

**RESPUESTAS** MEMENTO  
FRANCIS LEFEBVRE

# 100 Preguntas sobre Familia

Fecha de edición: 25 de octubre de 2021



Esta obra ha sido realizada  
a iniciativa y bajo la coordinación  
de la Redacción de  
**Francis Lefebvre**

© Francis Lefebvre  
Lefebvre-El Derecho, S. A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00  
clientes@lefebvre.es  
www.efl.es  
Precio: 33,28 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-18647-98-7  
Depósito legal: M-30950-2021  
Impreso en España  
por Printing'94  
Paseo de la Castellana, 93, 2º - 28046 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

# Plan general

	<u>nº marginal</u>
Capítulo I. Régimen económico matrimonial.....	103
Capítulo II. Relaciones paterno-filiales.....	180
Capítulo III. Pensión de alimentos y gastos extraordinarios.....	210
Capítulo IV. Pensión compensatoria y compensación del CC art.1438.....	249
Capítulo V. Vivienda familiar.....	260
Capítulo VI. Medidas urgentes en relación con los hijos menores.....	305
Capítulo VII. Adopción.....	338
Capítulo VIII. Filiación.....	342
Capítulo IX. Cuestiones procesales.....	352
Capítulo X. Cuestiones penales.....	465
Capítulo XI. Apoyos a personas con discapacidad.....	485
	<u>Página</u>
Tabla Alfabética.....	93

# Abreviaturas

<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>CC</b>	Código Civil
<b>Const</b>	Constitución española
<b>D</b>	Decreto
<b>DF</b>	Decreto Foral
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>DGT</b>	Dirección General de Tributos
<b>DLeg</b>	Decreto legislativo
<b>EDJ</b>	El Derecho Jurisprudencia
<b>EJV</b>	Expediente de jurisdicción voluntaria
<b>IBI</b>	Impuesto sobre bienes inmuebles
<b>IPC</b>	Índice de precios al consumo
<b>IRPF</b>	Impuesto sobre la renta de las personas físicas
<b>ITP y AJD</b>	Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados
<b>ISD</b>	Impuesto sobre sucesiones y donaciones
<b>IIVTNU</b>	Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana
<b>L</b>	Ley
<b>LAU</b>	Ley de arrendamientos urbanos (L 29/1994)
<b>LEC</b>	Ley de enjuiciamiento civil (L 1/2000)
<b>LF</b>	Ley foral
<b>LH</b>	Ley hipotecaria (D 8-2-1946)
<b>LHL</b>	Ley de las Haciendas Locales (RDLeg 2/2004)
<b>LIRPF</b>	Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas
<b>LISD</b>	Ley del impuesto de sucesiones y donaciones
<b>LO</b>	Ley orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
<b>RD</b>	Real decreto
<b>RDL</b>	Real decreto ley
<b>RDLeg</b>	Real decreto legislativo
<b>Resol</b>	Resolución
<b>Rgto UE</b>	Reglamento de la Unión Europea
<b>Rgto CE</b>	Reglamento de la Comunidad Europea
<b>RH</b>	Reglamento hipotecario (D 14-2-1947)
<b>RISD</b>	Reglamento impuesto sucesiones y donaciones
<b>RN</b>	Reglamento notarial (RD 2-6-1944)
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>UE</b>	Unión Europea

# Introducción

Con un enfoque totalmente práctico, en este libro ofrecemos un compendio de las más interesantes consultas, fruto de la valiosa labor prestada a través del servicio de consultoría de Derecho de Familia de Lefebvre a nuestros suscriptores.

