad probatoria y a la distribución del *onus probandi*, el importe de los ingresos de tales hijos y que éstos en todo momento habían sido inferiores a la cantidad de 85.000 pesetas mensuales. Pero es que, con los pocos datos obrantes en las actuaciones, resulta que ambos hijos, desde finales del año 2003 percibían ingresos superiores a 85.000 pesetas, como se colige de forma evidente de los informes de las bases de cotización adjuntados a los autos (folios 188 y 189), lo que comporta que deba declararse la extinción de la pensión alimenticia de los dos hijos, Carlos y Vicente –artículos 76.2 del Codi de Familia y 93.2.º del Código Civil, *a contrario sensu*–, al menos, desde el mes de enero de 2004, salvo prueba en otro sentido, a practicar, en su caso, en trámite de ejecución, en donde deberá dilucidarse y ventilarse si queda débito alguno a cargo del ejecutado, tras realizar los cálculos pertinentes de las actualizaciones de las pensiones alimenticias con anterioridad a quedar éstas extinguidas, toda vez que, al parecer, el padre demandado puede haber abonado un montante total incluso superior al realmente adeudado, lo cual deberá asimismo determinarse con precisión en tal trámite de ejecución.

Consecuentemente con todo lo hasta aquí expuesto, procede, con estimación en parte del recurso formulado y con correlativa revocación parcial del auto apelado, dar lugar asimismo en parte a la oposición promovida por el ejecutado, en los términos explicitados en la precedente fundamentación jurídica, esto es, se declara extinguida y, por tanto, inexigible las pensiones alimenticias relativas a los hijos de los litigantes, Carlos y Vicente, cuando menos, a partir del mes de enero de 2004 inclusive, y se estima parcialmente la demanda ejecutiva instada, tanto en cuanto a la reclamación de la pensión compensatoria de la esposa, como en lo relativo a las actualizaciones de las pensiones alimenticias de los hijos hasta la fecha en que el derecho a su percepción ha quedado, indefectiblemente, extinguido, y cuyos cálculos precisos y concretos, partiendo de la cantidad abonada efectivamente por el ejecutado, deberán realizarse en trámite de ejecución, en donde asimismo se llevará a cabo la correspondiente liquidación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si el abono de los recibos del colegio de los niños no se ha realizado por altruismo y el padre considera que puede existir, bien aquiescencia y mala fe, bien pago duplicado y una situación de enriquecimiento injusto por parte de la madre de los menores, aquél deberá, en su caso, reclamar su reembolso en el juicio ordinario correspondiente, pero nunca puede dilucidarse y ventilarse tal cuestión en este proceso de ejecución, en el que no se puede oponer, siquiera, la compensación.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 3 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Enric Anglada Fors

Entrando en el examen del cuarto y último motivo de la oposición, que deviene el principal aspecto controvertido entre las partes hoy en litigio, es de reseñar que no puede olvidarse ni desconocerse,

que nos hallamos ante un proceso de ejecución de un título –el auto de medidas provisionales de la separación conyugal– cuyos efectos son claros y no ofrecen duda en cuanto a la cuestión aquí objeto de controversia, y, por tanto, al tratarse de un proceso estrictamente formalista en la vigente LEC de 7 de enero de 2000, dicho título ha de ejecutarse en sus propios términos –artículo 18 de la LOPJ–, es decir el padre debe satisfacer dentro de los 5 primeros días de cada mes la totalidad de la suma de la pensión alimenticia fijada a favor de los hijos y a su cargo, sin que pueda realizar pagos directos a los mismos o a terceros en relación con éstos y pretender luego descontarlos del *quantum* de la pensión de alimentos establecida, dado que, como proclama con reiteración una pacífica doctrina jurisprudencial (*ad exemplum*, entre otros, Autos de esta misma Sec. 18.ª de la AP de Barcelona, de fecha 19 de enero de 1999, 18 de septiembre de 2000, 14 de mayo de 2001, 17 de enero de 2003, 26 de enero y 27 de febrero de 2004, 25 de octubre de 2005 y 28 de julio y 17 de octubre de 2006), de una parte, es la madre quien soporta la carga familiar y quien corre con los gastos cotidianos para cubrir las necesidades alimenticias de los hijos, con la suma que el padre de éstos debe entregar mensualmente a aquélla, en los términos indicados en la resolución objeto de ejecución, y, de otra, que el abono de forma directa de los gastos escolares de los hijos al colegio donde éstos acuden por parte del padre de los menores –incardinables dentro del concepto de alimentos (artículo 259 CF)–, no puede tener virtualidad, ni eficacia jurídica, a los efectos pretendidos, ya que no puede reputarse como pago, ni como cumplimiento de la obligación contraída, y sí, por el contrario, como un acto de mera liberalidad del progenitor a favor de sus descendientes; debiéndose puntualizar, no obstante, que si el abono de los recibos del colegio de los niños, tal como se sostiene en el escrito motivado del recurso, no se ha realizado por altruismo y el padre considera que puede existir, en el supuesto de autos, bien aquiescencia y mala fe, bien pago duplicado y una situación de enriquecimiento injusto por parte de la madre de los menores, aquél deberá, en su caso, reclamar su reembolso en el juicio ordinario correspondiente, pero nunca puede dilucidarse y ventilarse tal cuestión en este proceso de ejecución, en el que no se puede oponer, siquiera, la compensación cuando el título ejecutivo sea una resolución judicial –cual acontece en el presente supuesto– (*vid*. artículo 556 LEC), lo cual sí que es factible cuando se trata de títulos no judiciales (artículo 557.1.2.ª LEC); y por ello el Tribunal exhorta a dicho progenitor a que se abstenga en adelante de realizar cualquier pago fuera del título, así como a que cumpla el auto de medidas en sus propios términos y particularmente a que haga efectivo el total importe de la pensión alimenticia de los hijos de forma puntual, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El padre está invirtiendo los papeles: adquiere libros de texto, material escolar y lleva a sus hijos a la peluquería e, impropiamente, reclama a la madre estos alimentos ordinarios. Igualmente procede revocar la resolución de instancia en cuanto a los gastos extraordinarios reclamados por el padre que deben antes notificarse a la madre y conseguir su consentimiento o, en su defecto, autorización judicial.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 10 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Pues bien, de lo que antecede, y del estudio de las actuaciones; como apuntábamos en el fundamento jurídico anterior, procede la estimación del recurso y revocar el Auto de fecha 15 de mayo de 2007 ya que, nótese, el demandante ejecutivo, don Luis Ángel está suplicando con la demanda interpuesta cuestiones que no se deducen del título por el que se acciona. En efecto, la Sentencia de separación de fecha 16 de abril de 2004 atribuye a la madre, a doña María Luisa, la guarda y custodia de los hijos Jessica y Rubén; y establece que el padre habrá de contribuir a los alimentos de los hijos comunes en la cantidad de 300 euros por cada uno de los dos menores, en meses adelantados en los cinco primeros días de cada mes. Es decir, la madre es la que debe ejecutar las funciones propias de la guarda y custodia en el quehacer diario y ordinario; y el padre sólo debe cumplir con ello entregando mensualmente a la madre y para sus hijos la pensión de alimentos y en 600 euros. El demandante, don Luis Ángel, está invirtiendo los papeles y adquiere libros de texto, material escolar y lleva a sus hijos a

la peluquería e, impropiamente reclama a la madre estos alimentos ordinarios. Se insiste, el padre cumple con la sola entrega de 600 euros mensuales para sus hijos; esto es lo que dice el título ejecutivo; si no lo hace así, lo que invierte ordinariamente en sus hijos deberá ser considerado como aportaciones graciosas, libres, voluntarias (nada le obliga) y loables; pero, se insiste, no reclamables luego a la madre que es quien debería hacerlo en el normal ejercicio de la guarda y custodia. Igualmente procede revocar la resolución de instancia en cuanto a los gastos extraordinarios reclamados por el demandante, que deben antes notificarse a la madre y conseguir su consentimiento o, en su defecto, autorización judicial. No puede ir el Sr. Luis Ángel por libre. Terminamos remarcando que con la estimación del presente recurso de apelación, procede revocar el Auto de 15 de mayo de 2007 pues lo pretendido por el demandante en la instancia no está avalado por el título ejecutivo (artículo 549.1.1.º y 2.º de la LEC).

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La incoación de diligencias penales por parte del Juzgado de Instrucción por la presunta comisión de un delito de abusos sexuales del progenitor sobre su hija menor de edad aconseja establecer que el régimen de comunicación se desarrolle los viernes de las 18 a 20 horas, en el *punt de trobada,* siempre bajo la supervisión del personal técnico del centro, que deberá comunicar al Juzgado cualquier incidencia que se produzca en el desarrollo del régimen de visitas.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 14 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La incoación de diligencias penales por parte del Juzgado de Instrucción 3 de Badalona, por la presunta comisión de un delito de abusos sexuales del progenitor sobre su hija menor de edad, podrá motivar, en su caso, una declaración de responsabilidad criminal por su autoría en tal tipología delictual, o el archivo por sobreseimiento de las actuaciones o sentencia de carácter absolutorio.

Mientras tanto el órgano judicial que conoce del proceso puede adoptar medidas civiles de protección de los intereses de la menor, con la finalidad de evitarle la causación de peligro o de perjuicios graves, y ello por la vía procedimental del artículo 158 del Código Civil y 134 del Código de Familia de Cataluña, a instancia de parte, del Ministerio Fiscal e incluso de oficio por el órgano judicial.

La restricción del régimen de visitas del progenitor en relación con su hija, presunta víctima del delito, es una medida precautoria realmente adecuada a la finalidad de tutelar los intereses de la niña. Si bien ello ha de entenderse así, no consideramos adecuado a tales parámetros, que la comunicación paterno-filial se extienda desde las 10 a las 19,30 horas todos los sábados, pues con independencia de que la menor sea recogida y entregada en el *punt de trobada*, y de que sea examinada por los profesionales del centro, es evidente que pesando sobre el progenitor la sombra indiciaria de la existencia de abusos sexuales, es desaconsejable que permanezca solo tal período de horas sin control ni intervención del personal técnico cualificado.

En base a tales consideraciones, y estimándose el recurso de apelación formulado por la madre de la menor doña Estefanía, y la impugnación del Ministerio Fiscal, procede establecer que el régimen de comunicación del padre con su hija se desarrolle los viernes de las 18 a 20 horas, en el *punt de trobada*, siempre bajo la supervisión del personal técnico del centro, que deberá comunicar al Juzgado cualquier incidencia que se produzca en el desarrollo del régimen de visitas, que pueda afectar los intereses de la menor.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Los gastos de mera conservación de uno de los vehículos gananciales, que era utilizado exclusivamente por la demandada, no pueden incluirse en el pasivo, dado que su finalidad estaba dirigida a continuar con el disfrute.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Barral Díaz

Consecuencias diferentes se producen a la hora de analizar el segundo motivo, relativo a los gastos de mera conservación de uno de los vehículos gananciales (Suzuki), que era utilizado exclusivamente por la demandada. Su importe de 742,53 euros evidencia su escasa importancia y consecuentemente su finalidad dirigida a continuar en su disfrute.

Sin ignorar la cotitularidad del mencionado bien, se debe de entender que existe en el presente caso un consentimiento tácito o presunto por parte del demandante para que la demandada, en cuanto copartícipe de dicho bien, lo utilizara en exclusiva, lo que obliga a ésta como contrapartida a pechar con sus gastos ordinarios. Se aplica así una solución análoga a la que rige para el usufructo, en cuanto el artículo 500 del Código Civil ordena al usufructuario a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo, considerándose ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Se estima el motivo.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Siendo la vivienda ganancial, no se aprecia defecto alguno en la constitución de la relación procesal por cuanto que, la ausencia en el procedimiento del esposo, no es ningún obstáculo para el éxito de la acción protectora del dominio ejercitada únicamente por la esposa.

AP ALMERÍA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Martínez Abad

Pues bien en el presente caso, el primero de los requisitos ha quedado debidamente acreditado, no apreciándose defecto alguno en la constitución de la relación procesal por cuanto que, en contra de la errónea argumentación expuesta por la Juez *a quo* en el Segundo Fundamento Jurídico de su resolución, la ausencia en el pleito de don Augusto, copropietario de la finca sobre la que ejercitan las acciones litigiosas toda vez que sí interviene como actora su esposa doña Julieta, siendo propietarios ambos cónyuges con carácter ganancial, según la escritura de compraventa de 30 de enero de 1998 aportada con la demanda como documento núm. 3 debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad de Berja, de una tercera parte indivisa de la citada finca, por lo que la Sra. Julieta se halla plenamente legitimada para ejercitar por sí misma cualesquiera acciones protectoras del dominio sobre su finca, ya que el artículo 1385.2 del Código Civil permite a cualquiera de los cónyuges efectuar la defensa de los bienes y derechos comunes ya sea por vía de acción o excepción, pudiendo actuar dicha litigante en provecho de la sociedad de gananciales que forma con su esposo. En este mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo (SS de 26 de julio de 1993, 13 de julio de 1995, 14 de febrero de 2000, 5 de mayo de 2000 ó 11 de abril de 2003) al afirmar que el meritado precepto «bien claramente autoriza a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción, como es el caso, habiendo declarado la jurisprudencia que tal facultad para demandar se atribuye por la ley con plenitud de consecuencias y sin perjuicio de la responsabilidad del cónyuge demandante frente al otro prevista en el artículo 1390 CC, sin que, en cambio, suceda lo mismo en el ámbito de la legitimación pasiva, donde las acciones contradictorias del dominio de bienes gananciales tienen que dirigirse necesariamente contra ambos cónyuges».

REGÍMENES ECONÓMICOS

No es obstáculo para la fijación de la indemnización del artículo 1438 del CC que el matrimonio tuviese una empleada de hogar ya que ello no desvirtúa la dedicación de la esposa a la familia. Por otro lado, el hecho de que esta empleada fuese pagada por el demandado no supone que éste participaba en las tareas del hogar, sino que debe enmarcarse en su contribución al sostenimiento de la familia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La dirección letrada de don Esteban se alzó contra la sentencia de instancia reclamando su revocación y que se acuerde no haber lugar a indemnización a favor de doña María Inmaculada en ninguna cuantía y la devolución de la cantidad satisfecha en su caso más el interés legal correspondiente, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte contraria, mientras que la dirección letrada de don Esteban pidió la confirmación de la sentencia en todos sus términos con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

En cuanto a la compensación económica prevista en el artículo 1438 del Código Civil hay que tener en cuenta que nos situamos ante una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, que parece destinada a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que puede determinar este régimen económico, especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pasada como una prestación susceptible de cuantificación económica que ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación.

Cuando el demandado contrajo matrimonio el 18 de abril de 1991 tenía en bonos, cuentas y depósitos la cantidad de 300.000 euros, aparte, según el escrito rector del proceso, tenía dos pisos en la calle DIRECCIÓN000 de Madrid, uno en el núm. NÚM000 y otro en el número NÚM001, así como una participación del 21% en una vivienda en la calle DIRECCIÓN001 NÚM002 de Madrid, señalándose en la contestación (folios 96 y 97) que en el primero vive la que en su momento fue su esposa y la hija de ambos y el segundo pertenece a la sociedad de gananciales del primer matrimonio y está sin liquidar y que con respecto a la participación del 21% que es su madre la que recibe la renta correspondiente. Durante su segundo matrimonio el demandado ha adquirido dos pisos en la calle Tomás Borrás de Madrid, un chalé en Riaza y un terreno en Sepúlveda, experimentando su patrimonio un incremento enorme, así según el impuesto del patrimonio de año 2004 el demandado tenía un total de bienes y derechos no exentos de 847.596'15 euros y en el año 2005 de 945.940'45 euros (documentos que obran a los folios 289 y 290).

En el recurso de apelación se afirma que los dos pisos comprados en Madrid, en la calle Tomás Borrás, fueron adquiridos con el importe de la venta de bonos que tenía con anterioridad al matrimonio con la Señora María Inmaculada (folio 350), esta manifestación ha carecido de corroboración probatoria y además no es decisiva para la cuestión debatida, lo determinante es el incremento que ha experimentado el patrimonio del demandado don Esteban, debiendo destacarse en este punto que en el propio recurso de apelación (folio 364) se admite que el patrimonio del demandado se ha incrementado, si bien se atribuye a la correcta administración que ha realizado el antedicho. Del conjunto del material probatorio obrante en el proceso se desprende el importante incremento del patrimonio del demandado, aunque es cierto que no está perfectamente definido el patrimonio de éste cuando contrajo matrimonio el día 18 de abril de 1991, pero ello no puede perjudicar la pretensión de la parte demandante, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 217.6 de la LEC y que la parte demandada no ha desplegado la actividad probatoria oportuna para acreditar de modo completo cuál era su patrimonio en el momento aludido.

Durante el matrimonio la demandante ha tenido prácticamente una dedicación exclusiva a la familia, desarrollando sólo actividad laboral durante un limitado espacio temporal. La demandante trabajó desde el 1 de enero de 2001 al 30 de abril de 2002, lo cual es recogido en la sentencia de instancia y también desde el día 1 de julio de 1996 al 30 de junio de 1997 (*vid.* informe de vida laboral de la demandante a fecha 9 de febrero de 2006 que obra a los folios 187 y 188), lo cual es omitido

en la sentencia que nos ocupa, y durante estos períodos de tiempo no se puede mantener que la demandante ha tenido una dedicación exclusiva a las tareas domésticas y a la crianza y a la educación de las hijas, pero el tiempo de actividad laboral que desarrolló doña María Inmaculada es reducido en relación con la duración total del matrimonio, en el que la dedicación de ésta a la familia permitió conseguir al demandado una mayor dedicación profesional que se tradujo en un incremento de su patrimonio.

La demandante doña María Inmaculada trabaja para Persianas Gradusol, SA desde el 6 de septiembre de 2005, obteniendo en el año 2006 unos ingresos líquidos mensuales de aproximadamente 900 euros según las nóminas que obran del folio 249 al folio 257, ambos inclusive. La demandante no dio cumplimiento al requerimiento acordado por providencia de 1 de septiembre de 2006 (folios 131 y 132), lo cual fue tomado en consideración por la sentencia que nos ocupa. La demandante tiene una parte de las acciones de la sociedad antes aludida, tal como se admite en el escrito rector del proceso (folio 4), pero dicha participación no ha sido concretada y es también titular de numerosas cuentas, una de las cuales que está en la La Caixa presenta abundantes movimientos (*vid.* justificantes bancarios que van del folio 178 al 180, ambos inclusive). Pero estas circunstancias no son obstáculo para estimar la indemnización recogida en el artículo 1438 de la LEC, ya que ésta no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial pueda generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.

La demandante tenía una empleada que la ayudaba en las tareas del hogar, pero ello no desvirtúa su dedicación a la familia. Por otro lado el hecho de que esta empleada fuese pagada por el demandado no supone que éste participaba en las tareas del hogar, sino que debe enmarcarse en su contribución al sostenimiento de la familia.

La cuantificación de la indemnización es correcta teniendo en cuenta el tiempo de dedicación de doña María Inmaculada a la familia y el incremento que ha experimentado el patrimonio de don Esteban.

En base a todo lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Las partes, después de llevar a cabo el correspondiente inventario y avalúo de los bienes y la liquidación de las deudas gananciales, procedieron a realizar las oportunas adjudicaciones manifestando que «los valores del activo se consideran aproximados y en cualquier caso han sido calculados y pactados por las partes con pleno conocimiento de su alcance jurídico y económico, comprometiéndose firmemente a hacerlos valer donde corresponda, y a no reclamarse en el futuro entre los propios comparecientes», lo cual constituye una renuncia al ejercicio de la acción de rescisión por lesión, debiendo ponerse de manifiesto qué cláusulas análogas a las contenidas en dicho Convenio regulador han sido estimadas como tal renuncia por otros Tribunales de nuestro país y por el Tribunal Supremo.

AP ZAMORA, SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilma. Sra. doña Esther González González

La primera de las cuestiones que debe ser resuelta por esta Sala es la relativa a la existencia o no de renuncia al ejercicio de la acción de rescisión en cuanto al contenido del Convenio Regulador en el que se llevó a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales.

En principio, debe estarse a la doctrina jurisprudencial citada en la Sentencia objeto de recurso y de la oposición a éste, en cuanto a la clara diferenciación entre la nulidad por vicios en el consentimiento y la acción de rescisión por lesión, en la que existe un negocio jurídico válidamente adoptado y una lesión o desequilibrio económico entre las partes que lo suscribieron. Resumen de dicha Jurisprudencia es la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 en la que se dice que «la rescisión por lesión de la liquidación está consentida por el Código Civil (artículos 1410 y

1074) para reparar agravios económicos sufridos en la partición, no porque existe un vicio en el consentimiento de los que la llevan a cabo: la rescisión presupone actos o negocios jurídicos válidos (artículo 1290), por lo que no puede admitirse la tesis del recurso; bastaría entonces la validez del acto, lo que implica un auténtico consentimiento libre de vicios, para que la lesión económica no pudiese ser corregida, con lo cual se hacen inútiles las normas legales que la acogen. Tampoco puede ser acogida la prohibición de ir contra los propios actos porque la rescisión por lesión es una excepción muy cualificada de carácter legal, que es incompatible con aquella doctrina. Si el negocio jurídico válido es susceptible de perder sobrevenidamente su eficacia por lesión, no es razonable sostener en su contra que quien lo celebró va contra sus propios actos al atacarlo por lesión» en la que se consigna claramente la diferencia entre la susceptibilidad de rescisión por lesión y la concurrencia de vicios en el consentimiento y se descarta la aplicación al caso de la doctrina de los actos propios. Por otra parte, debe dejarse sentado que la acción de rescisión por lesión que tiene su base en lo dispuesto en el artículo 1410 del Código Civil, en relación con el 1074 del mismo texto legal, resulta de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales realizada en el convenio regulador de la separación matrimonial –SSTS de 26 de enero de 1993 y 8 de marzo de 1995– y que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses queridos por las partes, pues se limita a homologarlos después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias, lo que supone que la liquidación del sistema económico-matrimonial existente entre los cónyuges puede ser objeto del convenio regulador de la crisis matrimonial, y que la aprobación judicial no impide la posterior acción de nulidad por vicios del consentimiento o la rescisión por lesión. De este modo, y en armonía con el espíritu favorable a la conservación de las particiones ya hechas, que inspira los preceptos reguladores de las normas de particiones hereditarias, aplicables a la liquidación de la sociedad de gananciales, el único supuesto específicamente normado de posible rescisión es el de lesión en más de una cuarta parte (artículo 1074 del CC), que parte de la existencia de un negocio jurídico válido por reunir todos los requisitos precisos para ello, es decir, sin vicio de consentimiento alguno y condicionada a la acreditación de un error objetivo de valoración.

Ahora bien, esa doctrina jurisprudencial que debe ser aceptada con carácter general, debe ser tratada en el caso concreto en relación con un concreto negocio jurídico, Convenio Regulador suscrito entre las partes en el que se lleva a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales y en el que se contienen una serie de cláusulas válidas y mutuamente aceptadas por los suscribientes cuyos efectos jurídicos deben ser determinados.

En concreto partimos de un Convenio Regulador en el que las partes después de llevar a cabo el correspondiente inventario y avalúo de los bienes y la liquidación de las deudas gananciales, procedieron a realizar las oportunas adjudicaciones manifestando que «los valores del activo se consideran aproximados y en cualquier caso han sido calculados y pactados por las partes con pleno conocimiento de su alcance jurídico y económico, comprometiéndose firmemente a hacerlos valer donde corresponda, y a no reclamarse en el futuro entre los propios comparecientes, respecto al inventario, avalúo, adjudicaciones, etc., pactados pues son de justicia material», para a continuación y en el exponendo «Décimo» establecer que «ambas partes renuncian de forma expresa a la vía contenciosa, así como también renuncian a pensiones o compensaciones económicas distintas a las mencionadas en el Convenio Regulador». Cuál es el alcance jurídico de los pactos citados en relación a la prosperabilidad o no de la acción de rescisión por lesión es lo que constituye el objeto inicial del presente recurso de apelación, al haberse desestimado la acción de nulidad por vicios del consentimiento por no haber acreditado la existencia de los mismos, pronunciamiento que no ha sido objeto de recurso ante esta alzada.