El contenido de esta obra recoge aquellas cuestiones que han sido más consultadas en fechas recientes y se ofrecen sistematizadas por capítulos. Así, el capítulo I aborda el tema del **régimen económico matrimonial**, haciendo especial hincapié en la liquidación de gananciales; en el capítulo II se habla de las **relaciones paterno-filiales** tras la ruptura de los progenitores; el capítulo III ahonda sobre diferentes cuestiones relacionadas con la **pensión de alimentos y los gastos extraordinarios** de los hijos; en el capítulo IV se examina la **pensión compensatoria** y la compensación del CC art.1438; en el capítulo V se estudia la problemática de la **vivienda familiar** tras la crisis del matrimonio; el capítulo VI está dedicado a las **medidas urgentes en relación con los hijos menores**; el capítulo VII trata sobre la **adopción**; en el capítulo VIII se analiza la **filiación**; el capítulo IX se abordan distintas **cuestiones procesales**, tanto civil como penal; el capítulo X trata sobre diferentes **cuestiones penales** de incidencia en materia de Derecho de Familia; y, por último, en el capítulo XI se habla sobre los **apoyos a personas con discapacidad**.

En todo caso, las respuestas expresan el criterio u opinión de la Editorial, sometido a cualquier otro igualmente fundado en Derecho.

## CAPÍTULO I

## Régimen económico matrimonial

**Juzgado competente para liquidar gananciales de matrimonio divorciado vía notarial**

103

Como la causa de disolución de la sociedad de gananciales es una sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, nos encontramos ante un **supuesto no previsto** por el legislador en la LEC art.807.

Teniendo en cuenta que los **acuerdos CGPJ** atribuyendo competencia a los juzgados de familia incluyen dentro de esta «*los procedimientos relativos a la liquidación del régimen económico matrimonial vinculados a procedimientos de nulidad, separación y divorcio*», en principio, aunque realmente no se haya tramitado un procedimiento para obtener el divorcio, debe asimilarse a este el expediente notarial, por lo que el juzgado de familia será objetivamente el competente.

Tampoco existe norma **territorial** y surge la duda de si se acude a las normas de la LEC art.769 (último domicilio de matrimonio), o a la norma general de competencia del demandado (LEC art.50). Cualquiera de las dos normas podría ser de aplicación.

**Modo de valorar una sociedad unipersonal constituida durante la vigencia de la sociedad de gananciales**

105

Hay que tener en cuenta si realmente se está ante el ejercicio de una **actividad profesional** de uno de los cónyuges o si, en cambio, se trata de una **empresa**.

Para decidir en uno u otro sentido es fundamental conocer si la sociedad unipersonal cuenta con más **trabajadores asalariados**, ya que si solo presta sus servicios en ella dicho cónyuge, no podrá incluirse en el activo de la sociedad de gananciales.

Evidentemente, otra cuestión distinta serán los **bienes para desarrollar la actividad** de la misma (por ejemplo, si se trata de una empresa de transportes, el camión que se utiliza para realizar los transportes) que tendrán el régimen jurídico propio de los bienes gananciales, y por tanto se incluirá en el activo si ha sido adquirido constante la misma.

Si finalmente se llega a la conclusión de que se trata de una empresa y que debe incluirse en el activo, para su valoración no queda más remedio que acudir a un **perito** que será quien, a la vista de las cuentas y contabilidad de la empresa, emita un informe de valoración.

**Reclamación al excónyuge por impago de cuotas del préstamo concertado durante el matrimonio no satisfechas por aquel conforme a lo acordado en divorcio**

110

Como el Tribunal Supremo no admite recursos de casación en relación a autos, no contamos con ninguna resolución del Alto Tribunal que resuelva la cuestión. Ello provoca, como en otras materias de derecho de familia, que existan **resoluciones contradictorias** entre las audiencias provinciales.

El **criterio mayoritario** se inclina por admitir la ejecución de sentencia cuando la cláusula del convenio regulador que establece una obligación de pago es claro y dicha cláusula ha sido aprobada en sentencia.

Así, por ejemplo, la AP Barcelona razona que el fallo de la sentencia que se ejecuta disponía que cada cónyuge abonaría la mitad de la cuota hipotecaria. **Recogida en la resolución la obligación** de abono por ambos consortes del préstamo hipotecario, procede reclamar en un procedimiento de ejecución las cantidades que uno de ellos abonó y cuyo pago correspondía al otro (AP Barcelona auto 27-7-20, EDJ 631818). Aunque en el caso que se resuelve se refiere a los **pagos de la hipoteca**, el régimen

jurídico sería el mismo para el pago de las cuotas de un contrato de financiación de otro bien.

En un caso analizado por AP Valencia razonó que no es suficiente para despachar ejecución por los gastos de suministros de la vivienda ganancial la **referencia genérica al pago por mitad** de «*todas las deudas, cargas y préstamos que recaigan sobre la sociedad de gananciales*» que se contiene en la sentencia, pues no tiene la precisión mínima que justifique su inclusión en una sentencia de divorcio (AP Valencia auto 20-1-20, EDJ 516052).

Pero si **de forma expresa** se indica que «*se comprometen a responder mancomunadamente de las responsabilidades económicas derivadas de un contrato de financiación*» de un bien que sea, no existe la indeterminación que lleva a la AP Valencia a denegar el despacho de ejecución.

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, también deben mencionarse resoluciones que inadmiten la demanda de ejecución por interpretar que el título judicial no contiene **pronunciamiento de condena** en referencia a la sentencia que aprueba el convenio.

Un **ejemplo de este sector** es no admitir la demanda de ejecución si ni el convenio suscrito entre las partes ni la sentencia que lo aprueba recoge la obligación de pago directo de uno de los cónyuges al otro de cantidad alguna por la deuda hipotecaria; por lo que solo en el caso de que uno de los cónyuges prestatarios hubiera abonado al banco prestamista (verdadero acreedor) la parte correspondiente del otro podría repetir contra el mismo dicho pago en el procedimiento correspondiente, que en modo alguno sería el de ejecución de la referida sentencia (AP Huelva auto 25-6-19, EDJ 648491).

## 115

### Determinación en liquidación de gananciales de la fecha de extinción de la sociedad mediando un dilatado periodo de separación de hecho

Esta es una cuestión que no resulta del todo pacífica, habiendo variado incluso la **jurisprudencia** del Tribunal Supremo. Como es bien sabido, el CC art.1392 establece que **la sociedad de gananciales concluirá** de pleno derecho:

1º.- Cuando se disuelva el matrimonio;

2º.- Cuando sea declarado nulo;

3º.- Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges;

4º.- Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código.

Recoge el artículo siguiente, CC art.1393, **supuestos de conclusión** por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos allí señalados.

Sin embargo, era pacífica la jurisprudencia al reconocer que la separación de hecho pone fin al régimen económico matrimonial cuando, con esa separación, se pone de manifiesto una **inequívoca voluntad** de ponerle fin. Así el Tribunal Supremo declaró que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia conyugal, lo que por ejemplo enerva la **presunción de ganancialidad** para el inmueble adquirido constante matrimonio, pero tras esa ruptura de hecho. Entenderlo de otro modo supondría 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 (CC art.3.1); y que, rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen por un cónyuge derechos que no le corresponden (TS 17-6-88, EDJ 5243; 13-6-86, EDJ 4068).

No obstante, el Tribunal Supremo introduce un **matiz a su jurisprudencia** en el sentido de establecer que la situación de separación de hecho excluye la pervivencia de la sociedad de gananciales, para considerar injustificada su aplicación únicamente «*en aquellos supuestos en que pese a existir una separación de hecho, no obstante, no hay o no se constata, una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica, o bien por razones afectivas*» (TS 6-5-15, EDJ 111130).

Y por último, estimando el recurso de casación, deniega la retroactividad de la fecha de disolución al **auto de medidas provisionales**, tal y como solicitaba el marido. Para ello esgrime como razones el CC art.1392.1 («*la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio*») y el CC art.95 «*la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial*» (en la redacción literal vigente hasta la reforma por la LJV). Sostiene la sentencia igualmente que el CC art.103.4 y LEC art.773 contempla la posibilidad de que una vez admitida la demanda el juez adopte **medidas de administración** y disposición sobre los bienes gananciales, incluidos los que adquirieran en lo sucesivo, lo cual presupone que el régimen no se ha extinguido. También pone su acento en que el CC art.102 establece que como consecuencia de la admisión de la demanda de divorcio quedan revocados todos los **consentimientos y poderes** otorgados, pero no dice que se produzca la extinción del régimen económico ni la suspensión del mismo durante la tramitación del procedimiento. Igualmente se da la posibilidad de que admitida la demanda se pueda **solicitar la formación del inventario** con arreglo a lo dispuesto en la LEC art.808 s. Por último, se hace mención al CC art.1393.3, mencionado al principio de este epígrafe, cuando establece la posibilidad de conclusión por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges por llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar, pero en cualquier caso la disolución sólo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial (TS 28-5-19, EDJ 600665).