Sentado lo anterior lo que debe dilucidarse es si existió o no renuncia por parte de la demandante al ejercicio de la acción de rescisión por lesión y en este sentido debemos poner de manifiesto que si bien se ha cuestionado por la doctrina y jurisprudencia si la acción rescisoria puede ser renunciada, la Jurisprudencia ha venido admitiendo la renuncia desde la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 11 de junio de 1957 en la que se manifestaba que la renuncia es válida cuando el interesado al hacerlo conocía todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y la existencia de la lesión, mientras que la doctrina admitía la posibilidad de la renuncia sin conocimiento de la lesión. En este sentido, la Sentencia de fecha de 22 de febrero de 1994, en la que se admiten las renuncias que sean claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta, proclama que es lógico entender que se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse en la escritura de partición que nada tienen que reclamarse las partes de la misma con fundamento que se pactó que «con las adjudicaciones que se les han hecho, se dan por pagados de sus derechos en

la extinguida sociedad de gananciales, no teniendo, por tanto, nada que reclamar a este respecto». Se trata, en suma, de una liquidación y partición de la sociedad de gananciales en que se han dado a los bienes y a los lotes un valor convenido; que se ha tenido tiempo de notificarla o enmendarla antes del otorgamiento de la escritura pública, y no se ha hecho; y que el recurrente la consintió y firmó libremente, pues no se han probado sus alegaciones de coacciones para hacerlo. Para terminar afirmando que «a estos corolarios no es obstáculo la doctrina de esta Sala sobre las cualidades que deben poseer la renuncias, ya que no puede interpretarse de manera que sólo sean válidas las que se hagan con palabras prácticamente sacramentales. Es posible inferirlas o deducirlas de hechos, actos o conductas que han de llevar rectamente, sin duda alguna, a darles la significación de renuncias».

La posibilidad de que al lado de la renuncia expresa, consistente en la declaración de voluntad clara y terminante por parte del titular de un derecho o acción respecto de su intención o deseo de no ejercitarlos, la renuncia pueda deducirse de actos o conductas que de modo inequívoco lleven a la afirmación de que la misma ha existido, se mantiene en la Jurisprudencia moderna de forma reiterada, siendo ejemplo de ello la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2006 (Sec. 1.ª, Sr. O'Callaghan Muñoz) en un supuesto en el que se trata de renuncia de acciones. Esta Sentencia se remite a la de 30 de octubre de 2001 al decir: «si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente, el artículo 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita» y a la de fecha 25 de noviembre de 2002 que dice: «la jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renuncias no se presumen; que han de resultar de manifestaciones expresas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario o indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia».

En aplicación de esta doctrina Jurisprudencial entendemos que las cláusulas contenidas en el Convenio regulador, acordado entre las partes debidamente asesoradas por Letrado como se pone de manifiesto en el procedimiento (en el que ha declarado como testigo la Letrada que asesoró a la demandante en el sentido no sólo de que existió su asesoramiento sino en el de que las negociaciones se produjeron entre las partes y sus letrados y que las mismas eran conocedoras de las circunstancias que concurrían, con tiempo suficiente para examinar las diferentes propuestas) y que fue debidamente ratificado a presencia judicial, constituyen una renuncia al ejercicio de la acción que se ejercita, debiendo poner de manifiesto que cláusulas análogas a las contenidas en dicho Convenio regulador han sido estimadas como tal renuncia por otros Tribunales de nuestro país y por el Tribunal Supremo. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de septiembre de 2006 en el que se hace referencia a un supuesto de liquidación del régimen económico-matrimonial en un convenio en el que constaba una relación de bienes, con una valoración, suscrito en un procedimiento de separación de mutuo acuerdo, con intervención de un Letrado, según su declaración testifical, y posteriormente ratificado en un procedimiento judicial, con oportunidad de la parte actora de volver a considerar lo estipulado con cierto tiempo, estima que la cláusula de no reclamación constituye renuncia a la acción de rescisión por lesión por lo que declaró que la acción no podía prosperar. Del mismo modo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 1994, considera que este tipo de cláusulas sí constituyen una renuncia de derechos, pues en ese caso, en la liquidación y partición se procedió a dar un valor convenido a los bienes, con tiempo de enmendar hasta la firma de la escritura pública, donde se volvió a consentir o la Sentencia citada anteriormente del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2006 en la que se consideraba que la renuncia genérica al ejercicio de acciones en una partición, constituía una renuncia expresa al ejercicio de una acción como la ejercitada en este caso.

Entendemos que tanto la cláusula contenida al final de las operaciones de liquidación del régimen económico matrimonial en la que los cónyuges declararon que los valores eran aproximados y que habían sido dados de mutuo acuerdo y con conocimiento de sus consecuencias jurídicas y económicas, renunciando a reclamarse en el futuro en relación con el avalúo, como la contenida en el acuerdo Décimo en el que las partes renunciaban de forma expresa a la vía contenciosa, constituyen la renuncia al ejercicio de la acción que se ejercita, de forma que la acción no puede prosperar, por lo que debe estimarse el recurso de apelación y revocar la Sentencia objeto de recurso desestimando la demanda y sin que haya lugar a entrar sobre las peticiones recogidas en la demanda formulada por el demandado en atención a las mismas razones expuestas anteriormente, es decir la renuncia por su parte a hacer reclamación alguna y ejercitar cualquier tipo de acción en relación al inventario, avalúo, etc., llevado a cabo por los cónyuges en el convenio regulador, de forma que procede, también la desestimación de la demanda formulada por el demandado apelante.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El carácter privativo del inmueble debe ser confirmado pues el documento privado de compraventa pone de manifiesto que la vendedora lo otorga a nombre del padre del esposo, pactándose que la escritura pública de compraventa sería otorgada a nombre del hijo del comprador, lo que sucedió posteriormente cuando éste ya había contraído matrimonio.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Se discute en primer lugar la ganancialidad del inmueble sito en la calle DIRECCIÓN000 número NÚM001 de Alcobendas y es lo cierto que tal cuestión ha de ser desestimada en cuanto la conclusión sobre el carácter privativo de la vivienda objeto de apelación ha de ser confirmada.

En efecto, el extenso y acertado razonamiento de la Juzgadora de primera instancia es plenamente compartido por este Tribunal en cuanto la documentación obrante a las actuaciones, valorada en los términos del artículo 217 de la LEC, en especial el documento privado de compraventa de 9 de julio de 1976 pone de manifiesto que la vendedora lo otorga a nombre del padre del esposo. Aquel contrato contenía las estipulaciones de forma de pago del precio, una parte entregada antes de la suscripción del contrato, otra mediante un crédito hipotecario, otro importe entregado en el acto y la cantidad restante mediante unas letras de cambio con diferentes vencimientos. En aquel mismo contrato como otra cláusula más, se señalaba que la escritura pública de compraventa sería otorgada a nombre del hijo del comprador, el ahora recurrido.

Y así efectivamente se llevaron a cabo las siguientes actuaciones, otorgándose la correspondiente escritura pública de compraventa a nombre del apelado el día 12 de junio de 1979, –cierto es, cuando los ahora litigantes ya habían contraído matrimonio,– apareciendo el esposo como comprador, no la sociedad conyugal, de manera que sólo la esposa aparece reseñada en la parte donde se especifican los comparecientes.

El resto de toda la documentación relacionada con esta compraventa e incorporada a las actuaciones aparece a nombre del Sr. Miguel Ángel, ya sea el recibo por la entrega de cantidad, las letras de cambio, lo recibos de pago del préstamo, facturas, etc.

En efecto, la mencionada escritura no concuerda con los datos que se reflejan en la nota del Registro de la propiedad, debiendo significar que todo el material probatorio anteriormente reseñado desvirtúa la presunción de exactitud que se deriva de las inscripciones registrales, siendo de aplicación en este caso la abundante doctrina jurisprudencial del TS que acertadamente recoge la sentencia apelada que hace innecesaria su reiteración por este Tribunal. Y es así que los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y la interpretación que de los mismos realiza la doctrina del TS determina el rechazo de este motivo de apelación, recordando al efecto entre otras numerosas resoluciones la sentencia de 5 de febrero de 1999 que enseña que el principio de exactitud registral contiene una presunción *iuris tantum*, por lo que puede ser destruida mediante prueba en contrario. Consecuencia de ello es que los asientos practicados en el Registro conlleven una presunción de exactitud hasta que se demuestre o acredite en debida forma su discordancia con la realidad extrarregistral, dado que dichos Registros carecen de una base física fehaciente en cuanto lo cierto es que reposan sobre las manifestaciones de los otorgantes, razón por la cual el instituto registral no puede responder de la exactitud de las circunstancias y datos fácticos ni por consiguiente de los relativos a las fincas.

Además de aquella prueba documental el testimonio de la madre del demandado y el relato de este último corrobora y fundamenta las conclusiones que realiza la Juzgadora de primera instancia que por ello han de confirmarse, sin que por otra parte tampoco puedan acogerse las alegaciones relativas a la prescripción, que también formula la apelante, por cuanto la demandante era conocedora del carácter y condición del inmueble que poseía el esposo, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No cabe incluir en el pasivo del inventario de la sociedad legal de gananciales el importe destinado a la realización de obras en la vivienda, por cuanto la necesidad de éstas no ha sido acreditada, sin que conste tampoco que el esposo hubiera consentido su realización.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

No mejor suerte ha de correr la cuestión concerniente al pasivo de la sociedad legal de gananciales siendo así que la sentencia recurrida recoge ya en sus partidas el importe de 684,65 euros por el IBI y tasa de gestión de residuos y por gastos extraordinarios de su vivienda por la impermeabilización del patio interior y por la reparación de los ascensores, debiendo destacar que en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, en el apartado 1 se recoge también el importe de los 155 euros, por las derramas extraordinarias, gastos de portal y pintura, cantidades que se incluyen como obligaciones a cargo del Sr. Miguel Ángel, por lo que éste responderá personalmente frente a doña Catalina de todas esas cantidades, extremos que por lo tanto ya han sido recogidos en la sentencia apelada, y en cuyo punto cabe confirmar la misma, debiendo destacar que tales importes han sido ya incluidos en la sentencia apelada.

No cabe sin embargo incluir en el pasivo del inventario de la sociedad legal de gananciales, el importe destinado a la realización de obras en la vivienda, por cuanto la necesidad de las mismas no ha sido acreditada, sin que conste tampoco que el esposo hubiera consentido su realización.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Pretende la parte que se incluya dentro del pasivo de la sociedad de gananciales la minuta del perito que elaboró su informe, pero señala la Sala que una valoración carente de eficacia y además, practicada de forma unilateral, mal puede pretenderse que tal coste lo sea a cargo de quien nada ha tenido que ver ni participado, por lo que no es, en absoluto, deuda de la sociedad de gananciales.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Por lo que se refiere a los honorarios del perito debe partirse del hecho, como ya adelantó la Sra. Juez de la instancia, de que el presente procedimiento sólo tiene por objeto determinar qué partidas deben incluirse en el activo y cuáles en el pasivo, pero sin valoración alguna, dado que la valoración que se haga, nula virtualidad y eficacia tendrá en la fase de liquidación, donde ahí, sí, habrá que valorar cada partida; y ello es lo que ha realizado, de forma un tanto inservible el recurrente; en efecto: no desconoce la Sala el contenido del acuerdo suscrito por las partes; pero ni se está solicitando su ejecución, ni tendría razón alguna de ser que se llevase a cabo tal valoración en este momento, por cuanto, como se ha dicho, cuando llegue la fase de liquidación, la mayor parte de las valoraciones, si no todas, en poco coincidirán con las que se hayan podido realizar con anterioridad; y siendo ello así, y, por tanto, una valoración carente de eficacia y además, practicada de forma unilateral, mal puede pretenderse que tal coste lo sea a cargo de quien nada ha tenido que ver ni participado, por lo que no es, en absoluto deuda de la sociedad de gananciales y, por tanto, no debe ser incluida en partida alguna en estos momentos.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Improcedencia de la división material del inmueble teniendo en cuenta el importe elevado de la reforma necesaria y, además, que las reformas deben cumplir con la normativa urbanística y el código técnico de la edificación.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Menéndez Estébanez

El siguiente motivo de recurso se centra en la indivisibilidad de la vivienda familiar.

La Jurisprudencia, de forma reiterada, enuncia tres supuestos en los que, conforme a lo dispuesto en los artículos 401, 404 y 1062 CC, no se puede exigir ni acordar la división material: 1. Cuando la cosa sea esencialmente indivisible; 2. cuando la cosa desmerezca mucho por su división; 3. cuando la cosa, de dividirse, resultara inservible para el uso al que se destina.

Pero el artículo 404 CC no expresa ningún criterio para juzgar la indivisibilidad, por lo que debe acudirse a la labor jurisprudencial, siendo lo decisivo que la cosa no pueda dividirse materialmente con arreglo a criterios económicos y sociales, antes, claro es, que físicos, porque físicamente todo es divisible en último término (STS de 3 de marzo de 1976). El Alto Tribunal ha ido señalando diversos factores que determinan la indivisibilidad de la cosa, como la disminución del valor, la no superación de la unidad mínima urbanística, consideraciones económicas y de técnica de la construcción, si se trata de edificios no cabe si son necesarias alteraciones o queda alguna parte inservible, o cuando haya de procederse al derribo.

Como señala la STS de 7 de julio de 2006 «El problema que se plantea es doble. Si, por una parte, la cosa es divisible y, por otra, la forma de practicarse la división. La apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad es un concepto jurídico valorativo, deducible de unos hechos (Sentencias de 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996 y las que se citan en ellas); cuya indivisibilidad puede ser física e indiscutible, o que de dividirse la cosa resulte inservible para el uso a que se destina (artículo 401 y Sentencia de 10 de noviembre de 1995) o que desmerezca mucho por su división (aplicando el artículo 1062 por remisión del 406), o cuya división acarree gastos excesivos (Sentencias de 22 de julio de 2002 y 3 de febrero de 2005). La indivisibilidad de la cosa no excluye la división, ya que ésta puede ser material, adjudicándose cada parte una porción de la misma o económica mediante la venta y reparto del precio, lo que prevé tanto el artículo 404 como el 1062. Parte demandante y parte demandada en la instancia».

La STS de 3 de febrero de 2005, reiterada por la de 7 de julio de 2006, señala que: «La doctrina jurisprudencial sobre el concepto de indivisibilidad jurídica es pacífica, habiendo declarado numerosas Sentencias (entre las que cabe citar las de 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996 y 12 de marzo de 2004) que la misma puede obedecer, bien a resultar (caso de división) inservible la cosa para el uso a que se destina, bien un anormal desmerecimiento, ora a la originación del gasto considerable a los partícipes». Y añade la misma sentencia: «De ahí que, ante la falta de acuerdo de los interesados, sea ajustada a derecho la decisión judicial por la que se ordena que la división tenga lugar mediante venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio entre los copartícipes en proporción a su haber en la indivisión».

Pueden citarse Sentencias del TS como las de 22 de julio, 6 de marzo y 16 de febrero de 2002 en las que viviendas unifamiliares, incluso de superior extensión o superficie que a la que ahora nos ocupa, se consideraron indivisibles atendiendo tanto al desmerecimiento del inmueble después de su división, el coste económico alto (que la STS de 16 de febrero de 2002 cifra en 4 millones de las antiguas pesetas, o la de 22 de julio de 2002 asume en 3 millones también de las antiguas pesetas), y los problemas que, en general, implica la modificación estructural de una vivienda unifamiliar para hacerla plurifamiliar.

De igual modo, y como acontece en el supuesto que nos ocupa, la STS de 16 de febrero de 2002, también tiene en cuenta la gran desproporción de cuotas, lo que supone una dificultad añadida.

Aplicando esta doctrina al supuesto que nos ocupa, cuando menos la sentencia de instancia siguiendo el dictamen pericial aportado por la parte actora, que es bastante simple y en ocasiones se excede de su cometido con valoraciones que no le corresponden, cifra el coste de la reforma entre 18.000 y 24.000 euros. Cantidad que debe considerarse ya de importancia. Pero además tal informe

no tiene en cuenta un dato relevante puesto de manifiesto por el dictamen aportado por la parte demandada, mucho más completo que el anterior, y refrendado por la arquitecta del municipio de Illa de Arousa en el sentido de que las reformas deben cumplir con la normativa urbanística y el código técnico de la edificación, de forma que no sólo debe computarse que para cumplir con tal normativa debería añadirse fachada a la vía pública hasta llegar a los cuatro metros, en lo que todos los peritos están de acuerdo, sino que podría provocar también la necesidad de acomodar el NÚM002 a la nueva situación urbanística, con demolición del mismo y la adaptación de su volumen a la normativa, con una reducción importante de la superficie útil.

Si a ello se une la escasa cuota del comunero apelante respecto de los comuneros apelados (un 21,4% frente a un 78,6%), que hace que la división en dos viviendas conlleve para el apelado una vivienda de dimensiones reducidas en relación con la otra parte, con lo que provoca una disminución de valor, y lleva a considerar la improcedencia de la división material, debiendo procederse a la división económica.

Criterio que en realidad es también asumido por la parte apelada cuando en la alegación tercera de su oposición al recurso de apelación considera que la pura división material es perjudicial para ambas partes pues «desmerece mucho» con la misma, «y además de ese anormal desmerecimiento también hay que hacer frente a un gasto considerable por las cuantiosas obras y reformas a realizar».

Por lo tanto también en este aspecto debe estimarse el recurso.

La consecuencia es que, salvo que las partes se pongan de acuerdo en la adjudicación a una de ellas, indemnizando a la otra (acuerdo que no puede ser sustituido por la resolución judicial), debe procederse a la venta del inmueble en pública subasta con admisión de licitadores extraños. En todo caso, debe respetarse el preferente derecho de uso atribuido al apelante y sus hijas en resolución judicial dentro de un proceso de separación matrimonial.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La explotación del negocio se incluye en el activo de la sociedad de gananciales, sin que ninguna de las partes haya discutido el carácter ganancial de dicho bien, pero no procede incluir los rendimientos que ha generado el referido negocio después de la sentencia de separación, pues a partir de ese momento concluyó la sociedad de gananciales, de modo que los beneficios obtenidos por el trabajo de la esposa desde esa fecha son bienes privativos, del mismo modo que los ingresos obtenidos por el trabajo del esposo también lo son.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carolina Mesa Marrero

Frente a la sentencia que determina el inventario de la sociedad de gananciales que existió entre las partes litigantes, se alza el actor alegando los siguientes motivos de impugnación: por un lado, se opone al apartado 4.º del fallo de la sentencia que señala como partida del activo de la sociedad los beneficios del negocio hasta la firmeza de la sentencia de separación matrimonial, argumentando que, de acuerdo con el artículo 1347.1 del Código Civil, deben considerarse gananciales los beneficios del negocio hasta el momento de la liquidación de la sociedad; y por otro, alega la infracción del artículo 809.2 LEC, ya que el Juzgador de instancia no determinó el valor de las partidas que integran el activo de la sociedad de gananciales.

Respecto al primer motivo de impugnación, discute el apelante el pronunciamiento relativo a los beneficios del negocio de supermercado que explota su esposa, pues entiende que esta partida no debe limitarse a los beneficios generados hasta la firmeza de la sentencia de separación, sino que en el activo de la sociedad deben incluirse los beneficios que produzca dicho negocio hasta el momento de liquidación. Conviene señalar que la sentencia distingue entre la explotación del negocio y los rendimientos obtenidos del mismo. Así, la

explotación del negocio se incluye en el activo de la sociedad de gananciales, sin que ninguna de las partes haya discutido el carácter ganancial de dicho bien. La discrepancia se centra en los beneficios obtenidos por la actividad negocial, considerando la demandada que son privativos los beneficios obtenidos por su trabajo después de disolverse el régimen de gananciales, mientras que el actor defiende su carácter ganancial. Pues bien, en contra de lo que sostiene el recurrente, no procede incluir los rendimientos que ha generado el referido negocio después de la sentencia de separación, pues a partir de ese momento concluyó la sociedad de gananciales (artículo 1392 CC), de modo que los beneficios obtenidos por el trabajo de la esposa desde esa fecha son bienes privativos, del mismo modo que los ingresos obtenidos por el trabajo del esposo también lo son.

En el segundo motivo de impugnación se plantea la cuestión relativa al momento en que debe efectuarse el avalúo de los bienes, alegando el recurrente que dicha operación ha de realizarse en la fase de inventario, por lo que considera que la sentencia infringe el artículo 809.2 LEC. Aunque se trata de una cuestión debatida, el criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales en esta materia se inclina por considerar que la operación de valoración de los bienes se lleva a cabo en la fase de liquidación y no en la de inventario, ya que la referencia del artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la controversia sobre el importe de cualquiera de las partidas, no debe interpretarse como referencia al importe de los bienes según su avalúo, sino exclusivamente al importe de los créditos a los que se refieren los artículos 1397 y 1398 del Código Civil, esto es, saldos, dineros e importes actualizados de cantidades que deben ser incluidas (SSAP de Cádiz de 23 de marzo de 2006, de Santa Cruz de Tenerife de 24 de octubre de 2005 y de Burgos de 21 de febrero de 2003, entre otras).

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Cuando se constituye el acogimiento preadoptivo no es necesaria la tramitación de la pieza separada para determinar si los padres debían o no asentir, pues el artículo 122 del Codi de Familia determina con claridad que en estos supuestos los padres deben ser citados al procedimiento de adopción únicamente para ser oídos.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 3 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Dolors Viñas Maestre

El objeto de la resolución impugnada, sobre la que también debe versar el recurso, viene determinada por el artículo 122.1.b) del Codi de Familia en relación con lo dispuesto en el artículo 781 de la LEC. El primero de dichos preceptos establece los supuestos en los que es preciso el asentimiento de los padres del adoptando y los supuestos en los que basta su ausencia. La ley determina con claridad que es necesaria la audiencia, y que por tanto no se requiere el asentimiento, cuando los padres se hallan privados de la potestad, cuando están incursos en causa de privación de aquélla y cuando el menor se halle en situación de acogimiento pre adoptivo sin oposición durante más de un año, o con oposición desestimada judicialmente. El artículo 781 de la LEC dispone que «Los padres que pretenden que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que prudencialmente estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753». Se permite así la posibilidad a los padres del adoptando, para dilucidar en un procedimiento contradictorio –el juicio verbal– si están o no incursos en causa de privación de la potestad. Y ello en relación con lo que establece la ley sustantiva, de la que se infiere que no será necesario tramitar el juicio verbal del artículo 781 de la LEC, cuando exista sentencia que haya acordado la privación de la potestad a los padres, o cuando el menor se encuentre en situación de acogimiento pre adoptivo en los dos supuestos previstos. En estos dos casos el Codi de Familia excluye la necesidad de asentimiento sin que sea necesaria valoración adicional alguna. En cambio, para determinar si los padres están o no

incursos en causa de privación, que es el tercero de los supuestos previstos, la ley procesal permite la apertura de una pieza separada, dentro del procedimiento de adopción, en el que se discute única y exclusivamente dicho extremo.

En el caso de autos, como acertadamente indica la Juzgadora de Instancia, el acogimiento pre adoptivo fue constituido judicialmente mediante Auto de fecha 25 de mayo de 2005, resolución que devino firme al no haberse formulado contra la misma recurso alguno. La constitución de dicha medida ha sido judicial, por lo que según establece el artículo 122 del Codi de Familia, no se requiere en este caso, que el acogimiento pre adoptivo haya tenido una duración superior a un año, como contrariamente sostiene el Ministerio Fiscal en su impugnación. Dicha exigencia, sólo se predica del acogimiento constituido sin oposición de los padres, por la entidad pública, es decir, en el denominado acogimiento pre adoptivo administrativo, posibilidad que permite la Ley. La propia Ley estima que al constituirse el acogimiento pre adoptivo, por parte del Tribunal que lo constituye se ha valorado ya la situación de los padres biológicos como personas que están incursas en causa de privación de la potestad, y se ha considerado más beneficioso para el menor, la integración definitiva del mismo en otra familia, que el retorno en la propia. Constando que mediante Auto de mayo de 2005 se había acordado la constitución del acogimiento pre adoptivo, no hubiera resultado necesaria la tramitación de la pieza separada para determinar si los padres debían o no asentir, pues el artículo 122 del Codi de Familia determina con claridad que en estos supuestos los padres deben ser citados al procedimiento de adopción únicamente para ser oídos, es decir, es la propia ley la que determina la clase de intervención que deben tener los padres en el procedimiento de adopción, para evitar con ello dilaciones innecesarias del procedimiento por razones o hechos que ya han sido valorados en procesos judiciales anteriores, dotando a todo el sistema de protección de mayor racionalidad. En consecuencia procede confirmar el auto impugnado con desestimación íntegra del recurso.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la negativa de la administración a conceder el certificado de idoneidad ya que la decisión de adoptar ha sido formalizada en un momento ya tardío, dado que él cuenta con 54 años y ella con 51. Esta diferencia generacional sería excesiva con el futuro hijo y comprometería a medio plazo la viabilidad del proyecto adoptivo, al tener que enfrentarse al doble estrés de atender y educar a un menor y al proceso natural de envejecimiento de los solicitantes.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

Establece el artículo 176 del Código Civil que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Es en base a ese interés y a la convicción de que, en su superior interés, ha de ser valorada la idoneidad de quien solicita su patria potestad, a través del proyecto adoptivo, en base a lo que se procede a revisar la declaración administrativa de declarar a la solicitante in idónea, con la también convicción de que de no serlo no se estará privando a un menor de esa alternativa sino a los solicitantes de ese concreto proyecto, pues aquél puede alcanzar ese mismo estatus de entre otros padres con idéntico proyecto.