En otra ocasión resolvía el recurso de casación cuyo motivo era si la disolución de la sociedad de gananciales debía de coincidir con la fecha de la **orden de protección** o con la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio, decantándose el Alto Tribunal por esta última fecha (TS 2-3-20, EDJ 513480).

Así las cosas, esta argumentación parece a primera vista un paso atrás, pero la sentencia también entiende que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de **bienes adquiridos con el propio trabajo** e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro, haciendo referencia a TS 6-5-15 que se ha estudiado anteriormente. Esta sentencia establece que se tendrá que resolver según el caso, ya que no puede aplicarse ninguna doctrina de un modo dogmático y absoluto, tal y como hemos visto anteriormente. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho (CC art.1393.3, 1368 y 1388) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un **ejercicio abusivo del derecho** contrario a la buena fe –CC art.7– (TS 6-5-15, EDJ 111130).

Con todo ello, para que se decrete el carácter privativo del bien tendrá que instarse la liquidación de la sociedad de gananciales, y en la **fase de inventario** solicitar que no se incluya el inmueble, puesto que existe un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe del cónyuge adquirente por parte del otro, que pretende la inclusión de un bien a cuya adquisición no contribuyó.

Por tanto y en **resumen**, la fecha de disolución podría ser aquella en la que cesó la convivencia si se demuestra la voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a efectos económicos, pero si no es así será la fecha de divorcio, si bien la reclamación por parte de uno de los cónyuges de derechos sobre **bienes a cuya adquisición no ha contribuido** podrá ser rechazada en los términos señalados.



120

**Momento en liquidación de gananciales para probar el vaciado de la cuenta bancaria del matrimonio por uno de los cónyuges transfiriendo cantidades a la suya particular**

Es una **cuestión muy controvertida** entre la doctrina y los tribunales, no existiendo una postura uniforme.

La duda surge sobre si es en la **comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia**, donde las partes deben aportar la documentación que tienen en su poder, para acreditar sus pretensiones sobre carácter ganancial o privativo de todas o alguna partida del haber; o si es en el declarativo posterior, **juicio verbal**, donde con los principios de contradicción, oralidad y presencia del juez, donde se debe realizar todo la fase probatoria son limitación alguna.

Esta segunda es la **postura mayoritaria** entre las audiencias provinciales.

En cuanto a las **diligencias preliminares**, también es discutible; pues existen aquellos jueces o tribunales, que apoyándose en la literalidad de la LEC art.256 s., entienden que se deben aplicar con carácter restrictivo, y exclusivamente en los supuestos contemplados por el legislador; y del otro lado, entre las que se encuentran las secciones 22 y 24 de AP Madrid, que admiten una aplicación más flexible, a fin de garantizar el derecho de las partes a acudir con la debida defensa e información al pleito principal. No obstante, entendemos que el hecho de no solicitar diligencias preliminares, no es causa legal y suficiente para denegar pruebas en la **fase declarativa**, toda vez que la LEC art.256 utiliza el término «*podrá*» y no el imperativo de «*deberá*». Es cierto, que en el proceso de liquidación de gananciales, no tiene razón de ser el realizar una **averiguación patrimonial**, pero si se debería admitir un oficio a la entidad bancaria, donde este cónyuge tiene su cuenta privativa y donde se han ingresado, según la parte contaría, determinados fondos gananciales.

Además, y según las circunstancias del supuesto concreto, tal vez se pudiera aplicar el CC art.1390 y 1391.