La resolución administrativa que declaró la inidoneidad de los recurrentes para el ejercicio de la patria potestad adoptiva, tuvo presente dos informes psicosociales en los que se afirmaba el que su motivación no estaba correctamente fundamentada, ni suficientemente elaborada, sin que responda a un proyecto, además de no compartido por los dos miembros de la pareja, poco sólido y mediatizado por sus expectativas personales; en el otro informe de 24 de septiembre de 2005 que fundamenta la resolución administrativa que desestima su reclamación previa se incide nuevamente en su inadecuada motivación y en el riesgo derivado entre otros factores derivados de su edad. Finalmente el informe psicosocial elaborado por el equipo adscrito a los Juzgados de Familia, realizado por un psicólogo y una trabajadora social, obrante a los folios 111 y siguientes de la causa, concluyen que la solicitante no reúne condiciones suficientes para garantizar la viabilidad del proyecto adoptivo. Se considera que su motivación es inadecuada porque

la decisión de la adopción ha sido formalizada en un momento ya tardío, piénsese que él cuenta con 54 años y ella con 51. A lo que cabe añadir que se trata de un proyecto poco elaborado e insuficientemente reflexionado obviando las dificultades inherentes a todo proyecto adoptivo. En este sentido, no es consciente de la diferencia generacional ni de las consecuencias que podría tener en la integración y evolución de un niño. Esta diferencia generacional sería excesiva con el futuro hijo y comprometería a medio plazo la viabilidad del proyecto adoptivo, al tener que enfrentarse en el futuro al doble estrés de atender y educar a un menor y al proceso natural de envejecimiento de los solicitantes.

En la medida en que la decisión judicial que desestima la oposición de los recurrentes a la resolución administrativa, se fundamenta en la práctica de los referidos informes haciendo propias sus conclusiones, la Sala no puede sino confirmar la resolución recurrida por sus propios y acertados fundamentos.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se desestima el recurso interpuesto por la madre biológica contra el auto que constituye la adopción, dado que tanto el desamparo como el acogimiento preadoptivo son firmes, circunstancia que hace que no sea preciso su consentimiento para la adopción, pero es que, además, dejó de visitar a los niños injustificadamente.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 14 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Noblejas Negrillo

Trae causa el presente recurso de la resolución de desamparo e ingreso en centro de fecha 17 de julio de 2001, de los hijos de la hoy apelante, nacidos el 3 de febrero de 1996 y 4 de noviembre de 1999, ello por hallarse en situación de abandono y negligencia. En la primera entrevista que se tuvo con la misma, aceptó tal ingreso y reconoció su situación: sin ingresos económicos, habitación en muy malas condiciones, e inestabilidad emocional importante. El 29 de junio de 2001 pidió visitas. Según la síntesis evaluativo del centro Estels, sólo fue a las primeras visitas y a dos entrevistas, dejando de cumplir en el mes de agosto, habiendo llamado sólo tres veces por teléfono por la presión de su familia. No respondía a las citaciones y telegramas desde el centro, y la última vez que llamó, dijo que vivía en Valencia con su nueva pareja, no queriendo dar su teléfono o dirección de contacto. Por resolución de la DGAIA de 18 de febrero de 2002, se declara que lo más adecuado para los menores es el acogimiento familiar pre adoptivo, lo cual se acuerda por resolución de 2 de septiembre de 2002. El plan de acoplamiento se inicia el 19 de ogosto de 2002, constituyéndose el acogimiento pre adoptivo con los acogedores por Auto de 13 de septiembre de 2004.

Formulada propuesta de adopción por el ICAA, a la misma se opone la apelante en comparecencia efectuada en el Juzgado de Albadalejo (Ciudad Real), donde dijo que trabajaba de operaria de taller en Terrinches. En comparecencia realizada el 12 de septiembre de 2006 manifestó que había tenido mellizos (tres años y medio); que cuando le retiraron a los niños consumía cocaína –desde 1994 a 2001–; que visitó al psiquiatra, pero que lo dejó por voluntad propia, y muy fundamentalmente, que nada sabía de sus hijos desde hacía cuatro años, y aunque se oponía a la adopción, si su hija quería quedarse con la familia acogedora lo aceptaría.

Del informe de los Servicios Sociales de Albadalejo es de destacar que la siguen desde que nacieron los mellizos al ser beneficiaria de la ayuda por parto múltiple desde 2004; después se la desvió al Centro de la Mujer por denuncia por malos tratos; se le tramitó ayuda económica para alimentación; trabaja de mañana y tarde de lunes a viernes y vive con su hijos.

De lo expuesto resulta obvio que no podemos acceder al recurso contra el auto recurrido que constituye la adopción. En primer lugar, porque tanto el desamparo como el acogimiento pre adoptivo son firmes, circunstancia esta que hace que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122.1.b), no sea preciso su consentimiento para la adopción, máxime cuando pudo intervenir en el procedimiento y no lo hizo por pura negligencia; segundo, dejó de visitar a los niños injustificadamente en agosto de 2001; y tercero, porque los mismos están con los acogedores desde el 2 de septiembre de 2002, cuando tenían 6 y 2 años de edad, estando plenamente integrados en la familia acogedora, resultando la apelante para ellos una perfecta desconocida.

FILIACIÓN

No cabe apreciar la caducidad de la acción de impugnación de paternidad, pues el régimen aplicable al ejercicio conjunto de la acción de reclamación e impugnación es el propio de las acciones de reclamación, con lo cual han de ser tenidas en cuenta la ausencia del límite temporal del artículo 131 del CC y la imprescriptibilidad del 132. No se estima aplicable la doctrina de los actos propios dada la naturaleza de la acción ejercitada y en ningún caso podría ello predicarse respecto de la acción ejercitada por el padre biológico.

AP MURCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Cayetano Blasco Ramón

Alega la parte apelante que ha transcurrido más de un año desde la inscripción de la filiación, por lo que considera que al amparo del artículo 137 CC se encontraría caducada la acción. Asimismo se alega falta de legitimación activa de José María y que tanto éste como la Sra. Asunción van en contra de sus propios actos, en cuanto que consintieron la inscripción en los términos que se efectuó conocedores de quién era el padre biológico, invocando el ejercicio abusivo del derecho y que se vulneran los principios de la buena fe y de seguridad jurídica. Por último, se impugna el pronunciamiento sobre costas, y tras hacer una relación de las actuaciones procesales seguidas, haciendo expresa referencia a la demanda inicial y la acumulada, a otros procedimientos judiciales entablados entre el recurrente y la Sra. Asunción, entre otros de orden penal, al de separación y divorcio, considera que el caso presentaba dudas de hecho y de derecho y que en base a ello y lo dispuesto en el artículo 394 LEC no procedería realizar expresa imposición de costas, aparte de que se trata de un procedimiento sobre el estado civil que no puede ser objeto de transacción (artículo 1814 CC), ni de renuncia, ni allanamiento, por lo que al no ser disponible el objeto procesal y ser una conducta obligada por la Ley, no deben ser impuestas las costas.

No cabe apreciar la caducidad de la acción invocada por el recurrente, pues el régimen aplicable al ejercicio conjunto de la acción de reclamación –impugnación, como sucede en el caso que nos ocupa–, es el propio de las acciones de reclamación, pues el artículo 134 del CC se remite a los «artículos anteriores» con lo cual han de ser tenidos en cuenta la ausencia del límite temporal del artículo 131, la imprescriptibilidad del 132 y de «toda la vida del hijo» del artículo 132, y, por otro lado, el propio artículo 134 al ejercitar la acción de reclamación permite la acción de impugnación «en todo caso», desprendiéndose de ello que la impugnación es accesoria de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir, de ahí que el régimen aplicable, como se ha dicho anteriormente, sea el propio de las acciones de reclamación, no hallándose caducada, por consiguiente, la acción ejercitada.

Se considera legitimado activamente José María, padre biológico, pues ya la STS de 5 de noviembre de 1987, seguida por la STS de 23 de febrero de 1990, parte de la doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, y existiendo interés en el padre biológico, no matrimonial, como interés legítimo, protegido por la Constitución, resulta evidente la legitimación del mismo.

No se estima aplicable la doctrina de los actos propios dada la naturaleza de la acción ejercitada y en ningún caso podría ello predicarse respecto de la acción ejercitada por el padre biológico, no siendo, en cualquier caso, de considerar actos propios aquellos casos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (STS de 31 de enero de 1995), y no cabe estimar la existencia de abuso de derecho cuando se ejercita una acción que la Ley le atribuye explícitamente (STS de 21 de abril de 1997), y respecto de la buena fe, ésta siempre se presume, no estimando que el principio de seguridad jurídica quiebre o se vea afectado.

FILIACIÓN

Se desestima la acción de impugnación de la paternidad por apreciarse la caducidad ya que el padre tenía perfecto conocimiento del nacimiento del menor constante su matrimonio. Realizó varios viajes a la República Dominicana en la época, no sólo de la concepción, sino del nacimiento del hijo, de manera que, si dudaba de la realidad de la filiación derivada del vínculo matrimonial, tenía la posibilidad de ejercitar la acción de impugnación con anterioridad al transcurso del plazo establecido en la ley para su ejercicio.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Dolors Viñas Maestre

Procede el examen de las cuestiones planteadas en el recurso de apelación formulado por el demandado, en tanto el pronunciamiento de la pensión de alimentos impugnado por ambas partes, viene condicionado por lo que se resuelva sobre la acción de impugnación de la paternidad matrimonial que ha sido desestimada por la sentencia apelada, al apreciar la caducidad de la acción. La sentencia apelada, en tanto declara dicha caducidad, debe ser confirmada por sus propios, detallados y acertados pronunciamientos. El menor nació el 3 de octubre de 1997. El plazo de caducidad aplicable es el establecido en el artículo 106 del Codi de Familia, por aplicación de la Disposición Transitoria Tercera del referido cuerpo legal. Dicho precepto establece que el marido puede ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el plazo de dos años contados desde la fecha en que conozca el nacimiento del hijo o hija o del descubrimiento de las pruebas en las cuales fundamenta la impugnación. No se aprecia error alguno en la valoración de la prueba por parte de la Juzgadora de instancia que a la vista de las pruebas practicadas, concluye con claridad que el padre, ahora demandado, tenía perfecto conocimiento del nacimiento del menor constante su matrimonio con la actora, con la que todavía convivía en el momento del nacimiento y de la naturaleza matrimonial de la filiación. A diferencia de lo que ha venido acaeciendo en otros supuestos en los que los Tribunales han interpretado de forma muy extensa el plazo de caducidad, supuestos que han sido detalladamente examinados por la Juzgadora de instancia, las razones que se invocan ahora para desconocer dicha filiación, ni son nuevas, ni son sobrevenidas. El padre realizó varios viajes a la República Dominicana en la época, no sólo de la concepción, sino del nacimiento del hijo, de manera que si dudaba de la realidad de la filiación derivada del vínculo matrimonial, tenía la posibilidad de ejercitar la acción de impugnación con anterioridad al transcurso del plazo establecido en la ley para su ejercicio, plazo que ha transcurrido con creces. La acción de impugnación se ejercita mediante reconvención al contestar a una demanda de reclamación de alimentos para el hijo común y los hechos que se alegan para dudar de la realidad de la filiación, concurrían ya en el momento del nacimiento del menor. En tales circunstancias procede declarar, como así se ha declarado en la sentencia apelada, la caducidad de la acción, lo que conduce a desestimar el recurso formulado por el demandado respecto a la impugnación de la filiación.

UNIONES DE HECHO

Improcedencia de fijar pensión compensatoria. Deben estar las partes en cuanto a los efectos económicos a lo que hayan pactado; y, a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno debe asumir las consecuencias económicas de la ruptura porque si libre fue la unión, igualmente libre debe ser la ruptura para cualquiera de ellos, pues cuando se afirma como principio general en esta materia el de favorecer al miembro «más desprotegido», se omite preguntarse: ¿más desprotegido por qué o por quién?

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Quienes decidieron libremente unirse pero sin contraer matrimonio o rechazando dicha institución cuando deciden, igualmente, de forma libre cesar en dicha unión, no pueden después aprovecharse de un efecto de la institución que han rechazado. En esta unión *more uxorio* de los litigantes, se insiste, libre y voluntaria, es difícil entender que una parte quede en perjuicio de la otra, o se dé un enriquecimiento injusto de uno con respecto del otro; las consecuencias de esta unión, sus efectos, era o deberían ser perfectamente conocidos y asumidos por las partes; luego no cabe hablar de una indemnización o como dicen, de pensión compensatoria; pues no hay matrimonio, este Juzgado de Primera Instancia por el proceso entablado no es el competente y no se da el enriquecimiento injusto; no puede hablarse de protección al perjudicado, y no puede darse analogía cuando las partes eligieron libremente una convivencia a espaldas del matrimonio. Deben estar las partes en cuanto a los efectos económicos a lo que hayan pactado; y, a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno debe asumir las consecuencias económicas de la ruptura porque si libre fue la unión, igualmente libre debe ser la ruptura para cualquiera de ellos, pues cuando se afirma como principio general en esta materia el de favorecer al miembro «más desprotegido», se omite preguntarse: ¿más desprotegido por qué o por quién? Dicho de otra forma, si la «protección» en la que se está pensando es la que brinda el régimen jurídico del matrimonio y este régimen se excluyó consciente y voluntariamente, ¿dónde está la desprotección que jurídicamente haya que remediar? En este sentido y en este caso en concreto se sigue la doctrina emanada de nuestro Tribunal Supremo, doctrina mayoritaria, expresada en la Sentencia de 12 de septiembre de 2005.

UNIONES DE HECHO

Consta que el actor convivió como pareja sentimental con la demandada durante cinco meses, que la convivencia tuvo lugar en el domicilio privativo de la demandada, que entre ellos no existió una confusión de patrimonios ni actuación económica conjunta y que carecen de descendencia en común. En consecuencia, falta la nota de estabilidad exigida para apreciar jurídicamente la existencia de la institución de la pareja de hecho.

AP MÁLAGA, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Mariano Santos Peñalver

Contra la sentencia de instancia que desestima la demanda apreciando la excepción de falta de legitimación *ad procesum*, por entender que la acción procedente sería la reivindicatoria, se alza en apelación la parte actora recurrente, insistiendo en la procedencia de la acción de división de la cosa común y subsidiariamente la de enriquecimiento injusto, alegando error en la valoración de la prueba practicada por entender que de la misma ha resultado acreditada la relación de pareja de hecho de los litigantes.

Sobre la cuestión de hecho controvertida consta que el actor convivió como pareja sentimental con la demandada durante cinco meses, que la

convivencia tuvo lugar en el domicilio privativo de la demandada, que entre ellos no existió una confusión de patrimonios ni actuación económica conjunta, y que carecen de descendencia en común. En consecuencia, como acertadamente entiende la sentencia de instancia, falta la nota de estabilidad exigida para apreciar jurídicamente la existencia de la institución de la pareja de hecho. No existe por tanto error en la valoración de la prueba practicada.

Al respecto y siguiendo las líneas directrices de la doctrina, jurisprudencia y legislación,– en especial la autonómica que viene a reglamentar expresamente las uniones de hecho–, la convivencia *more uxorio* puede ser definida como el régimen vivencial de coexistencia estable, permanente en el tiempo, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, generador de una comunal vida amplia de intereses y fines. Partiendo del concepto expuesto los presupuestos necesarios para la apreciación de la existencia de la pareja de hecho, como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sec. 4.ª), de 26 febrero del 2004, son: a), que se trate de convivencia *more uxorio*, esto es, la voluntad más allá del mero sentimiento de afecto recíproco específica de establecer una relación íntima y estable de pareja, compartiendo vida y bienes, no precisando tal voluntad formalidad alguna, pero sí renovarse permanentemente para mantener en vigor la convivencia conyugal; b), que exista una convivencia diaria, con exclusión de las temporales y ocasionales; c), que se trate de convivencia estable, es decir, prolongada en el tiempo, en este sentido algunas regulaciones autonómicas que establecen determinados plazos, en concreto la Ley catalana de Uniones Estables de Pareja de 15 de julio de 1998, y la Ley aragonesa de Parejas Estables no Casadas de 26 de marzo de 1999, exigen un período mínimo ininterrumpido de dos años; por su parte la Ley Foral Navarra para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables de 3 de julio del 2000, la Ley valenciana de las Uniones de Hecho, la Ley del Principado de Asturias de Parejas Estables de 23 de mayo de 2002, Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura de 20 de marzo 2003, la Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 16 de mayo de 2005, la Ley de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid de 19 de diciembre de 2002, la Ley de regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias de 6 de marzo de 2003, requieren un plazo mínimo de un año; d) que se trate de convivencia pública y notoria.

Ciertamente el tiempo no puede considerarse como elemento esencial definidor de la existencia de la pareja de hecho, y así prescinden de él para la configuración de las uniones de hecho una parte de la legislación autónoma representada por la Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad de Andalucía de 16 de diciembre de 2002, la Ley de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 11 de julio de 2000, la ley de Uniones de Hecho en Castilla y León de 27 de noviembre de 2002, la Ley de Reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de derecho civil de Galicia de 28 de junio de 2007, o la Ley reguladora de las parejas de hecho del País Vasco de 7 de mayo de 2003. Sin embargo, este sector legislativo coincide en exigir para el reconocimiento de la pareja de hecho una manifestación de la voluntad de los integrantes de la pareja expresada formalmente ante el organismo público competente.

A la vista de lo expuesto puede concluirse que el fundamento de la pareja de hecho radica en la convivencia en una relación de afectividad con intención y vocación de permanencia.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos conduce a la negación a la relación mantenida por los litigantes de la condición de pareja de hecho en sentido jurídico, pues el único elemento acreditado es la convivencia en común en un apartamento privativo de uno de los integrantes de la unión durante escaso tiempo, en concreto cinco meses, dato que por sí sólo no es suficiente para predicar la estabilidad de la relación exigida para la apreciación de la institución que nos ocupa.

En consecuencia no es posible sostener la aplicabilidad a las relaciones de los litigantes del régimen de comunidad de bienes y subsidiariamente del enriquecimiento injusto con fundamento en una unión de hecho estable.

En todo caso, como reiteradamente indica nuestra doctrina jurisprudencial el mero y exclusivo hecho de iniciarse una unión matrimonial no lleva aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común), evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho. Por lo que no constando en el supuesto de autos la voluntad expresa o tácita de hacer común los bienes cuyo importe reclama el actor, no puede prosperar la pretensión de reclamación de su importe con fundamento en la acción de división de cosa común, pues ninguna comunidad de bienes se ha constituido sobre los mismos. A mayor abundamiento, la parte actora

ejercita erróneamente la acción de división de cosa común, en cuanto que con ignorancia de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sostiene la adquisición privativa de los muebles litigiosos y la permanencia en su dominio de los mismos, postulando el abono íntegro de su importe por el otro conviviente y traspaso de la propiedad de los bienes a éste, pretensión ajena a la acción regulada en los artículos 400 y siguientes del Código Civil.

UNIONES DE HECHO

Procede fijar una indemnización por enriquecimiento injusto a favor del conviviente, habida cuenta que éste asumió el pago de la instalación del parqué que se colocó en el domicilio propiedad exclusiva de su pareja.

AP MÁLAGA, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2007

Ponente: Ilmo. Sr. don Mariano Santos Peñalver

Respecto a la partida reclamada por la parte actora recurrente consistente en el importe de la instalación de parqué en el suelo de la vivienda de la recurrida y que asciende a la suma de tres mil cuatrocientos noventa y cuatro euros con cuarenta y cuatro céntimos, la prueba practicada representada por la documental en relación con la testifical y el interrogatorio de las partes acreditan que el actor compró el parqué colocado en el suelo del domicilio de la demandada, abonando el precio de la instalación, por lo que siendo obvio que es imposible retirar el parqué sin afectar esencialmente a su estado, ni perjudicar la propia vivienda de la demandada, debe concluirse que se ha producido un enriquecimiento sin causa a favor de ésta.

En efecto, de lo expuesto se desprende la concurrencia de los elementos constitutivos de la institución representados por: a), un enriquecimiento del patrimonio de la demandada derivado de la instalación del parqué en su vivienda, siendo importante destacar que durante la instalación del parqué la demandada conservaba el uso y disfrute de la vivienda, por lo que la colocación del nuevo suelo fue expresamente aceptada por ella; b), un empobrecimiento del demandante representado por el abono del precio de la instalación del parqué; c), nexo causal entre el enriquecimiento de la demandada y el empobrecimiento del actor, pues el precio fue satisfecho por el actor trasladándose el dominio de la instalación por él adquirida a la demandada, en este sentido precisar que con arreglo al artículo 334 número 3.º del Código Civil, los bienes muebles unidos a un inmueble de una manera fija, de suerte que no puedan separase de él sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, se incorporan al mismo; d), ausencia de causa en el desplazamiento patrimonial, en cuanto el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia afectiva constituya a quienes optan por ella la obligación de prestarse determinadas atenciones, como mejorar la vivienda del conviviente en donde se mantiene la relación sentimental; e), por último, no existe precepto legal que excluya para este caso la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa, al no ser de aplicación la disposición contenida en el artículo 454 del Código Civil, pues aun cuando la colocación del parqué en la vivienda constituya un gasto de puro lujo no susceptible de abono en el supuesto de la imposibilidad de ser retirado sin menoscabo del inmueble, sin embargo, la prohibición contenida en el citado precepto no es de aplicación en cuanto el gasto de mera ornamentación se ejecutó durante la posesión del inmueble por la dueña, quien mantuvo su uso y disfrute.

En orden a la cuantificación de la reparación del perjuicio sufrido por el actor a consecuencia del desplazamiento patrimonial sin causa operado en su contra y en beneficio de la demandada, concurren una serie de circunstancias que impiden la identificación del mismo con el precio satisfecho por la instalación del bien objeto del enriquecimiento injusto. En concreto, debe tenerse en consideración el propio disfrute del bien por el recurrente el cual se benefició del mismo durante el tiempo que duró la relación sentimental, así como la depreciación del bien por el transcurso del tiempo y su uso, en el que como dijimos participó el actor. Finalmente, debe valorarse la imprevisión del propio recurrente representada por su libre decisión de efectuar a su costa obras de mejora en la vivienda propiedad de la persona con la que inicia una relación sentimental, en los primeros comienzos de la misma.

Por todo lo expuesto se considera equitativo cifrar la reparación de los perjuicios sufridos por el recurrente en la mitad del precio satisfecho, esto es, mil setecientos cuarenta y cuatro euros con veintidós céntimos.

UNIONES DE HECHO

Se desestima la solicitud de declaración de herederos promovida por el conviviente de hecho de la causante al no tener tal cualidad, declarándose la herencia vacante, la condición de heredero *ab intestato* de la Generalitat de Catalunya.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 9 DE ENERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Recurre don Juan Francisco, mediante su representación procesal y con asistencia letrada, el Auto dictado en fecha 7 de febrero de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona en el procedimiento sobre declaración de herederos *ab intestato* registrado con el número 316/2006 que declara «no haber lugar a la solicitud promovida» por el mismo y, a su vez, declara «la herencia vacante y justificados por la Generalitat de Catalunya los extremos a que se refiere su escrito inicial de 16 de abril de 2006 y, en consecuencia, queda acreditada la condición de heredero *ab intestato* de la Generalitat de Catalunya respecto a los bienes relictos de doña Edurne, debiendo procederse a la entrega de los mismos que deberá destinar a establecimientos de asistencia social o instituciones de cultura», y postula el recurrente que «revoque en la seva totalitat la part dispositiva de la sentència aquí recorreguda i dicti nova resolució pr la qual la Sala corresponent, amb apreciació de les al.legacions exposades en el cos del present recurs, estimi la totalitat de les pretensions d'aquesta representació declarant al Sr. Juan Francisco com a hereu universal forçós de la causant Edurne», a cuyo recurso de apelación se opone l'Advocat de la Generalitat de Catalunya.

Alega el recurrente en su escrito formalizando el recurso de apelación «manca d'interpretació i apliació de les disposicions i principis constitucionals» (alegación primera), «manca díntegració en relació amb altres normes de dret positiu» (alegación segunda) y «manca de perjudici a tercers» (alegación tercera).

Y, sin perjuicio de que ninguna disposición o principio constitucional alegó el ahora recurrente en su escrito iniciador del procedimiento del que la presente alzada trae causa, al aducir ahora que se «ha vulnerat el dret a la igualtat» del mismo por el hecho de no haber contraído matrimonio con su pareja estable desde hacía más de 20 años, Edurne, y que «correlativament es vulnera el dret fonamental de tota persona al lliure desenvolupament de la personalitat, en el sentit que pot decidir-se el fet de constituir parelles de fet entre individus de diferent o igual sexe», y ello en relación a que la Ley 10/1998, de 15 de julio (Parlamento de Cataluña), de Uniones Estables de Pareja que reconoce derechos sucesorios a las parejas homosexuales, sin embargo, como el propio apelante pone de manifiesto, dicho texto legal, en su preámbulo, señala, de acuerdo con la normativa entonces vigente, que «la pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee», esto es, contempla situaciones desiguales a las que, lógicamente, aplica soluciones también desiguales o diferentes.