Puede resultar ilustrativa la lectura de AP Madrid auto 13-11-12, EDJ 293283 y AP Madrid 24-6-11, EDJ 157032.

125

**Devolución de la fianza por el alquiler de una vivienda cuyo uso se adjudica a uno de los cónyuges en medidas provisionales**

Quando se trata de una vivienda ocupada en régimen de alquiler por el matrimonio, suele surgir la controversia respecto a la fianza del mismo, en el sentido de a quién se debe entregar si en el auto de medidas provisionales se otorgó el uso la vivienda a uno de los cónyuges indicando una fórmula similar a «**subrogándose D./D<sup>a</sup> en todos los derechos y obligaciones del arrendatario, incluido el pago de la renta, suministros y demás cantidades asimiladas**». La cuestión, que a primera vista podría resultar de cierta complicación, realmente no lo es tanto.

Debemos recordar que se si trata de un auto de medidas provisionales, las medidas que se acuerden en el mismo solo pueden ser las previstas en el CC art.102 s., sobre todo las del CC art.103, ceñidas exclusivamente a las medidas provisionales, y entre las previstas en dicho artículo se encuentra en su regla segunda la determinación de cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar mucho los bienes y objetos del ajuar que se puede llevar el otro cónyuge. Es decir, sólo se pueden establecer **reglas sobre el uso** y no sobre otras cuestiones que se deberían solventar en otros procedimientos.

Por tanto, la mención en el auto de esa subrogación en los derechos y obligaciones debe ser entendida exclusivamente desde el plano del derecho de uso de la vivienda familiar alquilada que se concede y no desde una liquidación parcial de la sociedad de gananciales, atribuyéndose **derechos patrimoniales** a uno u otro cónyuge. Los autos con una dicción como esta lo que pretende es indicar que este cónyuge debe hacerse cargo de forma exclusiva de todos los **gastos derivados del uso**, tales como renta, gastos de suministros y cantidades asimiladas, exonerando de dicho abono al

otro, puesto que ya no goza de dicho uso. Esa y no otra debe ser la interpretación del sentido de este tipo de resoluciones judiciales.

El derecho a la devolución de la fianza es una expectativa o un derecho de propiedad de la sociedad de gananciales, y cuando ese derecho se materialice con la devolución indicada, deberá seguirse las **reglas de la sociedad de gananciales**, pues realmente esa fianza no tiene absolutamente ninguna relación con el uso de la vivienda sino con el cumplimiento del contrato, pues de hecho no es más que una garantía del mismo, así que si el contrato se ha cumplido y se devuelve la fianza, la misma debe integrarse en el **patrimonio ganancial** y no en el patrimonio del cónyuge al que se le ha atribuido.

Además, ese derecho o **expectativa de la sociedad de gananciales** se inicia con mucha anterioridad al dictado del auto de medidas provisionales, pues el derecho a la devolución nace con el ingreso de la fianza, si bien ese derecho está supeditado o condicionado a la resolución del contrato. Pero si la fianza se ingresó con dinero ganancial, la devolución debe considerarse también dinero ganancial. Un auto de medidas provisionales no puede cambiar la **naturaleza de un bien** o derecho patrimonial ganancial.

En **resumen**, el sentido del auto no puede ser otro que determinar la forma de sufragar los gastos derivados del uso, puesto que de otra manera se estaría infringiendo el CC art.103, por pretender abarcar una pretensión que no se encuentre en dicho precepto.

#### **Incidencia en la formación de inventario de liquidación de gananciales de una solicitud de préstamo personal por parte de uno de los cónyuges después de presentar la demanda de divorcio**

130

Las **causas de disolución** de la sociedad de gananciales están previstas en el CC art.1392 y 1393, y entre ellas no está incluida la presentación de demanda de separación o divorcio, aunque conforme señala la LEC art.807, con dichas demandas se puede **solicitar la formación de inventario** del haber ganancial. Es más, la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, en esa misma línea, restringe mucho los supuestos en los que la **separación de hecho** puede generar esa disolución, que nunca se produce por el auto de medidas provisionales (TS 3-3-20, EDJ 513480).