Y, precisamente, respecto a situaciones desiguales a las que el legislador da soluciones también desiguales, o diferentes, tiene dicho el Tribunal Constitucional en Sentencia de 28 de febrero de 1994 (Recurso de Amparo núm. 1714/1992) que «desde la STC 184/1990, este Tribunal ha declarado reiteradamente que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 CE [SSTC 184 pues, entre otras consideraciones entonces efectuadas, es preciso recordar, la de que «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (artículo 32.1 CE), siempre claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*» (fundamento jurídico 2.º), concluyéndose, a continuación, que «... siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento (FJ 3.º)», y que «es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica "no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que

cubre el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho" (ATC 156/1987), toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad (STC 184/1990, FJ 2.º), pues, en definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio [STC 20/1990 (RTC 1990\20)], ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos», y continúa diciendo que «en suma, una vez admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador haga derivar de aquél determinados efectos –como el de conceder las pensiones de viudedad reguladas en el artículo 160 LGSS– así como la constitucionalidad de «aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (artículo 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y mujer que desean convivir *more uxorio*» (STC 184/1990, fundamento jurídico 2.º), no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial. Aunque tal objeción le deba ser respetada, no suple el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador, el cual, aunque podría conceder prestaciones de viudedad en favor de quienes hubieran formado parejas de hecho y convivido *more uxorio,* no lo ha considerado oportuno por el momento, y ello, como tanto hemos repetido, no se ha considerado inconstitucional, que, aunque referida, como se deriva de lo transcrito a la pensión de viudedad, es predicable de un supuesto como el de autos, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme al cual «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Consecuentemente, con independencia de que la norma es la que el legislador ha dispuesto, atendida la realidad social que el recurrente invoca en base a lo previsto en el artículo 3 del Código Civil, pues ha regulado soluciones diferentes para situaciones diferentes, una la relativa a los que como el ahora apelante y su entonces pareja podían libremente contraer matrimonio y libremente decidieron no contraerlo, con la consecuencia de no reconocer al supérstite de la pareja derechos sucesorios, y otra la relativa a los que, como los homosexuales, aun queriendo contraer matrimonio en fecha anterior a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, también invocada, sin embargo, no podían contraerlo, no cabe tampoco tener en cuenta ni dicha Ley que ahora autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo ni el proyecto legislativo de Código Civil de Cataluña evocado por el recurrente por cuanto, tiene dicho también el Tribunal Constitucional que «es igualmente doctrina reiterada de este Tribunal, sentada en relación con la alegada vulneración del artículo 14 de la Constitución en supuestos cercanos al que ahora se plantea, que ese precepto constitucional no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; el principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley, puesto que con ello se incidiría en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento Jurídico [STC 119/1987 (RTC 1987\119)]. La desigualdad de trato entre diversas situaciones derivada únicamente de un cambio normativo, y producida tan sólo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna, y no es contraria al principio de igualdad ante la Ley [STC 90/1983 (RTC 1983\90) en el mismo sentido SSTC 103/1984 (RTC 1984\ 103) y 27/1988 (RTC 1988\27)]. En la STC 90/1983 se señala cómo las sucesivas alteraciones de los preceptos rectores de las prestaciones de la Seguridad Social, de signo progresivamente favorable a los beneficiarios, ha obligado permanentemente a la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no ese tipo de nuevas y más favorables percepciones.» [Sentencia Tribunal Constitucional núm. 88/1991 (Sala Primera), de 25 de abril Recurso de Amparo.956/1988.RTC1991\88.]

Y al carecer también de consistencia jurídica a los efectos pretendidos por el ahora recurrente la invocación que hace de la ausencia de perjuicio a terceros, por cuanto se trata de un supuesto en que, precisamente, el legislador no contempla la posibilidad de que sea declarado sucesor o heredero el supérstite de la pareja que habiendo podido

contraer matrimonio, sin embargo, libremente decidieron no contraerlo y, con independencia de que como consecuencia de que durante la larga convivencia hubieran constituido determinada copropiedad sobre algunos bienes muebles o inmuebles (el apelante hace referencia a cuentas corrientes), dicha situación no puede erigirse en óbice u obstáculo para la declaración que en la resolución ahora recurrida se hace que debe ser confirmada.

Ello, claro está, sin perjuicio de que el ahora recurrente pueda ejercitar la acción que a su derecho convenga en el declarativo correspondiente, por cuanto, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 2003 (número de resolución 584/2993), «la falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión *more uxorio* ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos, o tácitos (*falta concludentia*), con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes (*ad ex.*, Sentencia de 4 de junio de 1998) o de sociedad irregular (*ad ex.*, Sentencias de 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993, 18 de marzo de 1995), que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedio jurídico a las peculiaridades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas soluciones, no necesariamente reñidas entre sí».

CUESTIONES PENALES

Aunque el Juzgado de lo Penal la condenó a un año de prisión se absuelve a una madre del delito de desobediencia al no apreciarse la existencia del síndrome de alienación parental.

AP VIZCAYA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Nekane San Miguel Bergaretxe

De estos razonamientos se deduce que la sentencia de instancia valora la alegación de «ausencia de dolo» en el comportamiento de la mujer condenada, descartándola.

Este elemento del injusto ha sido definido de múltiples maneras y desde diversas perspectivas filosóficas, pero básicamente implica la presencia incuestionada de una conducta realizada voluntariamente por el sujeto al que se le atribuye, y, además, a sabiendas de su ilicitud. En la sentencia de instancia se considera a la Sra. X culpable de un acto típico, antijurídico y no justificado. No se considera causa de justificación ni de exención de culpabilidad esa especie de estado de necesidad exculpante que la misma alega, y que supone que ante el conflicto que se le plantea, opte por respetar la voluntad de su hijo adolescente. La sentencia (y las acusaciones, previa y obviamente) consideran que a la acusada le era exigible que obedeciera la orden del juzgado, obligando a su hijo a ejecutar un acto que X no deseaba; sin embargo, la percepción va más allá, puesto que se descarta absolutamente la existencia de voluntad autónoma en el hijo, juzgando a X como un pelele en manos de su madre, que es quien le induce. No considera la resolución judicial al joven como una persona en pleno proceso de madurez, ni como un ser no autónomo, a pesar de su edad.

No es función de esta resolución el examen de la sentencia emitida por el Juzgado de Familia, pero dado que la valoración de la situación de X en esta jurisdicción y en este procedimiento se sustenta, con fuerza, en la sentencia emitida el veintiséis de octubre de dos mil siete por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Bilbao (folios 707 a 730) para llegar a la conclusión de que el menor es manipulado por su madre, sí se hace necesario expresar una serie de cuestiones determinantes en relación con tales referencias:

a) El recurso, como se ha dicho, insiste en que es el deseo del menor el no ver a su padre, y frente a ello, las acusaciones y los órganos judiciales (Familia y Penal núm. 5) deciden que el menor está afectado por lo que se denomina «síndrome de alienación parental».

El SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en el DSM-IV por la Asociación Americana de Psiquiatría, y en la CIE-10 de la OMS. Estas y otras instituciones que priman los objetivos clínicos y de investigación, basan la inclusión de una nueva entidad diagnóstica en la existencia de sólidas bases empíricas, no cumpliendo el SAP ninguno de los criterios necesarios. Según una declaración de 1996 de la Asociación Americana de Psicología (APA) no existe evidencia

científica que avale el SAP. Esta Asociación critica el mal uso que de dicho término se hace en los casos de violencia de género. En su informe titulado la Violencia y la Familia, afirma: «Términos tales como "alienación parental" pueden ser usados para culpar a las mujeres de los miedos o angustias razonables de los niños hacia su padre violento». La Guía de Evaluación para jueces de los casos de custodia infantil en contextos de violencia doméstica, editada por el Consejo nacional de Juzgados Juveniles y de Familia, creado en EEUU en 1937, advierte en su edición de 2006 sobre el descrédito científico de dicho síndrome.

Es sobradamente conocido que quien acuñó el término fue Richard A. Gardner, definiéndolo como un proceso destinado a romper el vínculo de los hijos con uno de los progenitores (casi siempre referido al padre y protagonizado por la madre) y según el citado Gardner es un proceso de alienación que únicamente puede ser combatido por una terapia de desprogramación.

La «popularidad» e invocación que de este denominado síndrome se está realizando en los últimos tiempos, y las (calificadas como) peligrosas consecuencias que está llegando a tener en relación con los procesos de separación y divorcio, llevaron a que en diciembre de dos mil siete un muy numeroso grupo de solventes profesionales de Medicina y Salud Mental suscribieran un manifiesto «ante el fenómeno psicológico-legal del pretendido "síndrome de alienación parental", en el que, entre otras afirmaciones, se expresa de forma contundente que la "ideología que sustenta el SAP es abiertamente pedófila y sexista", siendo un instrumento de peligroso fraude pseudo-científico, que está generando situaciones de riesgo para los niños, y está provocando una involución en los derechos humanos de los menores y de sus madres (mujeres)». En cualquiera de las disertaciones y/o cursos que, sobre la cuestión pueden seguirse, se hace mención a la actitud e ideología de su «creador» o formulador, puesto que es igualmente «popular» que éste escribió cuestiones que se han asociado con esa imputada pedofilia (Gardner, *True and false accusations of child sex abuse*, 1992, p. 549) y el enfoque de la madre (mujer) como alienadora y que hace invisible al padre. Los riesgos de la asunción de esta teoría y de la práctica de la terapia indicada por su creador y seguidores han sido igualmente advertidos por la Asociación Española de Neuropsiquiatría [«La construcción teórica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) como base para cambios judiciales de la custodia de menores-Análisis sobre su soporte científico y riesgos de su aplicación»].

Son cada vez más numerosos los profesionales de la psicología y psiquiatría que valoran la formulación del síndrome como un modo más de violencia contra la mujer, y que recuerdan que «La ciencia nos dice que la razón más probable para que un niño rechace a un progenitor es la propia conducta de ese progenitor. Etiquetas como el "SAP" sirven para desviar la atención de estas conductas (Dr. Paul Fink) y olvidan que la ambivalencia o el rechazo hacia un progenitor puede estar relacionada con muchos factores diversos» (Dr. Gaber) que no son del caso ni reseñar ni examinar en esta resolución; sin embargo, su imputación y formulación está sirviendo para culpabilizar a las madres de conductas «anormales» de los hijos.

b) Tanto en la sentencia apelada como en la resolución del Juzgado de Familia a que la misma se refiere, se hace mención a que el padre denunciante «fue absuelto» por el delito de abuso sexual imputado por X (por su madre, la aquí acusada) y la sentencia de instancia, en relación con tal hecho, además de «hacer suya la argumentación de la citada sentencia civil», se nos dice que «con tres años de edad que tenía X en la fecha en que relata los hechos de abuso, no puede recordar nada». Esa absolución se toma como punto de partida para concluir con que el joven ha inventado una historia que no concuerda con la realidad, y que todo ello ha sido manipulado por su madre. Es desde donde se construye el efecto de valorar, en suma, a X como un ser débil, mentiroso y manipulado. Es ésta la base de la condena, puesto que el Juzgado de lo Penal no asume lo que el joven y su madre mantienen: que es él el que no quiere ver a su padre por los motivos que, reiteradamente, ha venido expresando.

La sentencia emitida por esta Audiencia (Sec. 2.ª) el diez de enero de dos mil dos (las partes aquí lo eran allí) tiene unos antecedentes en los que se lee que, el Juzgado de lo Penal núm. Cinco de los de Bilbao, declaró probados unos hechos constitutivos de abuso sexual del aquí apelado hacia la persona de su hijo (sujeto de las visitas; no únicamente objeto de las mismas). Desde la inmediación así lo valoró el Juez *a quo*. La sentencia de la audiencia, que, pese a no practicar prueba con inmediación, no consideró suficiente la que se le ofrecía en la resolución como practicada, examinada y valorada, no dice que los hechos no ocurrieran. El fundamento de su absolución es otro, y dice expresamente: «... todo lo relatado por el menor no puede ser fantasía ... se puede llegar a la conclusión de que hay algo de cierto en lo que dice el menor, pero no se sabe muy bien qué». Existió algún tipo de estímulo pero no necesariamente tuvo que ser sexual, pudo ser neutro, y la Sala concluye que «no se puede decir que no se haya practicado prueba de cargo, pero la Sala ha de aplicar el principio de *in dubio pro reo*, puesto que la practicada no es bastante para formar convicción de que haya de condenar al acusado».

Ni formal ni materialmente (ni substantivamente) cabe reproche alguno a esta sentencia (firme ya) pero en el complejo mundo de la mente humana nadie podrá mantener que, por las razones que fueren, X no viviera lo acaecido (y relatado: no todo inventado) del modo en que se refleja en los informes del Dr. ... (aparecen a lo largo de la instrucción y de las diversas causas –sus testimonios incorporados– las valoraciones de este perito) y que tuvo consecuencias (concretas) en las conductas que el joven (entonces niño) desarrolló y que fueron objetivadas fuera de la percepción y/o relato de su madre (en la guardería, con otros niños ... así se indica en los informes y que permiten establecer que no es mera y pura invención ni inducción materna).

Hemos expresado en más de una ocasión que «cada persona es un mundo, y cada persona responde de diferente manera ante las situaciones que son conflictivas y/o traumáticas; en ocasiones, lo que para una persona hunde su vida, en otra no deja ni huella» y en relación con la imposibilidad de que «nadie recuerde algo que acaece cuando tiene tres años de edad» no creemos que estemos en condiciones de mantener tal afirmación sin ningún matiz: A las teorías (diversas, variadas y todas ellas con «sesgo científico») que nos indican que la memoria no «ES» hasta los cinco o seis años, otros estudiosos de la mente humana la relacionan con la capacidad de verbalización del sujeto, y otros van incluso más «atrás» en la edad cronológica del «escondite y manifestación» de la memoria en la persona, pero una cuestión sí es evidente: si un episodio se vive con tres años («algo hubo») y luego la actitud del entorno lo hace recordar de modo reiterado (el juicio por los abusos se celebra cuando X tiene siete años) es evidente que, por las razones que fueren, si no se «deja» que el niño olvide, lo seguirá recordando (con todas las connotaciones y consecuencias que un proceso judicial conlleva).

Hace mención la sentencia, en este orden y en relación con la atribuida manipulación de la madre al menor, que «doña Beatriz sospecha que el menor ofrecía un discurso aprendido ... y además del parte de incidencias (del punto de encuentro) considera como revelador de la manipulación y presión que la madre condenada ejerce sobre el joven, que «es absolutamente anómalo que un niño de 11 ó 12 años» llame para decir que no va porque no quiere. O los jóvenes que conocemos de esa edad «hacen actos impropios» de la misma, o el juicio manifestado es erróneo. Una persona de 11 ó 12 años es capaz de tomar decisiones (aspecto diverso es su cuestionabilidad) y de ejecutarlas, pese a la prohibición, oposición ... Pero la sentencia va más allá cuando entiende que un joven de catorce años que se presenta en el juicio diciendo que es él el que no quiere ver a su padre, «es reflejo de la alienación parental» sin mención concreta a prueba pericial consistente que permita mantener tal afirmación. No olvidemos que el único perito que ha examinado a X es el Dr. ..., y como explica el Juez de Familia en su sentencia, las apreciaciones respecto de las relaciones de X con su madre y su padre son juicios de inferencia del juzgador (posibles y asumidas en el proceso y como valoración de la prueba) pero no sustentadas en informe que no ha podido ser llevado a cabo por la negativa de un joven de ya catorce años (folio 718: no se ha practicado tal prueba pericial).

En el acta de juicio se lee que X comparece en el juicio y dice: «que la madre le obligaba a ir, pero que él se negaba a ir, no se movía del sitio, no quería ir... que era él el que no quería estar con el padre; que de pequeño en Arrancudiaga y en Portugalete le decía que se desnudase y él también lo hacía. Esto con tres años». Ni el Fiscal ni la Acusación preguntan (y esto también ha de ser interpretado) a pesar de que (folio 657) en el acto de juicio ya se contaba con el informe de quien le trata, quien nos indica aspectos importantes: a) que las circunstancias que envuelven el caso son sumamente complejas; b) se constata por el médico que la interrupción de las visitas con el padre (para él «obligadas») es un alivio; c) vive el intento continuo del padre por reencontrarse con él como una forma reiterada de sadismo («palabras textuales»); d) X ya ha cumplido trece años (en la fecha de ese informe) y su inteligencia y capacidad de análisis es «grande» (al folio 718 –sentencia del Juzgado de Familia– se hace igualmente mención a estos aspectos del informe). Esta inteligencia parece ser conocida y reconocida por su padre (folio 617: «ya he hablado con los profesores y me han dicho que eres muy inteligente») y su evidencia contrasta con la atribuida manipulación (la cuestiona, como mínimo).

No consideramos que una persona de catorce años que acude al juzgado a explicar que es él el que no quiere ver a su padre diga lo que no es. Por otro lado, aparece (lo asume el denunciante) que hubo visitas en un inicio, pero que luego fue el propio joven (manipulado por su madre según el denunciante) el que se negó a ir. No consideramos que una persona de catorce años (con todos los problemas que pueda tener en este supuesto concreto) sea incapaz de tomar decisiones por sí mismo, máxime si, una vez con su padre, reacciona en el modo en que éste explica en el juicio («durante las visitas su hijo le decía que le odiaba y otras cosas horribles») y si éste (el denunciante) ahora, mantiene que la «situación es complicada, porque la madre cumple con el régimen de visitas (ahora la custodia es del denunciante, según la sentencia del Juzgado de Familia) y cree que esto le perjudica» (acta de juicio). A pesar de residir ya con el acusador, X

acude al juicio y mantiene que es él quien había tomado la decisión de no ir con su padre.

El punto fundamental de discusión, como se ha expresado reiteradamente, no es sino si la voluntad de X ha sido manipulada por su madre para que no quiera ver a su padre, y de los antecedentes que se observan, no se comparte el criterio expresado en la sentencia de instancia: Aparecen elementos consistentes suficientes para considerar que X expresaba su propia voluntad (folio 638: «me han pasado la pelota a mí.– ¿no es lenguaje propio de un adolescente? Sí lo parece») y sus propias razones («la forma de demostrar que me quieres es que reconozcas lo que me has hecho».– folio 616, entre otras múltiples referencias de los motivos del rechazo) para negarse a ver a su padre (al margen de otras valoraciones) y que la madre (apelante) intentó que su hijo fuera de visita con su padre, pero las ocasiones en que acudió (tres) el rechazo hacia don X se llegaba a verbalizar en presencia de éste y la conducta obstativa del joven hacía que la madre no tuviera otra alternativa que acceder a lo manifestado por su hijo: No se observa el dolo, la voluntad de incumplir; ni es de exigir a una madre un acto de fuerza (física o psíquica) para obligar a un adolescente a acudir en el modo descrito («X le decía que prefería morirse a ir» ... acta de juicio; «no podía llevarle a rastras ...» declaración en instrucción.– folio 234, además de la manifestación recogida en esa página relativa a las amenazas de su hijo con suicidarse si le llevaba con su padre).

Ni compartimos la existencia del «denominado» síndrome de alienación parental (ya se ha explicado más arriba, y la literatura científica al respecto es abundante, además de múltiples referencias en informes periciales sólidos) ni que, en este caso concreto, doña X manipulara a su hijo para que rechazase relacionarse con su padre: Existen unas vivencias y una serie de episodios objetivados que difícilmente se solucionarán con el recurso a la fuerza (folio 202 de las diligencias) como hemos expresado en múltiples ocasiones (en otros procesos de similar efecto) en que se acude a la (insita) fuerza del poder judicial para imponer relaciones, sentimientos, afectos.

En las fechas en que consta (folios 615 a 657) no consideramos sino que X manifestó su voluntad, sin que, por todo ello sea atribuible a su madre el delito de desobediencia por el que ha sido condenada: Cuando se está planteando el conflicto que se evidencia, el mal causado (privación del derecho del padre, incumplimiento de la resolución judicial) parece de inferior entidad que el que se trata de proteger (el equilibrio del hijo que, con su padre ha tenido la relación que se deriva del procedimiento núm. 168/98 del Juzgado de lo Penal, y la amenaza de suicidarse, entre otros aspectos) no habiéndola provocado la madre.

Cierto es que la Jurisprudencia es reacia a dotar a estas situaciones del efecto de eximir de responsabilidad a la acusada, pero no lo es menos que cuando la salida al conflicto normativo y existencial planteado se ve de la dificultad de la observada en el presente, no podemos cerrar el paso a la decisión de absolución. Precisamente con la finalidad de posibilitar soluciones jurídicas conformes con el principio de la dignidad humana. En todo caso, y siendo esta consideración relacionada con otro de los elementos del delito, el primero reseñado: el dolo, lo consideramos ausente en este supuesto.

GUARDA Y CUSTODIA

No se accede al cambio de custodia, pero se advierte a la madre que un nuevo incumplimiento del régimen de visitas se considerará un grave perjuicio para aquélla y dará lugar a la modificación automática de la guarda y custodia de la hija en la propia fase de ejecución.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 22 DE MADRID, SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Prieto y Fernández-Layos

De lo actuado en el presente procedimiento, y por lo que respecta al litigio central del mismo cual es la modificación de la custodia de la hija menor de edad, resulta dable considerar que la acreditada conducta incumplidora de la madre demandada en orden al régimen de visitas paterno-filial y su continuo trasiego institucional buscando juicios paralelos e interponiendo quejas infundadas, en un intento baldío de justificar su anormal comportamiento, sólo podría dar lugar al cambio pretendido si el interés superior de la niña en su desarrollo psicoafectivo así lo exigiera, lo que no ha quedado acreditado en estas actuaciones ni a la luz de la exploración judicial de ni, especialmente, a la luz del informe pericial psicosocial elaborado por el equipo técnico adscrito a este Juzgado y su ratificación –que se valoran positivamente– sobre este particular y se tienen aquí por enteramente reproducidos en evitación de repeticiones innecesarias, medios de prueba que lo que precisamente determinan es que las causas que motivaron en su día la encomienda a la Sra. de la guarda y custodia de la hija no han quedado aún desvirtuadas por el lamentable devenir de los acontecimientos y siguen respondiendo de momento al beneficio último de la menor, sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente fundamento de derecho; todo ello en consonancia con lo interesado por el Ministerio Fiscal en estos autos y en virtud de la privilegiada posición que al Juzgador otorga el principio de inmediación.

Por lo que respecta al régimen de visitas paterno-filial, no se ha acreditado en autos causa concluyente alguna que determine su modificación o suspensión, sino más bien su cumplimiento íntegro e inmediato en interés de la niña y en salvaguarda de su derecho a relacionarse con su padre de una forma normalizada, lo que la madre hasta la fecha ha impedido sin motivo jurídico alguno, debiéndose en consecuencia advertir expresamente a la Sra., desde ya, que cualquier nuevo incumplimiento del régimen de visitas por su parte tras la notificación de esta sentencia, se considerará un grave perjuicio para aquélla y dará lugar a la modificación automática de la guarda y custodia de la hija en la propia fase de ejecución de dicha resolución, pasando a ser ostentada por su padre, quien, según el informe psicosocial arriba aludido, se encuentra plenamente capacitado para ello, dándosele así a la menor la oportunidad de conocerle como persona y crear criterio propio sin influencias negativas maternas que distorsionen tan directa relación; todo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de lo fundamentado en el Auto de ejecución de la Audiencia de Madrid de fecha 27 de junio de 2006.

GUARDA Y CUSTODIA

Cambio de custodia a favor del padre al quedar acreditada la predisposición de la madre a no permitir y poner todo tipo de trabas a que la menor pueda tener una sana y saludable relación con su padre y hermanos. No se acuerda la custodia compartida dado el desequilibrio psicológico por el que aún se encuentra en tratamiento la madre.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco de Asís Serrano Castro

Ejercita el demandante una acción de modificación de medidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 775 de la LEC, solicitando, en concreto, la revisión de una medida transcendental para la hija común de los litigantes ya que se interesa el cambio del régimen de guarda y custodia de la misma. Evidentemente esa pretensión para poder prosperar ha de contar con unos elementos consistentes y objetivos de prueba que pongan de manifiesto que se ha producido un cambio sustancial de circunstancias, cumpliéndose además de los requisitos comunes a toda solicitud de modificación, los siguientes:

a) Incapacidad acreditada del progenitor custodio. Para que se conceda la modificación es necesario que se acredite la incapacidad del progenitor custodio o que su conducta sea perjudicial para el menor. Dentro de este apartado se pueden incluir los casos en los que el progenitor custodio está aquejado de una enfermedad nerviosa o necesite tratamiento psiquiátrico.

En el presente caso, lo cierto es que la madre ha evidenciado esa inidoneidad, causando un perjuicio y victimización a su hija a quien de manera reiterada e injustificada, haciendo oídos sordos de los requerimientos y advertencias judiciales, ha venido privando de su derecho de contacto y relación con su padre y hermanas mayores. Claramente se aprecia que la Sra. ... ha sufrido una situación emocional de frustración no superada y despecho hacia el padre de su hija, un odio visceral que ha reconducido a través de la propia niña, confundiendo maltrato psicológico con su propia sintomatología ansioso-depresiva compatible con un diagnóstico de reacción adaptativa mixta, tal y como consta en el informe de la Dra. ... (Equipo de Salud Mental Oriente) de 27 de mayo de 2008.