Por lo tanto, inicialmente, el préstamo solicitado antes de esa disolución puede ser ganancial. Para saberlo, habrá que ver cuál es la **causa y destino** de ese préstamo, para ver si es responsabilidad de la sociedad de gananciales, aunque solo haya sido solicitado por uno de los cónyuges, supuestos contemplados en el CC art.1366 y 1368; o si por el contrario, quien lo solicitó es responsable de su devolución a la sociedad ganancial (CC art.1390 y 1391).

En este último caso, una salida posible sería **incluir en el pasivo** ese préstamo, pero si se solicitó en beneficio solo del cónyuge que lo pidió, se puede incluir también **en el activo** un crédito frente a ese cónyuge por el importe total del préstamo. Luego se adjudicarían ambas partidas a ese cónyuge.

#### **Controversia sobre el carácter ganancial o privativo de las aportaciones a la Mutuality General de la Abogacía**

135

El sistema es muy similar al que ya viene siendo estudiado jurisprudencialmente con respecto a los **planes de pensiones**, pues son sistemas muy parecidos, prácticamente con la misma naturaleza y finalidad. Por ello la doctrina relativa a los planes de pensiones es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa.

La cuestión es si el derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales sería por las aportaciones efectuadas o por el dinero acumulado y revalorizado del capital del plan de la Mutuality.

El principio general es que el **fondo acumulado**, es privativo por estar incardinados dentro del CC art.1346.5, el cual establece que son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmi-

sibles inter vivos. Así, la jurisprudencia tiende a considerar los planes de pensiones (y por tanto también las aportaciones) dentro de este epígrafe (AP Valladolid 1-6-07, EDJ 157517; TS 20-12-03, EDJ 186191; 20-12-04, EDJ 225026; 27-2-07; EDJ 13381). Ahora bien, si bien el plan en sí, el capital acumulado, no es ganancial, por el contrario debemos determinar que los juzgados y tribunales también tienen establecido prácticamente por unanimidad que las **cantidades aportadas**, habiéndose efectuado su aportación durante la sociedad de gananciales, deberían ser reembolsadas a la sociedad de gananciales.

Y ello es así en estricta aplicación del CC art.1397.3, el cual establece que habrá de comprenderse en el activo el **importe actualizado** de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste (AP Huelva 9-9-14, EDJ 274018).

140

#### Valoración del ajuar doméstico

Dada la dificultad de valorar los enseres que componen el ajuar familiar, a los que, además, hay que aplicar un valor de depreciación en función del número de años que tengan, los juzgados y tribunales han adoptado una solución práctica aplicando un porcentaje en relación al **valor de la vivienda**, si bien la jurisprudencia se encuentra dividida en cuanto si el 3% que es habitual, lo es respecto al valor catastral o a valor de mercado de la vivienda.

Veamos los **argumentos jurídicos** de una y otra tesis y las resoluciones que las sustentan:

- El ajuar doméstico forma parte de la masa hereditaria y se valora en el 3% del **importe del caudal relicto** del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje, ex LISD art.15 (AP Burgos 11-7-03, EDJ 205493; AP Asturias 27-7-06, EDJ 309090; AP Álava 18-12-14, EDJ 272127; AP Granada 7-10-13, EDJ 277387; AP Vizcaya 22-10-18, 700511).
- Se fija el valor del ajuar familiar en el 3% del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio, ex RISD art.34 (AP Madrid 19-6-02, EDJ 40957; 2-12-14, EDJ 228671).

145

#### Liquidación de vivienda familiar de matrimonio en separación de bienes mediante convenio de divorcio de mutuo acuerdo

La LEC art.437.4.4ª redacc L 42/2015 permite en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, que cualquiera de los cónyuges pueda ejercer simultáneamente la **acción de división de la cosa común** respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere **diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa** y uno de los cónyuges lo solicita, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos. El precepto no distingue entre procesos contenciosos y consensuados.