Aun cuando por el Equipo Psicosocial no se haya detectado síndrome de alienación parental, sí se ha apreciado un conflicto de lealtad que, no se ha de obviar, se ha originado por la actitud obstaculizadora de la madre a la existencia de una relación paterno-filial normalizada. Se ha de tener en cuenta que se distinguen tres niveles de severidad de SAP (leve, moderado y grave), según la intensidad de las manifestaciones del niño, sin que en el presente caso el fenómeno de polarización y rechazo a la figura y familia paterna, se haya, afortunadamente, consolidado.

Mas lo cierto, es que, ante los antecedentes (falsas supuestas denuncias, por las que ahora se la enjuicia, condenas por desobediencias, persistencia contumaz a no cumplir los requerimientos judiciales) ha quedado más que de manifiesto, su predisposición a no permitir y poner todo tipo de trabas a que su hija pueda tener una sana y saludable relación con su padre y hermanos. La niña se encontraba en plena fase de elaboración de una SAP, que, si no se ha consumado, ha sido por la intervención judicial que, en cumplimiento del apercibimiento desatendido, como medida cautelar ya adoptó la medida terapéutica del cambio de guarda y custodia.

b) Capacidad acreditada del progenitor que solicita la modificación. Ha quedado demostrado esa capacidad, desde el instante en que la niña ha tenido una rápida y positiva integración en el núcleo familiar paterno. ... se encuentra en un clima familiar adecuado, estable y seguro. De ahí que en las conclusiones del informe psicológico emitido por el Equipo Psicosocial se aconseje que, de momento, no se modifique la actual situación de guarda y custodia.

c) Cambio beneficioso para el menor. Principio del *favor filii*. Para que se admita la modificación de la atribución de la guarda y custodia será necesario que se cumpla un tercer requisito (el más importante):

Que la situación que nazca de la modificación de las medidas no sea más perjudicial para el menor que la situación existente. No se debe cambiar una situación que hasta el momento ha dado buenos resultados. Así parece entenderlo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12.ª, 28 de abril de 2003. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sec. 5.ª, 30 de julio de 2003, no obstante de reconocer la satisfactoria

situación en la que se ha encontrado a la menor termina accediendo a la pretensión de la parte actora.

Con esta exigencia se trata de garantizar y proteger el interés del menor. Si el menor está adaptado a la actual convivencia e integrado socialmente o en un centro escolar, lo más beneficioso para el menor es permanecer en esa misma situación. Es menos perjudicial requerir al progenitor custodio para que subsane las deficiencias existentes, que el menor reinicie una nueva vida. En este caso, el interés del menor coincide con el mantenimiento de su *statu quo*, con su estabilidad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 5 de octubre de 1999 declara que el beneficio e interés de los hijos debe ser la piedra angular sobre la que gire la decisión judicial. En las situaciones de crisis matrimonial, las medidas relativas al cuidado de los hijos han de estar inspiradas por el principio de *favor filii* elevado a rango constitucional-principio de protección integral de los hijos del artículo 39.2 de la Constitución Española, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sec. 5.ª de 30 de julio de 2003. Se ha de procurar la satisfacción del beneficio o interés de los menores, por encima incluso de los legítimos intereses de sus progenitores.

A la vista de lo expuesto, de la prueba practicada y los antecedentes que han precedido a esta resolución, también se refleja ese requisito, más aun cuando ante la proximidad de domicilio de los progenitores, la niña no habrá de cambiar ni de colegio ni de entorno de convivencia, pudiendo ello servir (si padre y madre ponen de su parte) para reducir el actual grado de conflicto de lealtad que padece.

Concurren, por tanto, los requisitos para el cambio de guarda y custodia propuesto por el demandante, sin que, de momento, se estime que concurran factores, teniendo en cuenta el mentado principio de *favor filii*, para establecer un régimen de custodia compartida. Dado el desequilibrio psicológico que padece la Sra. ..., y por el que aún se encuentra en tratamiento, no se considera recomendable ni factible ese régimen con el que, aun siendo partidario este juzgador por entender que es el más beneficioso para los menores al facilitar el ejercicio responsable de la paternidad y maternidad tras la ruptura de pareja, no obstante ello no es óbice de que ese convencimiento decaiga cuando concurren factores y circunstancias que lo desaconsejan en interés del menor.

Al respecto la Sentencia de fecha 6 de junio de 2008 dictada por la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla (recaída en autos 799/2006 de este Juzgado), literalmente establece:

«Con relación a la petición de custodia compartida hemos de tener en cuenta que como hemos declarado en otras ocasiones si bien es cierto, que el artículo 92.5 de nuestro Código Civil prevé la posibilidad de que se acuerde la custodia compartida ante la solicitud de consenso por ambos progenitores y sólo excepcionalmente sin consenso con informe favorable del Ministerio Fiscal y en interés del menor (artículo 92.8 del mismo texto legal); también lo es, que para el éxito de una custodia compartida se requieren una serie de condiciones: bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena cooperación y comunicación entre ellos, estilos educativos similares o compatibles, respeto entre los mismos, así como inexistencia de excesiva judicialización de los procesos familiares, que permitan, todas ellas, un adecuado desarrollo de las facultades intelectivas y afectivas del menor en base al principio del *favor filii*, circunstancias que no concurren en el presente caso como se deduce del interrogatorio de las partes en el acto de la vista y de la documental aportada, deduciéndose de la misma un alto grado de conflictividad entre los padres que supondría en caso de accederse a la petición de custodia compartida, un semillero de conflictos, motivos estos por los que la jurisprudencia viene estimando que la custodia compartida es un régimen excepcional, al que sólo debe accederse en caso de que ambos progenitores estén de acuerdo en llevarlo a efecto, ya que es imprescindible una buena comunicación entre ambos, que en el presente caso se dificulta igualmente con el domicilio en localidades distintas de los dos progenitores».

Sin embargo, atendiendo a las recomendaciones y orientaciones contenidas en las conclusiones del informe del Equipo Psicosocial, para ayudar a la menor o resolver el conflicto de lealtad y la sensación de culpa que presenta, se ampliará el actual régimen de visitas con la madre, de forma que pernocte un día entre semana en su domicilio, atendiendo también a que la Sra. Artero tiene disponibilidad para ello puesto que tiene un horario laboral de tarde.

Por último, a la vista de la conflictividad existente entre ambos progenitores, se indica que sería conveniente que se sometieran voluntariamente a un proceso terapéutico. En todo caso, la situación familiar se volverá a revisar transcurridos seis meses por parte del Equipo Psicosocial a fin de valorar el estado emocional y las necesidades psicológicas que pueda plantear la menor ante su nueva realidad familiar y los posibles desajustes que se hayan podido producir. Recomendación contenida en las conclusiones del informe emitido por dicho Equipo Psicosocial.

GUARDA Y CUSTODIA

En interés de la menor y para reducir el nivel de rivalidad parental, se acuerda omitir, de forma consciente en el fallo de la sentencia, el término de «atribución de custodia» acordando un sistema de corresponsabilidad parental, lo que hace innecesario tener que escoger entre un modelo de custodia exclusivo u otro de custodia compartida.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco de Asís Serrano Castro

En el presente asunto resulta obvio que el objeto principal de debate se ha centrado en determinar un aspecto esencial en la vida de la auténtica protagonista del procedimiento, es decir la hija de los litigantes, ... Sus progenitores, descartando la posibilidad de alcanzar una decisión, sin vencedores ni vencidos, que garantizara el interés y bienestar futuro de la niña, en una auténtico ejercicio de corresponsabilidad responsable, se han empeñado en judicializar ese aspecto trascendente, en un tira y afloja sobre la medida de atribución de la guarda y custodia. Ambos se han sumergido en un conflicto en el que la estrategia bélica ha sido destacar las propias virtudes, resaltando a la par los defectos y miserias morales del contrincante. Evidentemente en esa guerra, la madre (lo que ha parecido ignorar el Equipo Psicosocial) cuenta con una posición de privilegio que ha sabido explotar, partiendo de prejuicios sexistas y del hecho de ser ella, quien como madre lactante, sólo podría satisfacer los intereses y el deber de cuidado de su hija.

Se comparte, por tanto, en parte, la crítica que la representación legal del Sr. ... realiza en su escrito de conclusiones, de que el auxilio judicial solicitado con el informe requerido al Equipo Psicosocial, no ha visto cumplido las expectativas depositadas en la elaboración de dicho informe.

Y se dice en parte, porque lo cierto es que en ese informe (en sus aspectos psicológico y social) ha puesto de relieve un hecho que, de por sí, ya era notorio pero que se ha terminado de clarificar: Que no nos encontramos ante un padre y madre modélicos y ejemplares, aun cuando ellos estén convencidos de lo contrario. Ambos tienen sus mermas y limitaciones (es decir, como todo el mundo), distando de ser perfectos debiendo ser reprochado el padre que, con entelequia o sin ella, lo cierto es que demuestra una idealización conceptual de la paternidad que resulta incompatible con la realidad, con el día a día que requiere la atención de un niño o niña, cuyos concretas necesidades, serán las que determinen que esa abstracción que persigue la perfección, se vaya ajustando y adaptando, en paralelo a un intrínseco ejercicio de humildad, a esa cotidianidad del niño que llora, de las noches de insomnio, del niño que no come... lo que compensará con creces la ternura y satisfacción que, para, un padre responsable, comporta asumir esas funciones nutrientes del hijo o hija.

En cuanto a la madre, también se descarta que sea un modelo de perfección, pues se presenta como madre inestable, insegura, que precisa validarse en los demás, que se define incapaz de superar la desaprobación de pareja y que vive la maternidad como un acoso permanente por el hecho de que la hija tiene padre conocido que quiere ejercer de tal. Se considera importante tal análisis de la madre, pues ello conecta con el principal elemento de reproche que se debe hacer a la Sra...., pues ese acoso que le provoca un sufrimiento y estrés permanente, se produjo desde el instante en que su hija no fue fruto de una fecundación in Vitro, sino fruto de una consentida relación de pareja y de un padre conocido, aun cuando incluso ese dato innegable intentó ser ocultado ya que la madre negó el reconocimiento de la paternidad al padre e inscribió a la hija como madre soltera.

Lo cierto, por tanto, es que se ha apreciado por su parte una, consciente o inconsciente pero real predisposición a impedir que el padre pudiera salir de su abstracción y entelequia intelectual con relación al hecho de la paternidad. En un primer momento trasladando con celeridad su residencia desde Sevilla a Marbella, después justificando el contacto entre padre e hija en base a una lactancia materna, que, aunque en principio, pudo resultar un argumento razonable y en interés de la niña, después y cuanto está a punto de cumplir dos años, se antoja como mero pretexto que, en todo caso, perjudicaría a su derecho a tener una fluida y habitual relación sin restricciones, con su padre. Después, esa predisposición y obstaculización se ha puesto de manifiesto al provocar la dilación del procedimiento, pues hasta en tres veces ha tenido que ser llamada a la práctica de la prueba pericial por parte del Equipo Psicosocial. Incluso el proceso de mediación iniciado se frustró por una denuncia interpuesta contra el Sr. ...

Mas con todo, con la valoración que se muestra mayor disconformidad es con la que se refleja en el informe psicológico, a tenor de la cual se califica al padre como «sujeto que exhibe un muy significativo nivel de autocentramiento y también una imagen distante respecto a los roles sexuales tradicionales». Al respecto habría de preguntarse si esa afirmación sólo responde a un tópico social ya superado y que sanciona el compromiso y voluntad de un padre de compartir (solicitando custodia compartida) el cuidado, atención y crianza de su hija de corta edad (ahora ... tiene 22 meses). Desde luego el Sr. ... puede mostrar «una actitud inflexible y de afán por controlar todo lo relacionado con la hija, lo que le provoca desconfianza respecto a la competencia parental de la Sra ..., con quien parecer mantener una relación de "rivalidad parental" (folio 5 del informe psicológico)». Indudablemente para alcanzar esa última conclusión, y además no sólo respecto del padre sino también de la madre, no hubieran hecho falta (como vulgarmente se dice) alforjas, ni por tanto, que haber sometido el conflicto familiar a un informe pericial especializado. Este juzgador ya era consciente de esa relación de «rivalidad parental», y en cuanto a la otra afirmación, se ha de insistir en que el movimiento se demuestra andando, y que, por tanto, ese supuesto afán de control y rigidez cognitiva, sólo podría contrastarse si se permitiera que el padre pudiera, realmente, ver cumplida su legítima expectativa de participar en el cuidado, crianza y desarrollo madurativo de su hijita. Afán este, que lejos de valorarse positivamente, sirve de elemento descalificador, incomprensiblemente, en el informe psicológico.

En definitiva la paternidad se ha de entender como algo más que un mero hecho biológico. Es un hecho cultural que acaece en un proceso de construcción y definición social acerca de lo que se considera que es la paternidad y la maternidad. Ambas realidades se construyen en el entramado de las relaciones humanas. La propiedad más importante del ser humano es su capacidad de formar y mantener relaciones, sin las cuales no se puede dar la sobrevivencia y el aprendizaje. Dentro del círculo interno de las relaciones íntimas, personales, quedamos vinculados o adheridos unos a otros. En estos cúmulos de relaciones se construyen esas realidades: paternidad, maternidad y vinculaciones.

A tenor de todo ello, dada la rivalidad parental apreciada (incluso, como se ha dicho en el citado informe pericial), lo cierto es que lo que corresponde a este Tribunal es intentar reducirla. Por ello en la parte dispositiva de esta resolución, se omitirá, de forma consciente, hacer referencia expresa al término de «atribución de custodia» y con la finalidad, se insiste, de eliminar, o al menos reducir, la carga e impacto emocional que es fuente y origen de conflictividad familiar. Por consiguiente, dada la polémica y actitud beligerante de ambos progenitores, se entiende conveniente desligar esa conflictividad de cuestiones meramente terminológicas, procurando compatibilizar el legítimo interés de ambos progenitores con el de mantenimiento de una real y efectiva situación de corresponsabilidad parental, lo que hace innecesario tener que escoger entre un modelo de custodia exclusivo u otro de custodia compartida.

Esta decisión, especialmente, se adopta en beneficio de la hija menor, entrañando una solución ecléctica, pues implica una distribución de funciones parentales que aún sin alcanzar ni reunir las características de un modelo de custodia compartida, se aproxima a los aspectos positivos que reporta para los hijos, superando los límites y fronteras de un modelo de custodia exclusiva, pues a la postre, no existen compartimentos estancos que separen uno de otro. En este sentido ya se ha pronunciado este Juzgado en Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2007 (Autos núm. 421/2006), y Sentencia de 21 de febrero de 2007 (Autos 1378/2005) confirmando ese criterio la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia de fecha 31 de marzo de 2008, recaída en ese último procedimiento.

Mas aun, teniendo también en cuenta que el padre, en ese afán de estar más cerca de su hija, ha fijado su residencia habitual en la Costa del Sol (Marbella). En todo caso no cabría un régimen de custodia compartida dado que el Fiscal (a tenor de la reforma operada en el artículo 92 del Código Civil por la Ley 15/2005) se ha opuesto a su establecimiento, en base a la alta conflictividad apreciada entre los litigantes y nula comunicación entre los mismos.

Razón, por ende, que propicia la solución ecléctica apuntada, pues, en definitiva, al margen de esa manifiesta y reiterada rivalidad y nivel de conflicto entre ambos progenitores, su falta de entendimiento, se deduce que ambos reúnen condiciones de capacidad e idoneidad para asumir, en condiciones de plena igualdad, el cuidado y crianza de su hija, una vez concluido el período de lactancia materna en el que, además ambos mostraron conformidad en que se prolongara durante el mayor tiempo posible.

El interés de la pequeña exige un esfuerzo a los dos progenitores para que mejoren su nivel de comunicación y reduzcan su nivel de recíproca desconfianza y conflicto, pero en todo caso, es ella la que, en aras a un adecuado desarrollo, exige que desde temprana edad tenga derecho a disfrutar de un padre y de una madre.

En el fallo de la sentencia se acuerda:

1. Ambos progenitores ejercerán compartida y conjuntamente la patria potestad sobre su hija ..., asumiendo ambos la plena corresponsabilidad parental sobre la misma.

2. La niña convivirá y quedará en compañía habitual de su madre.

3. El padre se relacionará, comunicará y permanecerá con su hija conforme a un régimen de convivencia flexible que habrán de convenir ambos progenitores, en el objetivo común de preservar y garantizar la felicidad, estabilidad, bienestar e interés de ... En todo caso a fin de asegurar el derecho irrenunciable de la niña a ese contacto fluido con su padre, con carácter mínimo y subsidiario se acuerda que permanecerá en su compañía, los fines de semanas alternos desde las 14 horas del viernes hasta las 10 horas del lunes, los martes de 17 a 21 horas y los miércoles desde las 14 horas hasta las 10 horas del jueves reintegrándola al domicilio materno. Por último la niña permanecerá con su padre durante la mitad de las vacaciones atendido al correspondiente horario escolar, de Navidad, Semana Santa y en verano durante los meses de julio y agosto, distribuidos en quincenas alternas. En caso de discrepancia sobre el período vacacional, en los años pares el primer período le corresponderá a la madre y el segundo período en los años impares, y a la inversa en lo que respecta al padre. Las entregas y recogidas de la niña se efectuarán por el padre en el domicilio materno, sin perjuicio de que cuando comience a acudir a la guardería o colegio, las recogidas de los viernes y miércoles se efectúen a la salida del centro y las entregas de lunes y jueves a la entrada en el mismo.

4. El Sr. ... contribuirá a los alimentos ordinarios de su hija (incluidos gastos de ropa, material escolar, guardería y colegio), abonando a la madre dentro de los primeros cinco días de cada mes, una pensión por importe de 450 euros, cantidad que se actualizará conforme al IPC del INE.

Ambos progenitores contribuirán por mitad a los gastos extraordinarios que genere el cuidado, educación y atención sanitaria de su hija no cubiertos por la Seguridad Social. Por tales gastos se entenderán los que resulten excepcionales, imprevisibles, necesarios, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores y que sean consensuados expresa o tácitamente.

Revista de Derecho de

familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Al haberse atribuido en el Convenio regulador a la esposa e hijos el uso del domicilio conyugal y habiéndose adjudicado el mismo en propiedad al 50% entre ambos cónyuges no se inscribe el citado convenio dado que en las adjudicaciones se reconoce a la esposa «un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar del que disfrutará como mínimo hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente», dada la distinta naturaleza de uno y otro derecho y la necesidad de evitar el confusionismo.

RESOLUCIÓN DE 5 DE JUNIO DE 2008

Se presenta en el Registro testimonio de Sentencia de divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges. En dicha Sentencia se aprueba el Convenio regulador propuesto por los mismos. En dicho Convenio, aparte de otras disposiciones que ahora no interesan se adjudica la propiedad de la vivienda familiar en pro indiviso, correspondiendo el 50% a favor de cada uno de los cónyuges. Además, en la estipulación primera se establece: «Se atribuye a la esposa y a los hijos el uso del domicilio conyugal», y en las adjudicaciones, después de atribuir el 50% pro indiviso de dicha vivienda a la esposa, se le adjudica «un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar del que disfrutará como mínimo hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente». Igualmente, después de hacer adjudicación idéntica a favor del marido, se dice: «reconociendo a la Sra. G. un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente».

El Registrador de la Propiedad califica de la siguiente forma: Hechos. 1.º Con fecha diez de diciembre de dos mil siete fue presentado en el Libro Diario 23, asiento 1603, testimonio de la Sentencia dictada el 23 de noviembre de 2005, en autos de 559/2005 ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. Dos de Cangas, así como del convenio regulador pactado el 21 de octubre de 2005 por los cónyuges don J.M.S.G. y doña M.C.G.A., aprobado en dicha sentencia. Se acompaña además certificación de matrimonio expedida el 29 de noviembre de 2003 por el Juez de Paz encargado del Registro Civil de Moaña, de la que resulta la inscripción en dicho Registro de la expresada sentencia, así como el carácter firme de la misma. 2.º En el referido convenio regulador, y de acuerdo con la estipulación primera, don J.M.S.G. y doña M.C.G.A., atribuyen a esta última y sus hijos –doña L.N. y doña S.G.S.G., según consta en el exponiendo segundo– el uso del domicilio conyugal –que es la finca registral 6317 del municipio de Moaña–, estableciéndose sobre el mismo un derecho de usufructo a favor de la esposa e hijos, hasta que éstos sean mayores de edad independientes económicamente. Sin embargo, según la estipulación sexta, relativa a la liquidación de la sociedad de gananciales, se adjudica a doña M.C.G.A. el 50% indiviso de la vivienda familiar así como un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar del que disfrutará como mínimo, hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente, y a don J.M.S.G., el otro 50% indiviso de la vivienda familiar, reconociendo a doña M.C.G.A. un derecho de usufructo sobre la misma hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente; no se hace, por tanto, referencia en dichas adjudicaciones, a que los hijos del matrimonio tengan también la condición de usufructuarios de dicha vivienda. Fundamentos de derecho. Considerando que, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, en las inscripciones se hará constar, entre otros extremos, la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe, lo que implica que se haga expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho, no expresándose, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real; así como la persona a cuyo favor se haga la inscripción, identificándose las personas físicas expresando su nombre y apellidos,

el documento nacional de identidad, si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa, si es soltero, casado, viudo, separado o divorciado, y, de ser casado, y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos de la sociedad conyugal, el régimen económico-matrimonial y el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge, la nacionalidad y vecindad civil del sujeto y el domicilio con las circunstancias que lo concreten. En el mismo sentido, el principio de determinación de nuestro Derecho Hipotecario exige que en toda inscripción conste claramente cual es el derecho a que la misma se refiere, así como las personas a cuyo favor deba practicarse la inscripción. Considerando que, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1998 –en relación con un supuesto de derecho de uso sobre la vivienda familiar a favor de los hijos, de modo que fallecida la esposa durante la convivencia de los hijos con ella podrán los hijos, juntos o individualmente, seguir ocupando la vivienda mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico–, pone de manifiesto la indeterminación de dicho derecho de uso, lo que no sólo pone en entredicho su alcance sino también su propio carácter real, lo que impediría su reflejo registral. Considerando que, según la misma Resolución, la aprobación judicial que el artículo 90 del Código Civil exige para los acuerdos adoptados por los cónyuges al regular las consecuencias del divorcio, no se predica respecto a las previsiones de exclusiva índole patrimonial que afecten únicamente a los cónyuges, pero sí a aquellos acuerdos que afecten a los hijos. Calificación. Se deniega la inscripción del precedente documento por no poder identificarse con claridad las personas a favor de quienes se constituye el derecho de usufructo sobre la finca 6317 de Moaña, a favor de doña M.C.G.A. y sus hijos –caso en el que además faltaría consignar las circunstancias personales de estos últimos– o únicamente a favor de doña M.C.G.A.; y además por no quedar claramente determinada la extensión de dicho usufructo, al quedar vinculada la duración del mismo a que los hijos del matrimonio alcancen la mayoría de edad y la independencia económica, extremo este último de una gran imprecisión. Contra esta calificación, realizada con fecha de hoy, podrá interponerse recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de notificación de esta calificación, mediante escrito presentado en este Registro, en cualquiera de los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en cualquier otro Registro de la Propiedad, conforme a lo dispuesto en los artículos 66 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria. También cabe instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis de la Ley Hipotecaria en el plazo de quince días desde la notificación. Cangas, a 28 de diciembre de 2007.–El Registrador, Manuel Crespo López.

La esposa antedicha recurrió alegando que la fecha de nacimiento de los hijos figura en el exponendo segundo del Convenio, y, en cuanto al fondo, alegando en su favor las Resoluciones de este Centro Directivo de 19 de enero y 17 de febrero de 1993, 25 de junio de 1998 y 28 de mayo de 2005.

El Registrador emitió el informe reglamentario el 10 de marzo de 2008, elevando el expediente a este Centro Directivo.

Respecto a la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, la doctrina científica y la de este Centro Directivo (*vid*. Resoluciones citadas en el «vistos») lo han calificado como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil). Por ello, respecto a tal derecho de uso no es exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen para la inscripción de los derechos reales.

Sin embargo, en el presente supuesto, el convenio regulador, después de decir que «se atribuye a la esposa y los hijos el uso del domicilio conyugal» (estipulación primera), en las adjudicaciones se atribuye a la esposa el 50% indiviso de la vivienda familiar, expresando además que «asimismo, se le atribuye expresamente un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar del que disfrutará como mínimo hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente», con lo cual se produce un confusionismo que no se compadece con el principio de especialidad, y, sobre todo, con la claridad en la extensión del derecho que se inscribe (cfr. reglas 5.ª y 6.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario) que exige la legislación hipotecaria, dada la distinta naturaleza del derecho real de usufructo y el derecho familiar al uso de la vivienda habitual. Es de todo punto necesario que los cónyuges determinen la naturaleza del derecho que se constituye.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción de un convenio regulador al haberse incluido en la liquidación bienes privativos de los cónyuges. La vivienda se adquirió por el esposo en estado de soltero y se terminó de pagar constante el matrimonio, por lo que teniendo carácter privativo la parte que se abonó antes de contraerse el matrimonio, no puede adjudicarse la totalidad del inmueble a la esposa.