Se debe hacer constar en el convenio regulador. La LEC art.777.10 redacc L 8/2021 establece el trámite ante el letrado Administración de Justicia **si no existen hijos menores** no emancipados ni con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. Inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el mismo, este dictará decreto pronunciándose sobre el convenio regulador.

En las conclusiones del Encuentro entre Jueces y Abogados de Familia, organizado en Madrid por el Consejo General del Poder Judicial, durante los días 5, 6 y 7-10-2015, respecto a la liquidación en el régimen de separación de bienes y su acumulación a la acción de divorcio (EDO 2016/1000509), se dijo que en los procedimientos de mutuo acuerdo procede la **homologación de los pactos liquidatarios** del régimen de separación de bienes. Es presupuesto necesario para que se estime la acción de división de cosa común acumulada al procedimiento de separación, divorcio o nulidad, que no exista controversia sobre la titularidad de los bienes.

Inicialmente la **DGRN** (actual DGSJFP) no consideraba esos convenios como títulos inscribibles, en relación a aquellas transmisiones que iban más allá de la verdadera liquidación de gananciales (DGRN Resol 26-6-14; 30-6-15). Pero se debe considerar que la reforma del citado precepto conlleva que se deba entender que la sentencia que aprueba el convenio regulador, como un todo, es título suficiente para su inscripción.

No obstante, se debe tener presente que algunos juzgados y tribunales, si no hay desacuerdo entre las partes, no permiten esa actuación judicial, remitiendo a las partes al **trámite notarial**, para formalizar ese acuerdo extrajudicial. Ello conlleva en muchas ocasiones a la *picaresca* de que uno de ellos inicie el proceso contencioso y posteriormente el otro se allane, obteniendo el mismo resultado que el perseguido con el proceso de mutuo acuerdo.

150

#### Inclusión de nuevas partidas de bienes descubiertas entre la comparecencia para formación de inventario y la vista del juicio verbal

En el acto de la **vista del juicio verbal** de resolución de controversias en relación con el inventario de la sociedad de gananciales no pueden introducirse nuevas partidas (AP Córdoba 20-5-19, EDJ 630092).

Sin embargo, es distinto si **con anterioridad a la celebración de la vista** la parte actora ya ha solicitado la inclusión de nuevas partidas, y ha posibilitado que la parte contraria pueda oponerse a su inclusión formulando las alegaciones en apoyo de su pretensión, y tiene la posibilidad de **proponer prueba** en la vista del juicio para impedir que la partida que la nueva partida que pretende la parte actora se incluya en el activo de la sociedad. Es decir, se ha respetado el derecho de defensa de la parte demandada.

Es cierto que existe un **criterio muy restrictivo** en los juzgados y tribunales para adicionar nuevas partidas una vez que se ha celebrado la comparecencia de inventario, y que esta tesis nos lleva al absurdo de que la parte tenga que acudir a otro procedimiento de adición a la partición cuando estas nuevas partidas podrían incluirse sin ningún problema en el proceso de liquidación de gananciales que se encuentra actualmente en trámite.

Sin embargo, se va abriendo camino un sector doctrinal que permite la inclusión de nuevas partidas en el inventario cuando se ha **respetado el derecho de defensa** de la parte contraria.

En este sentido se ha admitido ciertas **excepciones a la regla general** para permitir la inclusión de un bien que no fue inicialmente incluido ni en la propuesta de inventario ni en la comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia (AP Madrid 1-6-18, EDJ 537408). En efecto, la solicitud de inclusión se realizó por la parte después de la comparecencia y antes de la celebración de la vista y teniendo en cuenta la **documental incorporada a los autos**, a la sazón, el informe sobre averiguación patrimonial. Se comprobó que existía una cuenta titularidad exclusiva del esposo, ante lo que solicitaba que se librara de oficio a la entidad bancaria correspondiente para que certificase el saldo, saldo que procede incluir en el activo, aun cuando en la solicitud de inventario no se hiciese expresa mención al mismo.