RESOLUCIÓN DE 31 DE MARZO DE 2008

En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad testimonio de la sentencia dictada en procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo que declara disuelto el matrimonio de los cónyuges demandantes y aprueba el convenio regulador aportado a los autos en el que se liquidaba la sociedad de gananciales, con la circunstancia de que algunos de los bienes inventariados eran privativos de uno de los copartícipes y se adjudican en la liquidación al otro copartícipe no titular.

La Registradora de la Propiedad suspende la inscripción con base a dos defectos:

Según el primero de ellos, dado que el procedimiento del que deriva el título inscribible tiene por objeto la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre las partes, la atribución a uno de los cónyuges, en virtud de tal liquidación, de unas fincas que no forman parte de dicho patrimonio ganancial, sino del patrimonio privativo de uno de ellos, supone la incongruencia entre el mandato judicial y el procedimiento utilizado, pues dicha pretensión excede del objeto del mismo, y si los interesados desean liquidar otros bienes que no sean gananciales, no pueden utilizar este procedimiento.

Y según el segundo defecto, las plazas de garaje señaladas con los números 16 y 17 del inventario, es necesario que sean identificadas con número de plaza, participación y datos registrales (artículo 51 del Reglamento Hipotecario).

Los interesados recurren contra la anterior calificación, con base en los argumentos que se han consignado en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

El alcance de la calificación de los documentos judiciales ha sido objeto de numerosos pronunciamientos de esta Dirección General, que, como consecuencia de lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, ha declarado que si bien no compete al Registrador entrar en el fondo de las resoluciones judiciales, sí puede y debe examinar la competencia del Juzgado o Tribunal, la congruencia del mandato judicial y los obstáculos que surjan del Registro.

Y según la doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, Resoluciones de 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y de que éste ha sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación (lo mismo habría que entender respecto del divorcio); y ello porque se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado. Pero, como expresó la Resolución de 25 de octubre de 2005, esta posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida (por ello, según la última resolución citada, el convenio de adjudicación a un tercero en pago de deudas excede del ámbito del procedimiento utilizado así como de las operaciones liquidatorias propiamente dichas, y tiene un tratamiento jurídico distinto al del convenio regulador de la separación, por lo que será necesaria la formalización del negocio jurídico traslativo mediante la correspondiente escritura pública otorgada por los cónyuges y el adjudicatario).

Proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. artículo 1323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, puedan intercambiarse bienes privativos; ahora bien, puesto que el objeto de la liquidación es exclusivamente la división por mitad del haber resultante después de pagados los acreedores consorciales (cfr.

artículo 1404 del Código Civil), no puede entenderse que esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tengan como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio; habrá en ocasiones un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación –a su favor– de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa.

Pero lo que sí que es indudable es que lo anterior ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento (escritura pública otorgada por los interesados), y no pretender su inscripción en virtud de un negocio como el contenido en el título calificado, que lo es exclusivamente de liquidación de sociedad conyugal y cuya efectividad presupone, por tanto, el carácter ganancial de los bienes adjudicados (cfr. artículos 1397 y 1404 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria).

SUCESIONES

No se inscribe un acta de protocolización de operaciones particionales dado que estando las fincas inscritas con carácter ganancial es absolutamente insoslayable la intervención de los herederos de la premuerta esposa del causante, bien para prestar su consentimiento a las adjudicaciones que se realizan, bien para proceder a formalizar las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales.

RESOLUCIÓN DE 6 DE FEBRERO DE 2008

En el presente recurso interpuesto contra la negativa a inscribir un acta de protocolización de operaciones particionales realizadas por un contador partidor, y aprobadas judicialmente, en el curso de un procedimiento de prevención de *ab intestato*, debe señalarse, como cuestión previa que, conforme al artículo 326.1 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, lo que impide tomar en consideración aquellas alegaciones que estén basadas en documento diferente al en su día presentado y objeto de calificación, tal y como sucede con el que la recurrente reseña en su escrito (acta de declaración de herederos *ab intestato* de la premuerta esposa del causante) y que dice aportará en momento posterior y no ahora, sobre el cual, en su caso, habrá de recaer la correspondiente calificación, al margen de la que motiva este recurso.

Se plantea también en este expediente –una vez más– la delicada cuestión de precisar el alcance de la calificación registral frente a actuaciones judiciales.

Según doctrina reiterada de este Centro Directivo, el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los Registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al Registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan.

Ahora bien, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impediría dar cabida en el Registro a una extralimitación del Juez que entrañara una indefensión procesal patente, razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley) extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a los obstáculos que surjan del Registro, así como a las formalidades extrínsecas del documento presentado, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción.

En efecto, puede el Registrador rechazar la inscripción de un documento judicial sin por ello dejar de observar el deber constitucional de cumplir las resoluciones judiciales (artículo 118 de la Constitución), toda vez que dicho mandato debe cohonestarse con el principio también constitucional (artículo 24) de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de interdicción de la indefensión; de modo que debe rechazarse la inscripción de resoluciones judiciales si no consta

que en el respectivo procedimiento los titulares de derechos inscritos que resulten afectados han tenido la intervención prevista por las leyes para su defensa, evitando así que sufran en el mismo Registro las consecuencias de su indefensión procesal.

Estando las fincas inscritas en el Registro con carácter ganancial es absolutamente insoslayable la intervención de los herederos de la premuerta esposa del causante (los que efectivamente lleguen a serlo, pues los declarados como tales en el acta de notoriedad citada habrán de aceptar la herencia), bien para prestar su consentimiento a las adjudicaciones realizadas, bien para proceder a formalizar las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales. Esta última constituye necesaria operación preparticional, pues para determinar el haber hereditario se precisa la previa liquidación de dicha sociedad conyugal, lo que supone la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, ya que sólo después de tal liquidación, es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes (es entonces cuando la cuota que se predica globalmente respecto de la masa ganancial como patrimonio separado colectivo cederá su lugar a titularidades singulares y concretas), sin que en el reducido ámbito en que se desenvuelve este recurso quepa realizar mayores disquisiciones sobre la naturaleza ganancial, o no, de las deudas reseñadas, entre otras razones, porque no mediando la intervención de ambos consortes, o en su caso de sus herederos, no existe en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales, de modo que, faltando esa intervención, ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial, escapando por tanto tal apreciación de la calificación del registrador y del ámbito del recurso contra su calificación.

En conclusión, pues, a la vista del *petitum* del recurso (en el que se pide se revoque la calificación efectuada en el fundamento de derecho primero de la nota), este Centro Directivo necesariamente ha de desestimarlo sin que quepa entrar en el examen del resto de defectos consignados en la nota, si bien ha de hacer suyas las apreciaciones que realiza la Registradora en su informe con relación a las actuaciones procedimentales seguidas, toda vez que en la nota recurrida, por considerar subsanables los defectos referidos, acertadamente se acuerda la suspensión de los asientos solicitados, siendo también indudable que la anotación preventiva por defectos subsanables sólo puede practicarse en virtud de solicitud del interesado al Registrador y no de oficio.

SUCESIONES

No existe obstáculo para inscribir una escritura de donación en la que una persona transmitió a sus sobrinos una parte indivisa de una finca calificada como de suelo no urbanizable, dado que no se ha iniciado ningún expediente por infracción urbanística.

RESOLUCIÓN DE 30 DE ENERO DE 2008

Son hechos relevantes para la resolución de este recurso, los siguientes:

a) Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de donación por la que la dueña de una octava parte indivisa de una finca rústica, consistente en una unidad orgánica de explotación, dona esa participación a cinco sobrinos carnales por partes iguales.

b) El Registrador, una vez presentado el título en el Registro y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 79 del RD 1093/1997, de 4 de julio, remitió oficio a la Gerencia de Urbanismo del excelentísimo Ayuntamiento de Córdoba.

c) Con fecha 13 de julio de 2006, se recibe en el Registro oficio de la Gerencia en el que se establece que «... se considera un acto revelador de posible parcelación urbanística en suelo no urbanizable...».

d) Presentada de nuevo la escritura el 29 de noviembre de 2006, en unión de instancia en la que se solicita la inscripción sobre la base de que en el Registro «no existe presentado el documento acreditativo de incoación de expediente...», fue denegada la inscripción solicitada, de manera provisional, en tanto no se presente en el Registro el documento acreditativo de incoación del expediente a que se refiere el artículo 79 del RD 1093/1997.

Contra la anterior calificación recurrieron tanto el Notario autorizante como los otorgantes del documento, recursos que van a ser objeto de acumulación y resolución conjunta dada la íntima

conexión entre ellos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 exige que cuando del acto que se pretenda inscribir, surgiere duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, en los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable [en este caso el artículo 66 1.B) de la Ley de 17 de diciembre de 2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía] el Registrador, si no se aportare licencia urbanística (o declaración de innecesariedad), deberá actuar de la siguiente forma:

a) Debe poner en conocimiento del Ayuntamiento correspondiente, la transmisión presentada a inscripción, mediante la remisión de copia del título o títulos presentados, acompañando escrito con solicitud de que se adopte el acuerdo que, en cada caso, sea pertinente y con advertencia expresa de que en caso de no contestación se procederá con arreglo a lo establecido en ese mismo artículo. La remisión de la documentación referida se hará constar al margen del asiento de presentación (apartado 1).

b) Si el Ayuntamiento comunicare al Registrador de la Propiedad que del título autorizado no se deriva la existencia de parcelación urbanística ilegal, el Registrador practicará la inscripción de las operaciones solicitadas (apartado 2).

c) Si el Ayuntamiento remitiere al Registrador certificación del acuerdo del órgano competente, adoptado previa audiencia de los interesados, en el que afirme la existencia de peligro de formación de núcleo urbano o de posible parcelación ilegal, se denegará la inscripción de las operaciones solicitadas y el Registrador de la Propiedad reflejará el acuerdo municipal mediante nota al margen de la finca o resto de la finca matriz (apartado 3).

d) Transcurridos cuatro meses desde la fecha de la nota puesta al margen del asiento de presentación, prevista en el apartado 1 de este artículo, si no se presentare el documento acreditativo de incoación del expediente a que se refiere el apartado siguiente con efectos de prohibición de disponer, el Registrador de la Propiedad practicará la inscripción de las operaciones solicitadas (apartado 4).

De lo expuesto anteriormente, se deduce que no basta con que el Ayuntamiento tome el acuerdo (con audiencia de los interesados) en el que afirme la existencia de peligro de formación de núcleo urbano o de posible parcelación ilegal –con el consiguiente efecto de denegación provisional de la inscripción solicitada–, sino que será necesario que en el mismo momento o por acto posterior, el Ayuntamiento acuerde la incoación de expediente con efectos de prohibición de disponer y que ese acuerdo acceda al Registro dentro del plazo de los cuatro meses contados desde la nota marginal expresiva de la remisión inicial de la documentación al Ayuntamiento, porque de no ser así, el legislador ha previsto, sin duda por razones que tienen que ver con la necesidad de dar certidumbre a las situaciones jurídicas y celeridad al tráfico jurídico, que el Registrador deberá practicar la inscripción solicitada.

De acuerdo pues con esa doctrina, el recurso debe ser estimado, por cuanto cuando los interesados presentan nuevamente el título para su inscripción, han pasado más de cuatro meses desde la nota puesta al margen del asiento de presentación, sin que haya tenido acceso al Registro el documento acreditativo de incoación de expediente por infracción urbanística con efectos de prohibición de disponer, con la lógica consecuencia de que, el Registrador, debe proceder a la inscripción, sin perjuicio de que la Administración pueda incoar después el procedimiento de disciplina urbanística correspondiente, quedando asimismo abierta la vía judicial para impugnar la validez del acto cuyo acceso registral consideren improcedente, solicitando la adopción de las correspondientes medidas cautelares (anotación de demanda o de prohibición de disponer) que impidan que la inscripción despliegue todos sus efectos.

A ello no se opone el contenido de la Resolución de este Centro Directivo de fecha 7 de abril de 2005 (cuyo fundamento de derecho cuarto es invocado por el Registrador en defensa de su nota), por cuanto en ella se aludía al acuerdo municipal de la existencia de peligro de formación de núcleo de población o de posible parcelación ilegal, como fundamento de la denegación provisional de la inscripción solicitada, en tanto no se presentara en el Registro el documento acreditativo de incoación de expediente con efectos de prohibición de disponer, pero en modo alguno se aludía a los plazos en que ello debía tener lugar, ni se prejuzgaba las consecuencias y efectos que el incumplimiento de esos plazos conllevaría, sin duda, porque en el caso objeto de esa resolución ya había tenido acceso al Registro, antes incluso de la presentación del título en el que se formalizaba la transmisión, la resolución acordando la apertura del expediente.

Revista de Derecho de familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Problemática jurídica de los bienes y deudas que no se incluyeron en el inventario de la sociedad de gananciales

Es doctrina constante y reiterada de las Audiencias Provinciales que el momento procesal oportuno que tiene el solicitante del inventario para incluir en él bienes o deudas de la sociedad es con la propuesta inicial, desestimándose cualquier petición posterior. Respecto al cónyuge no solicitante de la liquidación, será la comparecencia de inventario la que marque temporalmente el límite de la inclusión de bienes o deudas. En este sentido es muy ilustrativa la SAP de Pontevedra de 6 de septiembre de 2007: «resulta incuestionable que la solicitud y propuesta de inventario inicial configura y delimita la pretensión deducida por el cónyuge promovente en el procedimiento de liquidación, es decir, al igual que toda demanda, es el acto procesal de parte que fija y determina para el actor el objeto procesal. Por consiguiente, el cónyuge promovente no puede, con posterioridad, pretender la inclusión en el inventario de bienes o derechos distintos a los allí consignados, pues ello implicaría una *mutatio libelli* totalmente proscrita por la prohibición expresa contenida, con carácter general, en el artículo 412 LEC, como consecuencia de los Principios Dispositivos, de Justicia Rogada y de Congruencia que rigen el proceso civil. Del mismo modo, y por idénticas razones, el cónyuge no promovente no puede, con posterioridad a la comparecencia prevenida en el artículo 809.1 LEC, pretender la modificación, inclusión o exclusión de partidas o conceptos no expresados en aquélla, ya que es precisamente en tal comparecencia cuando el cónyuge no promovente (demandada) efectúa el acto procesal de parte que fija para él, el objeto del proceso, como acontece con toda contestación a la demanda».

Igualmente debe tenerse en cuenta que el contenido de la propuesta de inventario vincula a la parte que lo formula, de tal forma que si incluye un bien en el activo, no podrá posteriormente solicitar su exclusión alegando que tiene carácter privativo. En relación con esta cuestión la SAP de Madrid, Sec. 22.ª, de 4 de octubre de 2002 señaló lo siguiente: «cabe precisar, y ello resulta esencial, que el propio recurrente, a través de su dirección letrada, con fecha de 29 diciembre de 2000, instó la liquidación de la sociedad de gananciales expresando la formación del inventario de bienes que comprendían el activo, incluyendo, con carácter ganancial, y en su totalidad, el inmueble de la calle de Illescas, de manera que tal afirmación, expuesta con carácter definitivo al momento de solicitar por vía judicial la liquidación del patrimonio ganancial, y puesto que a ello es evidente que no se opone la contraparte, supone una clara voluntad de otorgar el carácter ganancial a dicho inmueble, lo que no sería posible discutir, ni tan siquiera, en un hipotético procedimiento incidental sobre inclusión o exclusión de bienes». Esta misma vinculación debe predicarse del cónyuge demandado cuando solicita la inclusión de un bien en el activo dado que posterior-

mente no puede sostener que tiene carácter privativo.

En caso de existir controversia en la comparecencia de inventario en cuanto a la inclusión o exclusión de alguna partida, señala el artículo 809.2 de la LEC que se citará a los interesados a una vista continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. El objeto de la vista es exclusivamente la inclusión o exclusión de bienes o deudas que quedó concretado por el Secretario Judicial en la comparecencia de inventario. Por tanto, la parte que formuló su oposición en aquel momento, no puede ampliarla a otros bienes o deudas frente a las cuales nada se dijo entonces toda vez que se presume que sobre el resto de partidas hubo conformidad. Por mucho que se alegue el principio de economía procesal, es criterio jurisprudencial reiterado que en esta fase de la liquidación ya no pueden adicionarse partidas al activo ni al pasivo, fundamentalmente porque ello causaría indefensión a la parte contraria que se vería sorprendida con una adición no prevista inicialmente.

Esa doctrina nos lleva a preguntarnos qué pasa con los bienes que no se incluyeron en el inventario, o con los que se pretendieron incluir en el juicio verbal o en la fase propiamente de liquidación y se desestimó nuestra petición.

Los cónyuges siempre tendrán la posibilidad de solicitar una adición a la partición, pues así se lo permite el artículo 1079 del CC. La cuestión a decidir es cuándo pueden iniciar este procedimiento ¿Deben esperar a que finalice la liquidación o en cualquier momento pueden ejercitar la acción? Ni en el Código Civil ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece restricción temporal alguna para el ejercicio de esta acción, por lo que el cónyuge que olvidase en la comparecencia de inventario la inclusión de alguna partida del activo o del pasivo o que con posterioridad tuvo conocimiento del nuevo bien o deuda podrá presentar en cualquier momento su demanda de adición. Es más, lo recomendable es que se haga cuanto antes con la finalidad de que si se estima procedente la inclusión, se tenga en cuenta por el contador partidor en el momento de redactar el cuaderno particional. Si el proceso liquidatorio ya ha superado este trámite habrá que hacer una partición complementaria independiente.

Al ejercitar la acción hay que tener presente que cuando la omisión del bien o de la deuda es consciente y voluntaria, es decir, que los cónyuges tenían pleno conocimiento de la existencia de los bienes en el momento de realizar la liquidación pero decidieron no incluirlo, se viene aceptando la aplicación de la doctrina de los actos propios. La STS de 8 de julio de 1999 declaró que los acuerdos adoptados en el convenio regulador del artículo 90 del Código Civil «tienen una significativa fuerza vinculante para las partes, en el sentido de que no habiéndose acreditado ninguna causa que vicie el consentimiento prestado, deberá prevalecer el contenido de los mismos» (todo ello en examen de la acción emanada del artículo 1079 del Código Civil) y la no inclusión en las operaciones particionales de bienes o valores cuya existencia es perfectamente conocida por todos los herederos al tiempo de realizar la partición, debe ser interpretada, al menos en supuestos como el presente, en los que se trata de bienes o valores poseídos por uno de los herederos sin la oposición expresa del resto, como voluntad clara y terminante, aunque tácitamente manifestada, de excluir tales bienes o valores de la masa hereditaria, que no puede ser luego corregida sin que la corrección vulnere la doctrina de los actos propios. En la STS de 7 de abril de 1997 expresamente se alude a la doctrina de los actos propios a la hora de calificar la actuación de quien pretendía ir en contra de lo que había permitido y aceptado; la cual ha sido sancionada de antiguo por la jurisprudencia, cuyo apoyo legal es el artículo

7.1 CC teniendo declarado, en cuanto a su alcance, que «los actos propios contra los que no es lícito accionar son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla» (SSTS de 12 julio de 1990, 5 de marzo de 1991, 12 de abril de 1993 y 10 de junio de 1994, entre otras)».

También se ha aplicado la teoría de los actos propios cuando ambos cónyuges omiten voluntariamente del inventario un bien por considerarlo privativo y luego uno de los cónyuges, por vía de la acción de adición o complemento pretende otorgarle carácter ganancial. La AP de Álava, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 7 de mayo de 2007 aplicó este criterio: «La sentencia de instancia desestima la demanda al considerar que no es procedente la adición de herencia, fundada en el artículo 1079 del Código Civil, al tener como acto propio del actor el consentimiento otorgado en la partición de la herencia, con pleno conocimiento de los bienes que integraban el caudal hereditario dejado por doña Carina y la exclusión del inmueble de autos por ser privativo del padre. El actor se alza frente a la sentencia e insiste en las pretensiones iniciales dirigidas contra su hermana, alegando que la sentencia aplica la doctrina de los actos propios sin valorar la naturaleza ganancial del inmueble de autos. Alegación que carece de fundamento, pues con independencia de la mayor o menor extensión argumental sobre la condición jurídica del referido inmueble, en relación con la sociedad económico-matrimonial de la causante, lo cierto es que la Juzgadora niega el carácter ganancial del bien, al consentir los interesados en la herencia su exclusión de la misma con pleno conocimiento y conciencia de su existencia. Razones que evidentemente obvian cualquier indagación sobre la naturaleza privativa originaria del inmueble. Dicho en otros términos más directos, puede entenderse que los herederos y esposo de la causante consintieron y reconocieron por un hecho concluyente la naturaleza privativa de ese bien y en razón de ello se omitió tanto al liquidar la sociedad de gananciales como al partir la herencia causada por doña Carina. Hecho relevante y transcendente en el ámbito jurídico de las relaciones hereditarias, pues los actos propios, contra los que no es lícito accionar, son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. SSTS de 25 de enero, 4 y 10 de mayo de 1989 y 20 de febrero de 1990. Por tanto, cuando en determinada relación jurídica uno de los sujetos actúa de manera que produce en el otro una fundada confianza de que, por la significación de su conducta, en el futuro se comportará coherentemente, la buena fe actúa como límite del derecho subjetivo (artículo 7.1 del CC) y convierte en inadmisible la pretensión que resulte contradictoria con dicha precedente forma de proceder. SSTS de 21 de mayo y 18 de octubre de 1982, 7 de enero y 25 de mayo de 1984, 1 de marzo de 1988 y 28 de junio de 1989. Doctrina que la Juzgadora aplica correctamente, pues no cabe duda de que con la exclusión consciente y voluntaria del referido bien de la sociedad de gananciales y partición de herencia se creó una situación jurídica inmodificable».

En la Sentencia dictada por la Sec. 2.ª de la AP de Córdoba con fecha 13 de mayo de

2002, no se estimó la pretensión del esposo que reclamaba a la ex esposa el importe del préstamo ganancial abonado en exclusiva por él mismo tras la disolución de la sociedad de gananciales en base a la naturaleza contractual de las capitulaciones matrimoniales y la doctrina de los actos propios: «una lectura de la aludida escritura, nos revela que al no incluirse la deuda reclamada en el pasivo ganancial no puede considerarse como un mero olvido por varias razones. En primer lugar porque a la vista del volumen del patrimonio conyugal resulta difícil aceptar en buena lógica, que los contratantes hicieran caso omiso a una deuda de considerable cuantía económica, siendo lícito aceptar que la aludida omisión fue deliberada en razón a otras compensaciones como puede ser el escaso valor que se le otorgó a una finca rústica atribuida al esposo. Ello da base para concluir que de haber sido la voluntad de las partes tener presente la aludida deuda, la señora demandada no hubiera aceptado el pacto capitular. Pero sobre todo se ha de tener presente el contenido literal de la escritura en cuyo exponendo se nos indica que las partes quieren que «quede definitivamente disuelta y liquidada su sociedad de gananciales» y posteriormente en el apartado e) de la estipulación 6.ª, reiteran con más detalle el aludido propósito liquidatorio. Resulta particularmente significativo que el actor, Abogado en ejercicio, pudiere ignorar en aquel momento el contenido del artículo 1398.1 y el 1399 del CC».

Por lo que respecta al procedimiento a seguir para solicitar la adición a la partición, a falta de una previsión expresa del legislador, se barajan dos posibilidades, por un lado, aplicar el mismo procedimiento seguido para la liquidación de la sociedad de gananciales, esto es, el regulado en los artículos 806 y siguientes de la LEC, y por otro, el procedimiento declarativo que por cuantía corresponda.

Una encuesta jurídica sobre el particular, realizada entre miembros de la Carrera Judicial dio como resultado una opinión claramente mayoritaria a favor de seguir el procedimiento de los artículos 806 y siguientes de la LEC, frente a los que proponían acudir al cauce procedimental del juicio declarativo correspondiente según la cuantía. Igualmente en el Encuentro que tuvo lugar en Madrid en al año 2003 entre Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de Familia en el apartado séptimo se recoge al respecto que «En caso de ser necesaria la inclusión complementaria de bienes en el activo o deudas en el pasivo, se habrá de iniciar en relación con esos bienes un nuevo procedimiento de liquidación comenzando por la fase de inventario ante el mismo Juzgado que hubiera conocido la anterior». Por otro lado, también es mayoritario el sector jurisprudencial que avala esta tesis.

Casos prácticos

1 PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que la separación y el divorcio son dos procedimientos distintos, y que como señala reiterada jurisprudencia, en el procedimiento de divorcio deben fijarse *ex novo* las medidas que vayan a regir a partir de la disolución del matrimonio, ¿puede aumentarse en el divorcio la cuantía de la pensión compensatoria que se fijó en la separación si durante ese período han cambiado las circunstancias y la esposa ha venido a peor fortuna mientras que el esposo ha incrementado su patrimonio?

El criterio prácticamente unánime en la jurisprudencia es que los requisitos de la pensión compensatoria deben ser considerados al momento de la ruptura matrimonial, por lo que un empeoramiento de la situación del beneficiario posterior a la sentencia de separación matrimonial donde se reconoció dicha pensión no da lugar, salvo circunstancias excepcionales a un incremento de la pensión compensatoria. ¿Cuáles son esas circunstancias excepcionales? Con carácter muy restrictivo, alguna sentencia ha aumentado la cuantía cuando la pensión compensatoria fijada en la separación, por circunstancias transitorias, no contempló definitivamente el desequilibrio existente. Igualmente se ha considerado un hecho determinante para el aumento de la pensión compensatoria que se detecte una enfermedad grave en el cónyuge beneficiario de ésta que ya existía en el momento de la separación pero que no fue diagnosticada en aquel momento.

2 VIVIENDA FAMILIAR

La vivienda familiar tiene carácter privativo y actualmente está siendo utilizada por el esposo, ya que la esposa y la hija se trasladaron hace un mes al domicilio de los abuelos maternos. En la demanda de separación la esposa pide la atribución del uso de la vivienda familiar, oponiéndose a ello el esposo que, a cambio de que se le atribuya a él el uso de la vivienda ha ofertado que se fije judicialmente la obligación, aparte de la pensión alimenticia, de abonar al progenitor custodio la cantidad de 500 euros mensuales para el alquiler de una vivienda o para afrontar el préstamo hipotecario si la esposa decide adquirir una vivienda. ¿Puede prosperar esta tesis?

Creemos que no, habida cuenta que el interés más necesitado de protección es el de la hija y para protegerlo el artículo 96 del CC previene que le será atribuido el uso de la vivienda familiar. Esta artificiosa forma de pedir el esposo que se le atribuya el uso de la vivienda familiar no tiene cobertura dentro del artículo 96 del Código Civil.

3 RÉGIMEN DE VISITAS

¿Puede suspenderse la pernocta hasta que el padre tenga un domicilio fijo?

No debe olvidarse que el régimen de visitas está en función del interés principal del menor y, por tanto, lo que no puede admitirse es que no se tenga la certeza sobre las condiciones de la vivienda en la que va a pernoctar el menor. No obstante, se ha admitido por la jurisprudencia la posibilidad de que el menor, al menos durante las visitas de fin de semana, pueda pasarlo con el progenitor no custodio en un hotel (esto es frecuente cuando el progenitor no custodio no reside en la misma ciudad que el menor). Igualmente no se ve ningún obstáculo para la pernocta cuando el progenitor no custodio y el hijo se trasladan al domicilio de un familiar (padres o hermanos).

4 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El esposo disponía de una cuenta bancaria en la que se había ingresado dinero privativo. Con posterioridad, los cónyuges aperturan una cuenta en otra entidad bancaria e ingresan en ésta el saldo existente en aquélla. Llegado el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, ¿qué carácter tiene el saldo de la cuenta que se abrió a nombre de ambos cónyuges?

Puede barajarse la posibilidad de que en este caso sea de aplicación lo establecido en el artículo 1355 del CC: «Podrán los cónyuges, de común acuerdo atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga». Por tanto, la conducta y los actos personales posteriores de los cónyuges al considerar que la inversión de aquellas cantidades en otros activos bancarios a nombre de los dos esposos y no sólo a nombre del titular inicial, con ese cambio reiterado de destino de ese dinero, permitiría entender que, en base a aquel precepto, existe una presunta atribución de ganancialidad a tal numerario, al adquirir esas cantidades de forma conjunta y sin atribución de cuotas.

Sin embargo, entendemos que no es de aplicación el citado precepto por cuanto que no estamos ante la adquisición de bienes a la que se refiere el indicado artículo, sino por el contrario ante la sustitución de un bien privativo del cónyuge, por otro que tendrá la misma naturaleza que el bien objeto de sustitución tal y como regula el artículo 1346.3.º del CC. Por ello aunque los cónyuges figuran de manera indistinta como titulares de los depósitos a plazo y a la vista, que se contrataron con aquel metálico procedente de las cantidades de origen privativo del esposo, no cabe presumir de tal actuación dicha consecuencia jurídica. Por otro lado, hay que tener en cuenta que tiene reconocido reiteradamente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que la titularidad plural de unas cuentas corrientes bancarias no determina por sí sola un necesario condominio sobre los saldos, siendo por otra parte esencial, para aquella conclusión, que existan hechos y actos inequívocos de los que pueda concluirse la voluntad concreta de los cónyuges de otorgar naturaleza ganancial a bienes de origen privativo, lo que ciertamente no existe en el caso que nos ocupa.

5 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

El artículo 955 de la LEC de 1881 establece la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras indicando que «corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos». La parte que insta el exequátur de una demanda de divorcio lo presenta ante los juzgados de su residencia y el demandado se opone a la concesión sin plantear ninguna cuestión de competencia. ¿Es aplicable a este supuesto lo establecido en el artículo 56 de la LEC en cuanto a la sumisión tácita?

Las normas generales sobre competencia territorial que se contienen en los artículos 50 y siguientes de la vigente LEC admiten, con carácter general, que los fueros competenciales establecidos en la ley puedan ser modificados en virtud de la sumisión de las partes. Así el artículo 54 , bajo la rúbrica general de «carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial», dispone que las reglas legales atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción, exceptuándose tan sólo las reglas establecidas en los números 1.º y 4.º a 15.º del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 52 y las demás a las que las leyes atribuyan expresamente carácter imperativo.

El exequátur de una sentencia de divorcio dictada por un tribunal extranjero no tiene encaje en ninguno de los distintos supuestos del artículo 52 exceptuados de la sumisión, ni en ningún otro precepto procesal, pues tampoco nos encontramos en el ámbito de los procedimientos especiales regulados por el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo cual, en cuanto el actor presenta su solicitud ante los Juzgados de su domicilio sin que la parte demandada plantee en forma la declinatoria, limitándose, en el escrito presentado, a realizar los alegatos que estimó pertinentes sobre la petición deducida de contrario, resultan de inexcusable aplicación al supuesto controvertido las previsiones que, sobre sumisión tácita de las partes, recoge el artículo 56, determinando la prevalencia del fuero libremente asumido por aquéllas sobre el establecido, a falta de sumisión, por el antedicho artículo 955, dado el carácter dispositivo de tales normas competenciales.

6 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

A pesar de que uno de los hijos pasó a convivir con el padre, éste continuó abonando la totalidad de la pensión alimenticia que se fijó en su momento para los tres hijos. La madre insta una demanda de ejecución de sentencia reclamando una serie de pensiones y el padre se opone alegando compensación o pago en exceso. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

Los tribunales entienden que en este caso es aplicable la teoría de los actos propios, ya que los pagos de la pensión alimenticia fueron efectuados de mane-

ra voluntaria por el padre sin condición ni reserva alguna no obstante la situación familiar nueva que se producía, al comenzar a convivir con él uno de los hijos, por lo que no es posible ahora reclamar aquello que se abonó de manera voluntaria.

7 PENSIÓN ALIMENTICIA

El matrimonio, que se rige por el régimen de gananciales, es propietario de varios inmuebles que son utilizados habitualmente por los integrantes de la familia. La esposa ha presentado demanda de separación y ha solicitado la atribución del uso de la vivienda familiar, tras lo cual el esposo la ha abandonado voluntariamente y se ha trasladado a convivir en el apartamento que poseen en la playa, a lo que se opone la esposa alegando que este inmueble se utiliza por la familia durante muchos fines de semana y en las vacaciones escolares. El juzgado ha atribuido el uso de esta segunda vivienda al esposo. ¿Tiene cobertura legal esta decisión del juzgado?

Aunque hay que reconocer que no existe un criterio uniforme en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, hay que tener en cuenta que el artículo 96 del CC no impide que otros inmuebles de los que sean titulares los cónyuges se atribuyan a uno u otro para su administración. Así lo prevé expresamente el artículo 103.4.ª sobre entrega de bienes comunes y administración de éstos. Lo que sí es evidente es que la falta de regulación judicial de su administración y uso, puede provocar situaciones de conflicto entre ellos, en los que prevalecería, no el ordenamiento jurídico en los términos recogidos en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sino factores de prevalencia física o psicológica de uno respecto del otro. Por eso, parece más adecuado permitir que sean los tribunales los que, hasta la liquidación de la sociedad conyugal, dicten normas para evitar la conflictividad entre los cónyuges.

8 PENSIÓN ALIMENTICIA

La sentencia del juzgado fijó una pensión compensatoria durante cinco años. La esposa interpuso recurso de apelación solicitando que no se fijara límite alguno a ésta y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado. ¿El plazo de los cinco años empieza a computarse desde la sentencia del Juzgado o desde la de la Audiencia Provincial?

El plazo de cinco años que se fijó a la pensión compensatoria ha de computarse desde que se estableció en la sentencia de instancia, y no desde la fecha de la Audiencia, —que confirmó el mismo límite temporal—, ya que la interposición del recurso de apelación por parte de la esposa, no interrumpió la obligación del esposo de abonar la referida pensión.

9 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los cónyuges tienen un depósito a plazo fijo en una entidad bancaria. Tras la crisis de pareja, la esposa canceló dicho depósito y el saldo existente lo ingresó en una cuenta a nombre exclusivo de los dos hijos menores de edad. Se cuestiona si dicha cantidad puede incluirse o no en el activo de la sociedad de gananciales.

Es evidente que procede su inclusión, ya que la esposa dispuso de una cantidad ganancial de modo unilateral y sin consentimiento del esposo. Por otro lado, no entendemos que constituya ningún obstáculo que el depósito se encuentre actualmente a nombre de los hijos, ya que esta circunstancia no afecta a la configuración del activo. Si finalmente el dinero no puede recuperarse por estar a nombre de terceras personas estaremos ante el caso previsto en el artículo 1397.2 del CC, es decir, que el activo estará integrado por «El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados».

10 PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Un matrimonio se desplazó a Colombia y junto con la madre biológica de una menor otorgaron una escritura ante notario en la que aquélla mostraba su conformidad para que la menor pudiera trasladarse a España delegando la guarda y custodia de la niña al matrimonio y dando su consentimiento irrevocable para la adopción. ¿Podrán instar los adoptantes el procedimiento de adopción directamente o será necesaria la propuesta previa de la entidad pública?

No entendemos que en el presente caso pueda considerarse que nos encontramos en el supuesto previsto en el artículo 176.2 del CC («llevar el adoptante más de un año acogido legalmente bajo la medida de una adopción simple extranjera»), dado que la escritura otorgada no supone que se haya constituido un acogimiento preadoptivo ni tampoco una situación legal de tutela, por lo que se hace imprescindible la intervención de la autoridad administrativa.

11 VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta que ambos cónyuges tienen una avanzada edad y escasos ingresos, y que la vivienda tiene cierta amplitud. ¿puede acogerse en un procedimiento de divorcio la petición de que se atribuya el uso a ambos previa división judicial del inmueble?

Entendemos que no, dado que el artículo 96 del Código Civil sólo permite al Tribunal la atribución del uso a uno de los cónyuges, por lo que la división del inmueble es una medida que no puede imponerse judicialmente, sino que debe ser pactada por las partes. Lógicamente otra cuestión distinta es lo que se acuerde en el procedimiento de liquidación del régimen económico-matrimonial, siempre y cuando la vivienda admita la división material.

12 PENSIÓN COMPENSATORIA

La esposa ha venido percibiendo sin interrupción la pensión desde el año 1992 y en la actualidad, tal y como sospecha el ex esposo, ha percibido un importantísimo incremento patrimonial, al heredar de su madre. El ex esposo interpone una demanda de modificación de medidas para extinguir la pensión, pero sólo puede acreditar el fallecimiento de la madre, y unas notas simples de innumerables bienes inmuebles que están inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad y a nombre de sociedades patrimoniales cuyas acciones también están a su nombre. La ex esposa adopta en el procedimiento una actitud pasiva negando que lo heredado tenga importancia económica hasta

el punto de que haga desaparecer el desequilibrio económico que se reconoció en la sentencia de divorcio. Aplicando la teoría de la carga de la prueba que se contiene en el artículo 217 de la LEC, ¿podrá desestimarse la demanda?

En virtud del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria incorporado al actual artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil, la demanda debe ser estimada habida cuenta que es la ex esposa la única litigante que se halla en condiciones de hacer aflorar la realidad de su patrimonio, de actuar con la lealtad procesal exigible.

13 RÉGIMEN DE VISITAS

En el convenio regulador se estipuló que los menores estarían con el progenitor custodio un mes en verano, concretamente el mes de agosto en los años pares y el de julio en los impares. Dándose la circunstancia de que tanto el padre como la madre deben de coger obligatoriamente las vacaciones en el mes de agosto, ¿cómo puede resolverse esta cuestión?

La solución más correcta es que durante las vacaciones estivales los menores estén por quincenas con el padre y la madre, de tal forma que durante el mes de agosto los hijos permanecerán quince días con cada progenitor.

14 VIVIENDA FAMILIAR

Cuando se produce la separación de los cónyuges se da la circunstancia de que se ha constituido por la entidad pública un acogimiento simple de la nieta a favor de la esposa. ¿Tiene esta circunstancia alguna influencia a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar?

La situación de acogimiento familiar del menor impone a quien lo recibe el conjunto de obligaciones establecidas en el artículo 173.1 CC y, por tanto, debe asimilarse esta situación a aquella que prevé el artículo 96 del CC cuando existen hijos menores de edad.

15 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

En el convenio regulador de la separación se estableció la obligación del padre de abonar en concepto de alimentos «el 30% de sus ingresos mensuales netos». ¿Puede reclamarse a éste el 30% del importe que le reintegró Hacienda en concepto de devolución del IRPF?

De los términos del Convenio se deduce que el porcentaje de los ingresos del padre en que participaría el hijo eran los que tuviesen periodicidad mensual, por lo que no teniendo tal carácter la devolución del IRPF, no puede aceptarse dicha pretensión. Además, hay que tener en cuenta que el importe de la devolución está en función de unas desgravaciones y deducciones que son ajenas al hijo.

16 RÉGIMEN DE VISITAS

Por cuestiones laborales, el padre reside en una ciudad muy alejada de donde tiene su domicilio el menor, de tal forma que sólo puede desplazarse un fin de semana al mes. Habiéndose presentado la

separación por la esposa, el padre pretende que se fije un régimen de visitas normal, de tal forma que, cuando él no se encuentre en la ciudad donde reside el menor, sean los abuelos paternos, que tienen la residencia en la misma ciudad del menor, los que ejerzan el régimen de visitas. ¿Puede admitirse esta tesis?

La jurisprudencia claramente ha establecido que una cosa es el régimen de visitas de los padres con los hijos y otra cosa muy distinta el régimen de visitas de los abuelos con los nietos. Por tanto, y sin perjuicio de que se fije un régimen de visitas para el padre compatible con su actividad laboral, no hay inconveniente en que al mismo tiempo se determine un régimen de visitas para los abuelos, pero éste nunca podrá tener la extensión del régimen de visitas del padre. En consecuencia, no puede admitirse que los abuelos, por sustitución del padre, ejerzan el régimen de visitas ordinario que suele fijarse en los Juzgados de Familia.

17 VIVIENDA FAMILIAR

La vivienda familiar se compone de dos fincas registrales independientes que, en su día, se unieron para formar una sola. El esposo pretende que se atribuya a la esposa e hijos la vivienda más grande y que a él se le atribuya el uso del apartamento que se anexionó a aquélla. ¿Puede prosperar esta petición?

No mediando violencia de género y cubriendo suficientemente las necesidades de alojamiento de los hijos y del progenitor custodio una sola de las viviendas, en principio no debe haber obstáculo para que pueda accederse a esta petición, siempre y cuando puedan físicamente independizarse completamente y ambas cuenten con las dotaciones básicas. Ahora bien, como se hacen necesarias tareas materiales de separación de las viviendas que no pueden ser objeto de pronunciamiento judicial, es conveniente que el esposo, al efectuar la petición de atribución de uso, deje solucionadas a su costa estas tareas.

18 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El esposo ha instado la liquidación de la sociedad de gananciales y el Juzgado ha admitido a trámite la petición y ha convocado a las partes a la comparecencia de inventario. La esposa se opone a dicha pretensión alegando que el matrimonio se rigió por el régimen de separación de bienes. ¿Puede sustanciarse esta cuestión en la vista del juicio verbal posterior a la comparencia de inventario? ¿Se trata de una cuestión incidental que paraliza el procedimiento de liquidación? ¿Es necesario plantear un procedimiento declarativo para la determinación del régimen económico?

Es evidente que si se discute qué régimen económico es el que ha venido rigiendo el matrimonio, antes de nada habrá que despejar esta duda. En los artículos 806 y siguientes del CC nada se indica respecto a esta cuestión. En principio parece que lo procedente será la suspensión del curso del procedimiento remitiendo a las partes al procedimiento declarativo para que se determine el régimen económico matrimonial. No obstante, también podría valorarse la posibilidad de acudir a lo establecido en los artículos 387 y siguientes de la LEC,

ya que en puridad nos encontramos ante una cuestión incidental de especial pronunciamiento que exige que el Tribunal decida sobre ella separadamente en la sentencia antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito. Aunque no es obligada la suspensión del curso del procedimiento de liquidación, parece de sentido común que si estamos discutiendo el tipo de régimen, lo más acertado sea dejarlo en suspenso hasta que se resuelva definitivamente el régimen económico aplicable al matrimonio.

Otra opción la encontramos en el planteamiento por la esposa de un procedimiento ordinario para que se determine el régimen económico, y que paralelamente solicite la paralización del procedimiento de liquidación por prejudicialidad civil (artículo 43 de la LEC).

Revista de Derecho de familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,5
1998	5,5
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4
2006	4
2007	5
2008	5,50

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2008

20 euros/día o 600 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1983	13,6	13,3	12,8	12,9	11,8	11,3	10,3	11,0	11,8	12,2	13,0	12,2
1984	12,1	11,9	12,2	11,2	11,3	11,4	12,7	12,0	11,4	10,5	10,0	9,0
1985	9,4	9,7	9,5	10,2	9,9	8,9	7,9	7,3	8,3	8,2	8,5	8,2
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7
2002	3,1	3,1	3,1	3,6	3,6	3,4	3,4	3,6	3,5	4,0	3,9	4,0
2003	3,7	3,8	3,7	3,1	2,7	2,7	2,8	3,0	2,9	2,6	2,8	2,6
2004	2,3	2,1	2,1	2,7	3,4	3,5	3,4	3,3	3,2	3,6	3,5	3,2
2005	3,1	3,3	3,4	3,5	3,1	3,1	3,3	3,3	3,7	3,5	3,4	3,7
2006	4,2	4,0	3,9	3,9	4,0	3,9	4,0	3,7	2,9	2,5	2,6	2,7
2007	2,4	2,4	2,5	2,4	2,3	2,4	2,2	2,2	2,7	3,6	4,1	4,2
2008	4,3	4,4	4,5	4,2	4,6	5,0	5,3	4,9	4,5			

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS (CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Se desestima la acción de nulidad matrimonial dado que la convivencia fue admitida por el demandado en el interrogatorio, donde afirmó que convivían desde mediados de 2005 los fines de semana y algún día durante la semana y que tenían contacto diario. Ambos piden la nulidad, pero ello no es causa de exoneración de la carga de la prueba, máxime teniendo en cuenta el carácter excepcional de la institución de nulidad al negarse validez *a posteriori* a un contrato matrimonial aparente.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2008.

PATRIA POTESTAD

Se priva de la patria potestad al padre al acreditarse su despreocupación absoluta respecto de los hijos, en todos los órdenes, y en especial, de la hija menor, quien, a la sazón, una vez explorada, ha manifestado su rechazo a tener cualquier contacto o comunicación con el padre, a quien no ve, según se dice, desde hace siete años, no habiéndose probado por otro lado que la madre haya puesto impedimento alguno a las visitas.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2008.

Nos encontramos ante una discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, que no tiene una concreta respuesta a través del convenio regulador en su día suscrito y que no podía tener encaje en las previsiones del artículo 517 de la LEC debiendo derivarse la misma a la vía procedimental habilitada por el artículo 156 del CC. Y es lo cierto que en el caso se han observado las previsiones de dicho precepto, dado que las partes han sido oídas por la Juzgadora *a quo*, si bien a través de los alegatos de sus respectivas direcciones Letradas, determina necesariamente la nulidad radical de todo lo actuado desde la resolución dictada en la instancia que dio vía libre al recurso, al carecer este Tribunal *ad quem*, a tenor de lo dicho, de competencia funcional para conocer y resolver la problemática suscitada, que corresponde, de modo exclusivo, al Juez de Primera Instancia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de mayo de 2008.

La madre reconoció en el interrogatorio que para el cambio del colegio no se puso de acuerdo con el padre, ni solicitó autorización judicial. Y esta decisión unilateral de la madre de cambio del colegio al que asisten los hijos vulnera la patria potestad compartida que ostentan los litigantes, por lo que procede requerirla para que, de inmediato, vuelva a escolarizar a los menores en el antiguo colegio.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 31 de marzo de 2008.

Una persona en las circunstancias del padre, relacionado con el ámbito delictivo, consumidor de drogas y con orden de alejamiento de su pareja ante la situación objetiva de riesgo que su conducta comporta, no reúne condiciones para participar en la educación y formación integral del hijo de dos años de edad, por lo que procede privarle de la patria potestad.
AP Girona, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2008.

GUARDA Y CUSTODIA

Beneficios de la custodia compartida y condiciones que deben darse para su establecimiento.
TSJ de Cataluña, Sentencia de 31 de julio de 2008.

Ambas hijas han mostrado en la exploración judicial su preferencia por convivir con cada uno de los progenitores, por lo que, atendida la edad de las mismas y no pudiendo considerarse que sea beneficioso para ellas obligarles a una convivencia no deseada, sino que incluso podría repercutir negativamente en su formación, no obstante suponer ello que las hermanas vivan separadas, procede acordar la atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija mayor y mantener la atribución de la guarda y custodia de la hija menor al padre.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de junio de 2008.

No es viable plantearse una guarda y custodia compartida, dado que uno de los requisitos previos para poderse instaurar dicha modalidad es que por parte de los adultos haya una relación cordial, de participación y responsabilidad, lo que de dicho informe se deriva que no concurre.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de junio de 2008.

La voluntad de la menor (13 años) de residir con su madre, era fruto de un capricho de la adolescencia que comenzaba a vivir, según expresa el órgano judicial de la primera instancia, que la practicó, respondiendo a una idealización de la madre, sin un posicionamiento maduro y fundamentado, por lo que es acertado desestimar la demanda de modificación de medidas instada por la madre.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de junio de 2008.

En contra del criterio del equipo técnico se atribuye la custodia a la madre, dado que el padre adopta, ante las menores, ciertas posturas victimistas, mostrándose como el progenitor débil, intentando conseguir la lástima de aquéllas, situación que obliga a las mismas a ocupar una posición que no les corresponde, en un intento de protección de dicha figura que puede originar, a medio plazo, inestabilidad emocional en las niñas y crearles algún complejo de culpabilidad.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2008.

Se descarta la custodia compartida y se opta por la custodia a favor de la madre dado que la convivencia con la figura materna desde siempre ha creado un fuerte vínculo afectivo, significándose esta figura como el progenitor psicológico modelo referente que cubre sus necesidades a todos los niveles y la relación cotidiana se explicita en una gran empatía y complicidad entre las tres, creándose un clima de armonía y equilibrio.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2008.

La menor muestra una alta inadaptación personal con numerosos síntomas de somatización y depresivos, mostrando miedos, infravaloración de sí misma y la autoestima baja; en cuanto a la adaptación social, la menor muestra desajuste con el medio, implicándose a veces en peleas y enfrentamientos; la menor en cierta manera es especial y necesita cuidados especiales que ninguno de sus dos progenitores puede en estos momentos darle por lo que se acuerda la custodia a favor de la Comunidad de Madrid.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2008.

RÉGIMEN DE VISITAS

La condición de marroquí del padre y las solas alegaciones de sus creencias religiosas sin otro medio de prueba no son motivo suficiente para prohibir que el padre y el menor puedan viajar a Marruecos durante el régimen de visitas. La madre conocía estas circunstancias antes de contraer matrimonio y decidir tener descendencia con el que era su marido, sin que a la prole sea dable privar, sin justa causa, de la posibilidad de viajar a la tierra de su padre ni, por supuesto, de relacionarse con su familia paterna, procede la desestimación del recurso de apelación.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de junio de 2008.

No ha quedado acreditada la enfermedad mental del padre alegada por la actora más que por un informe puntual de un médico de urgencias, sin que consten otros datos que apoyen tal argumentación. No consta que haya tenido otros problemas ni que haya seguido tratamiento alguno por las dolencias mentales que alega la actora, por lo que no puede considerarse probada la persistencia de alteraciones en el padre de manera que determine la restricción del régimen de visitas que pretende la impugnante.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de junio de 2008.

Se considera plenamente acertado el régimen de visitas paterno-filial fijado en la sentencia de 1ª Instancia para ese momento en que la menor tomaba lactancia materna, con la restricción de horarios que ello implicaba. Ahora bien, en este momento en que ya tiene un año y nueve meses su alimentación debe ser la adecuada a esta edad, por lo que sus horarios de permanencia con su padre pueden ampliarse pues no precisa tomar alimentación con tanta frecuencia, y además se la puede proporcionar el padre.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 25 de junio de 2008.

Imposibilidad de que continúe vigente el régimen de visitas al no poder obligarse a una menor de casi 14 años de edad, al cumplimiento de un régimen de comunicación que rechaza y le causa perturbaciones importantes desde un punto de vista psicológico. En ejecución de sentencia, y a instancia del progenitor, podrán solicitarse cuantas actuaciones se consideren oportunas, incluso de oficio por el órgano judicial, con la finalidad de intentar recuperar las relaciones paterno-filiales, recabando la colaboración de la madre, al efecto de la conveniencia de que se someta a tratamiento terapéutico, el cual habrá de desarrollarse obligatoriamente respecto a la menor.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 17 de junio de 2008.

Por cuanto que se desconoce la situación familiar de la madre, en relación al entorno de la misma en su país de origen y tampoco se acredita la imposibilidad de la misma de viajar a dicho país, Guinea, ni tampoco se acredita la realidad de su situación personal laboral y económica de aquélla en España, procede exigir a la apelada el consentimiento del padre o, en su defecto, la autorización judicial, para viajar a Guinea, o fuera de España, en compañía de la hija menor, en los períodos de vacaciones que tiene reconocido, debiendo expresar el motivo del viaje, la duración del mismo, acreditando, en su caso, el regreso, la fecha, aportando los oportunos billetes, o pasajes, de ida y vuelta.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2008.

La regulación de las visitas del modo establecido en la sentencia apelada, condicionadas al calendario laboral del padre, no vienen así fijadas por motivos caprichosos o de mejor conveniencia de los intereses paternos, sino que, por el contrario, hay que señalar que vienen determinadas

por las circunstancias laborales del padre, de cuya comunicación y contacto frecuente y regular ha de beneficiarse la hija.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2008.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Los gastos ordinarios generados por el uso de la vivienda deberán ser abonados por quien disfruta de su uso, dado su carácter de gastos ordinarios, mientras que los gastos extraordinarios, el IBI y las reparaciones extraordinarias habrán de ser sufragados por el propietario o los propietarios de la misma.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 30 de junio de 2008.

El recurrente solicita que «se pueda proceder a las limitaciones del uso y disfrute de la vivienda para la esposa en tanto en cuanto se mantenga la misma sólo si conviviera con los menores y no lo hiciera maritalmente con otra persona», pero ha de tenerse en cuenta que el uso se le otorga en función de haberle sido concedida la guarda y custodia de los hijos, por lo que mientras tanto ésta se mantenga continuará en el uso de la vivienda, y ello con independencia de que pueda no sólo convivir maritalmente con otra persona, sino, incluso, convivir con quien haya contraído matrimonio.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 3 de junio de 2008.

Aunque se reconoce que la esposa y el hijo se encuentran ocupando la vivienda en precario se desestima la demanda interpuesta al apreciarse un fraude de ley en la partición de la herencia de los titulares de la vivienda, al haber hecho el marido una dejación de sus derechos respecto a dicha vivienda con la finalidad de crear un título a favor de sus hermanos para ejercitar la acción reivindicatoria.
Sala 1.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2008.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Fijación de pensión alimenticia en casos de atribución de la custodia compartida.
TSJ de Cataluña, Sentencia de 31 de julio de 2008.

Los gastos odontológicos y ópticos, si su devengo no es inmediato, tanto en los casos en los que expresamente se han previsto los conceptos, como en los que no lo han sido, es necesario que el progenitor al que se requiera su abono conozca su existencia para que éste pueda consentir expresamente, o pueda asentir a la misma, no efectuando denuncia en contrario, tal y como resulta del artículo 139.4 del Código de Familia de Cataluña.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de junio de 2008.

Procede excluir de la relación de gastos extraordinarios, los relativos a las actividades extraescolares, pues tales dispendios no participan de los caracteres de gastos extraordinarios.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de junio de 2008.

La situación de extremada penuria económica de la madre no constituye causa que determine –por sí sola– la exoneración de la prestación alimenticia a los dos hijos menores, dado el carácter inexcusable de la obligación de los progenitores de prestar alimentos a los menores de edad; por lo que, de no cumplimentarse tales prestaciones ante una falta de ingresos del alimentante, pueda la deuda alimenticia devengada durante tal lapso temporal reclamarse sobre el patrimonio futuro del obligado, en virtud de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del CC, no sólo extensible sobre los bienes presentes sino también sobre los futuros.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 11 de junio de 2008.

Los gastos odontológicos reclamados dada su naturaleza tienen carácter necesario, lo que determina que la ausencia del consentimiento del padre quede suplida por esta resolución judicial favorable a su reclamación.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 26 de mayo de 2008.

Los gastos del psicólogo responden al concepto de gasto extraordinario, que tal como ha proclamado esta Sala son aquellos que no tienen periodicidad prefijada. Ahora bien dichos gastos no tienen carácter de urgencia, dada su naturaleza, por lo que la demandante debió haber obtenido previamente el consentimiento del demandado, el cual no consta, o en su defecto haber obtenido autorización judicial. A mayor abundamiento, en las facturas que acompañan a la demanda ejecutiva figuran como pacientes no sólo el hijo sino también la madre y no está deslindada la cuantía que corresponde a cada uno.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de mayo de 2008.

La permanencia de los menores en el colegio, una vez concluido el horario escolar, ya se venía produciendo mucho tiempo antes de la ruptura de la unión nupcial. En definitiva, nos encontramos ante un gasto periódico que, por su reiteración en el pasado, debió ser ponderado por la esposa en orden a la determinación del *quantum* de la pensión alimenticia mensual interesada.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de mayo de 2008.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La dificultad de la esposa para incorporarse a la vida laboral después de veintitrés años de convivencia matrimonial, en la que, salvo algún trabajo esporádico, se ha dedicado por completo a la familia y a las tareas domésticas, llevan a considerar arriesgado la fijación de un plazo tan delimitado como el de tres años para el percibo de la pensión compensatoria, considerándose más adecuado el de cinco años.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 30 de junio de 2008.

Sin perjuicio de que llama pensión compensatoria a la compensación económica que contempla el artículo 41 del CF, es lo cierto que ni en el suplico ni en el cuerpo de la demanda se solicita por la actora el reconocimiento a su favor de una pensión compensatoria, con lo que al establecerla la sentencia recurrida, se desvía de la previsión legal.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de junio de 2008.

La esposa tiene 65 años, cuenta con un plan de pensiones desde el año 2001, cuyos beneficios no van a ser suficientes para conseguir autonomía e independencia económica no habiendo variado su situación económica, habiéndose producido, únicamente, una disminución en los ingresos

del obligado a la prestación, lo que determina únicamente la reducción de la cuantía de dicha pensión en 340 euros mensuales, con efectos desde la sentencia de instancia.
AP Madrid, Sec. 22ª, Sentencia de 6 de junio de 2008.

Quedando acreditado que la esposa ha estado trabajando como profesora durante el curso académico 2006-2007 y que se le ha renovado el contrato, se acuerda la suspensión de la prestación, sin perjuicio de que pueda instarse en un futuro, cuando se consolide la incorporación de la acreedora al mercado laboral, la extinción de la pensión o el señalamiento de un plazo para ello.
AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2008.

CUESTIONES PROCESALES

La declaración de apertura del juicio oral y la remisión de los autos para su enjuiciamiento al Juzgado Penal no priva al Juzgado de Violencia contra la Mujer, que incoó el proceso penal, de tener la competencia del proceso civil.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de junio de 2008.

No procede declarar la nulidad de actuaciones ya que aun cuando es cierto que el día en que estaba señalado el juicio el demandado sufrió un accidente de moto, la acreditación del accidente mediante la documental obrante en autos no significa que se dirigiera al Juzgado, para, previamente a la celebración de la vista, otorgar el correspondiente apoderamiento a favor de procurador. Por otro lado, ni su procurador ni su letrado efectuaron ninguna comparecencia previa haciendo constar que se encontraban a la espera de la llegada del demandado y que el mismo no podía acudir por lo que se solicitaba la suspensión de la vista.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de junio de 2008.

Las medidas civiles adoptadas junto con una Orden de Protección no son recurribles, participando del mismo régimen de recursos que las medidas de idéntica índole adoptadas de forma provisional en el procedimiento civil.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 19 de junio de 2008.

Procede la devolución de los documentos en su día aportados junto con el escrito de demanda, dejando suficiente testimonio en los autos de divorcio, dado que los artículos 770.1 y 777.2 de la LEC en modo alguno prevén la prohibición de desglosar cualquier documento, previa petición del interesado, dejando testimonio suficiente en los autos.
AP Madrid, Sec.22.ª, Auto de 6 de junio de 2008.

La incomparecencia de la actora, a la vista, a la que sí asistieron su Abogado y Procurador, no debe conducir a que sea tenida por desistida, debiéndose haber continuado la vista, sin su presencia, de conformidad con lo dispuesto en las reglas propias del artículo 770 de la LEC.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 5 de junio de 2008.

Siendo excepcional la competencia en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en cuanto condicionada por la concurrencia de los requisitos al efecto exigidos en el artículo 87 ter de la LOPJ que, en la antedicha coyuntura, ya han desaparecido por el sobreseimiento de las diligencias penales, ha de revertir necesariamente el conocimiento del pleito de modificación de

medidas a la jurisdicción civil ordinaria, lo que determina que la competencia deba decantarse en favor del Juzgado de Primera Instancia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de junio de 2008.

Aunque, en principio, también podrían ser territorialmente competentes los Juzgados de Madrid para conocer del procedimiento de modificación de medidas, dado que es el lugar de residencia actual de la parte demandada, es lo cierto que el actor ha optado por presentar su demanda ante los Órganos jurisdiccionales de Collado Villalba, donde radicó el último domicilio familiar.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 16 de mayo de 2008.

Teniendo en cuenta que el demandado no tiene su actual residencia en España, debe prevalecer el último de los criterios recogidos en el precepto examinado que, a la vista de las circunstancias concurrentes, evita los inconvenientes de tramitar el procedimiento ante un Juzgado alejado tanto de la residencia del demandado como del domicilio de la actora, aproximando, por el contrario, la Justicia al lugar en que, al menos, ubica su estatus residencial uno de los litigantes.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 14 de abril de 2008.

Se admite a trámite la demanda en la que se solicitaban la adopción de medidas respecto a un menor de nacionalidad ecuatoriana residente en España, aunque se haya dictado una sentencia de divorcio en aquel país, no siendo procedente remitir a la madre a que solicite el reconocimiento de aquella sentencia.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de marzo de 2008.

CONVENIO REGULADOR

No se aprueban las cláusulas del convenio regulador relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales dado que la liquidación del acervo común no consiste en vender los bienes que lo integran a terceros y repartirse el precio obtenido. Por otra parte hay que resaltar la posible gran dilación temporal de las operaciones previstas en las cláusulas que no han sido aprobadas y la dificultad que podrían acarrear de instarse la ejecución judicial.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de mayo de 2008.

En el convenio regulador en su día suscrito por los litigantes, se acordó que la cantidad que el mismo había de pasar mensualmente por alimentos quedaría compensada con la que su esposa tenía que abonarle, por el exceso que a la misma se le adjudicó en las operaciones liquidatorias del patrimonio ganancial. Pero sobre no constar expresamente en el convenio tal pacto de compensación, es lo cierto que, de ser así, estaríamos ante una cláusula nula de pleno derecho, en cuanto expresamente prohibida por los artículos 151 y 1814 del Código Civil, en relación con el último inciso del 1255 del mismo texto legal.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de abril de 2008.

El título que sirve de base a la demanda presentada no establecía, en modo alguno, las condiciones en que había de procederse a dicha enajenación, limitándose el convenio regulador aprobado por dicha resolución a recoger el pacto de las partes sobre la proyectada operación, pero sin determinar precio, plazo o cualquier otro condicionante de la misma, y sí tan sólo el compromiso de ambos esposos de colaborar en todo lo concerniente a la venta, «sin dificultar la exhibición y muestra de la misma a posibles interesados en la compra». No obstante ello, en el suplico de dicha demanda no se determina la concreta actuación ejecutiva que se postula del

Juzgado, limitándose, de forma genérica, a interesar que se aperciba a la demandada para cumplir de inmediato la resolución judicial.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de abril de 2008.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Por el ejecutado se alega el pago por su parte, en el recibo escolar, de sumas que tienen la consideración de alimentos de los menores, a cargo de la ejecutante, procediendo su compensación, pero dicha alegación es desestimada.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de junio de 2008.

En el convenio regulador se pactó que el esposo, como administrador y socio mayoritario de una entidad mercantil se comprometía a mantener a la esposa en su puesto de trabajo retribuido, y en las mismas condiciones que conoce en la actualidad, hasta que la misma, que cuenta hoy con 66 años de edad, cumpla 70, siempre y cuando se mantenga la actividad económico-industrial de dicha compañía. Pero se da la circunstancia de que la esposa tuvo posteriormente un accidente de tráfico siendo declarada en situación de «incapacidad permanente total cualificada» por lo que no puede exigir al esposo el pago de los salarios dejados de percibir dado que cobra una pensión por incapacidad.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 17 de junio de 2008.

Como causa de oposición adujo el padre estar a la espera del conocimiento de la cuenta corriente en la que debía proceder al ingreso de las pensiones alimenticias de sus hijos. La aludida alegación carece de sentido, desde el momento que el alimentante ya conocía, desde la anterior sentencia de separación, la cuenta corriente en la que efectuar el pago de las prestaciones alimenticias, que al no ser sustituida por la esposa en el proceso de divorcio era pues la misma en la que ya se venían ingresando las pensiones de alimentos.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 9 de junio de 2008.

El trámite de ejecución de sentencia resulta absolutamente inadecuado para lograr un pronunciamiento de modificación o extinción de la pensión compensatoria.
AP Madrid, Sec. 22ª, Auto de 6 de junio de 2008.

El instituto del abuso de derecho, regulado en el artículo 7.2 del CC, que dispone que la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, es aplicable a todos los ámbitos del derecho y a todas las acciones que se ejerciten ante los Tribunales, de manera que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. En consecuencia procede estimar la oposición a la ejecución planteada por el padre ya que los tres hijos, mayores de edad, eran económicamente independientes.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 5 de junio de 2008.

Aceptando que la fecha de la salida del esposo del domicilio familiar fue la del 7 de febrero de 2007, hay que tener en cuenta que la esposa realizó extracciones de la cuenta común por importe total de 622 euros, los días 31 de enero y el 1 de febrero de 2007, por lo que procede la estimación de la oposición a la ejecución dado que en la cuenta sólo hacia ingresos el esposo.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 3 de junio de 2008.

No existiendo requerimiento a la madre por parte del centro escolar ni del progenitor no custodio, el donativo dinerario realizado por el padre al centro académico perteneciente a la entidad eclesiástica, no puede entenderse como pago en los términos acordados en el convenio y sancionado en sentencia judicial.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de mayo de 2008.

REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

Por la compra que un cónyuge hace de un inmueble sin consentimiento del otro no se genera una obligación de la sociedad, cuando el supuesto no es subsumible en el artículo 1365 del CC dado que no hay prueba alguna de conexión de la operación con el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, ni se detecta una relación con la administración de los propios bienes ni, desde luego, se encuentra vínculo con el ejercicio de la potestad doméstica o con la gestión o disposición de gananciales que por ley corresponda al cónyuge que ha llevado a efecto el negocio adquisitivo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de junio de 2008.

Carácter privativo de la indemnización por despido laboral percibida por el esposo ocho años después de estar disuelta la sociedad de gananciales.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de junio de 2008

Inclusión en el pasivo de gastos de comunidad, agua y derramas del piso abonadas en exclusiva por uno solo de los cónyuges.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de junio de 2008

Se alza la suspensión sobre la Ley valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, ya que la aplicación supletoria del régimen de separación de bienes a los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley no causa ningún perjuicio a los cónyuges que, por otro lado, tienen plena libertad para establecer por capitulaciones matrimoniales otro régimen económico distinto.
Tribunal Constitucional, Pleno, Auto de 12 de junio de 2008.

Declarado en quiebra el esposo, la esposa carece de facultades de administración y disposición de los bienes gananciales, dado que éstos son parte de la masa activa de la quiebra, que se sustrae necesariamente a los poderes del esposo quebrado y de su esposa, que pasan a los síndicos, pues de otro modo, es decir, si la esposa, por no ser quebrada, pudiera disponer o administrar bienes gananciales, se haría ilusoria la afectación de esos bienes a las deudas del esposo quebrado.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2008.

Como la esposa dispuso de un bien inmueble y no puede reintegrarse a la masa ganancial, procede que en el activo se incluya el importe de la venta debidamente actualizado.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de junio de 2008.

No procede excluir del activo el importe de 91.000 euros que el esposo extrajo de la cuenta común, ya que teniendo en consideración que la separación de hecho se produjo en el mes de octubre de 2002, y que se interpuso la demanda de separación en el mes de enero de 2003, correspondía al esposo acreditar el destino dado a aquel importe.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de junio de 2008.

No es posible aprovechar cualquier otro momento procesal posterior a la diligencia de formación de inventario para incluir nuevas partidas.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de junio de 2008.

En cuanto a la sociedad limitada, debe tenerse en consideración que la misma se rige y se administra por sus órganos sociales, de la que forman parte no solamente el esposo sino también un tercero, a la sazón, su hermano, por lo que en modo alguno es viable la petición en relación a los rendimientos y beneficios obtenidos por dicha sociedad al momento de la disolución de la sociedad legal de gananciales, pues es claro que se afectan derechos e intereses económicos tanto de la sociedad mercantil como de terceros.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de junio de 2008.

Declarándose expresamente por parte de los vendedores en la escritura que el precio se había recibido con anterioridad, procede declarar ganancial el inmueble al no existir prueba sobre la donación que señala el esposo, siendo insuficiente a estos efectos el testimonio ofrecido en el acto de la vista por un familiar de aquél.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 3 de junio de 2008.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pide que se deniegue la adopción del menor y alega que no ha podido estudiar la idoneidad o no de los adoptantes, ni proponer prueba ni participar en la práctica de diligencia alguna, pero tal alegación debe ser desestimada ya que dicha valoración corresponde exclusivamente al tribunal.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de mayo de 2008.

Se desestima la solicitud de autorización para la venta de bienes de menores dado que no se ha aportado a las actuaciones una valoración del inmueble que se pretende enajenar, con lo que se ignoran, desde la perspectiva judicial, las condiciones en que se pretende realizar la proyectada operación y, en consecuencia, el hipotético beneficio que de la misma haya de obtener la hija menor del solicitante, siendo lo cierto que tampoco consta, según el resultado de la prueba testifical practicada, ni la necesidad de la enajenación, ni el destino del producto de la misma.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 20 de mayo de 2008.

FILIACIÓN

Ha quedado acreditada la filiación reclamada al otorgarse credibilidad a los testimonios prestados por amigos de la parte demandante y la demandada, en torno a esa efectiva relación entre el actor y la demandada, afirmando que efectivamente era conocido en el círculo de amigos de los interesados que ambos eran pareja y que el padre de la niña era el ahora recurrente.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2008.

UNIONES DE HECHO

No se fija indemnización alguna a favor de la conviviente de hecho dado que no hay prueba alguna acerca de la precariedad económica sobrevenida a la misma tras el cese de la convivencia, ni del desempeño de una actividad laboral antes de iniciar la relación, ni, consecuentemente, de que por razón de ésta haya tenido que abandonar algún trabajo o empleo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2008.

Inexistencia de comunidad de bienes entre los convivientes al no acreditarse la existencia de actos concluyentes para crearla siendo insuficiente el dato de que en una escritura se hiciese contar que estaba casado ni que ella trabajase en la clínica de él, dado que lo hacía bajo el cumplimiento de un contrato de trabajo, siendo relevante que durante la convivencia aquél comprase un inmueble y lo pusiese a nombre exclusivo de aquélla.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2008.

Inexistencia de comunidad de bienes entre los convivientes ya que pese al dilatado período de convivencia, no se ha acreditado voluntad de constitución expresa, o, simplemente «intitulación» directa de los bienes a favor de la demandante, quedando la conclusión, por tanto, pendiente de meras conjeturas o posibles intenciones, insuficientes y contrarias a la seguridad jurídica que debe imperar en materia tan trascendente.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de abril de 2008.

CUESTIONES PENALES

Se archiva la denuncia que interpuso la madre por presunto abuso sexual del padre contra la hija y la Sala, a la vista de las manifestaciones e informe el Perito Médico Forense, del que se desprende que la niña no ha sufrido abusos sexuales, siendo el testimonio de la misma increíble, y que las manifestaciones de la menor han sido inducidas por su madre, acuerda deducir testimonio para envío al Juzgado de Instrucción a fin de incoar las oportunas diligencias para acusación y denuncia falsa.
AP Madrid, Sec. 2.ª, Auto de 1 de septiembre de 2008.

CUESTIONES REGISTRALES

Al haberse atribuido en el Convenio regulador a la esposa e hijos el uso del domicilio conyugal y habiéndose adjudicado el mismo en propiedad al 50% entre ambos cónyuges no se inscribe el citado convenio dado que en las adjudicaciones se reconoce a la esposa «un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar del que disfrutará como mínimo hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente», dada la distinta naturaleza de uno y otro derecho y la necesidad de evitar el confusionismo.
DGRN Resolución de 5 de junio de 2008.

SUCESIONES

Rescisión de la donación de un inmueble efectuada por los padres a favor de los hijos por haberse burlado con la celebración de tal negocio las legítimas expectativas de cobro por parte de una entidad bancaria de la deuda pendiente con los donantes dimanante de la suscripción de póliza de contrato de crédito.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2008.

Mediando dispensa de colación, una vez comprobado que la donación no es inoficiosa, la misma ha de ser tratada como cualquier otra donación a extraños.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2008.

Ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero se aplica el derecho español para resolver la problemática surgida en la partición de herencia.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2008.

El heredero carece de legitimación *ex novo* para instar la revocación de la donación que pudo ejercitar en vida el donante.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2008.

OTRAS CUESTIONES

Durante el matrimonio los cónyuges no han adquirido ninguna propiedad, por lo que, con independencia de que del dinero que él ganaba le entregara sólo una cantidad a ella, que es lo que alega como base para su pretensión a la compensación económica, se deriva, sin duda alguna, la falta de concurrencia, en el caso de autos, de los requisitos para que proceda la compensación económica prevé el artículo 41 del CF.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de junio de 2008.

La demandante se ha dedicado a colaborar en las actividades negociales de la familiar, mediante prestación de servicios con retribución, insuficiente, viendo el montante de las nóminas aportadas a las actuaciones, dándose el caso de que ella posee sólo un 5% de la empresa familiar mientras que el marido es partícipe del 80%. La cuantía de la compensación económica, que deriva de esta desigualdad patrimonial generadora de enriquecimiento injusto, no puede obtenerse calculando el valor del patrimonio social y procediendo a su reparto equitativo entre los esposos, como si de la liquidación de una sociedad de gananciales se tratase.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de junio de 2008.

El restablecimiento del equilibrio patrimonial que se consigue por vía de la indemnización del artículo 41 del CF debe quedar al arbitrio del Juez o Tribunal a 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.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 4 de junio de 2008.

La doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia de la subsidiariedad del ejercicio de la acción rescisoria declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso, ni que el deudor se coloque en situación de

insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2008.

No existe precepto alguno en nuestras leyes de procedimiento civil que faculte, o imponga, el traspaso del expediente, al hilo de los cambios residenciales de la persona internada, y ello sin perjuicio, en tales supuestos, de acudir a la vía del auxilio judicial, encomendando el preceptivo control al Juzgado del lugar del centro en que aparezca internada aquélla, pero incumbiendo en todo caso al órgano que acordó la medida la decisión sobre su mantenimiento o extinción.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 16 de mayo de 2008.

Nulidad de la escritura pública de compraventa de un inmueble celebrada entre una hija y sus padres, no pudiendo considerarse válida la donación que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2008.

La venta directa sometida al control y vigilancia del juez puede resultar más beneficiosa a los intereses del tutelado que la venta en pública subasta.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 11 de marzo de 2008.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

1. Contenido. La *Revista de Derecho de Familia* publica exclusivamente artículos y colaboraciones originales que versen sobre temas de actualidad en materia de Derecho de Familia desde un punto de vista eminentemente práctico.

2. Lengua y formato. Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica, profesional o cargo.

3. Resúmenes en español e inglés. Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de un máximo de 10 líneas en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.

4. Dirección de envío. Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redaciv@lexnova.es con indicación de su destino a la *Revista de Derecho de Familia*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.

5. Evaluación. Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.