155

#### Impugnación de convenio de liquidación parcial de gananciales no ratificado judicialmente

La liquidación de la sociedad de gananciales, aun cuando no se haya disuelto el régimen económico matrimonial, tiene plena validez, si bien la **eficacia** está condicionada a que se produzca la disolución de la sociedad de gananciales. No obstante, doctrinalmente se ha cuestionado si es válida una liquidación parcial de la sociedad de gananciales, cuando los cónyuges van a **seguir con este mismo régimen** económico, y la respuesta es afirmativa, aunque no conocemos ninguna sentencia judicial que haya tratado esta cuestión.

Teniendo en cuenta que la **acción de nulidad** del convenio regulador en el que se ha liquidado la sociedad de gananciales no puede acumularse al procedimiento de liquidación regulado en la LEC art.806 s., la solución jurídica que entraña menos riesgo, es presentar una demanda de **juicio ordinario** solicitando la nulidad del convenio liquidación parcial de la sociedad de gananciales, acción que deberá ejercitarse en el plazo de los 4 años siguientes a su firma, dado que se trata de un plazo de **caducidad** y no de prescripción.

Si el cónyuge que lo pretende se espera al **procedimiento de liquidación**, puede encontrarse en el escenario de que el juzgado no le admita ejercitar la nulidad, y tenga que acudir a un procedimiento independiente. En este caso, podría plantear en el procedimiento de liquidación la **excepción de litispendencia**, si bien debe tenerse en cuenta que existe un criterio muy restrictivo para apreciar esta excepción dado que la **sentencia** que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en la LEC art.788, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda (LEC art.787.5).

160

**Liquidación de gananciales con vivienda atribuida en uso en el proceso de divorcio a uno de los cónyuges que abona todos los gastos de la misma desde entonces**

En primer lugar hay que tener en cuenta que la adjudicación de la vivienda familiar a favor de un cónyuge solo hace referencia al uso, no a la propiedad, por lo que la sociedad de gananciales está sin liquidar.

Que este haya venido asumiendo en solitario el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar implica que tiene un **derecho de reintegro** frente a la sociedad por el importe actualizado de todas las cantidades pagadas después de que se disolviese la sociedad que, en estos casos, fue con la sentencia de separación.

Otra cuestión distinta sería que existiera **convenio regulador** que indicase que los pagos se efectuarían sin derecho de reintegro en compensación al uso en solitario del inmueble. Pero si nada se indica sobre esta cuestión, hay derecho de reintegro.

El derecho de crédito de este cónyuge figuraría en el **pasivo de la sociedad de gananciales**, y se incluiría por el total de las cantidades abonadas desde la disolución de la sociedad de gananciales debidamente actualizadas conforme al IPC. No puede caerse en el error de **incluir solo el 50%**, ya que esto solo procedería si la reclamación se hiciese por vía del CC art.1405, es decir, como deudas entre copropietarios.

Que la sentencia de divorcio haya ratificado medidas como la atribución del uso de la vivienda que fuera conyugal, el pago de las mensualidades del crédito hipotecario y se hayan podido **repartir bienes**, como podrían ser los vehículos, no significa que la sociedad esté formalmente liquidada, y debe procederse a su liquidación siguiendo los cauces procedimentales de la LEC art.806 s.

165

**Titularidad de la casa edificada con dinero de uno de los cónyuges sobre parcela privativa del otro estando casados en separación de bienes**

Lo **edificado** en parcela privativa de uno de los cónyuges pertenecerá a este en su totalidad (CC art.358).

El otro tiene un derecho de crédito frente a aquel por el importe del **dinero aportado para la construcción**, debiendo tener en cuenta todas las obras, **siembras y plantaciones** se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario (CC art.359). Por tanto recae sobre el no propietario la carga de la prueba de acreditar el dinero que puso para la construcción.

Una vez realizada la construcción, el CC art.361 da la opción al titular del terreno a **hacer suya la edificación**, previa la indemnización establecida en el CC art.453 y 454, o a obligar al esposo a pagarle el precio del terreno.

Si no hay señalado un **plazo** especial el derecho de crédito del cónyuge que puso el dinero para construir en el terreno del otro esta afecto al plazo de prescripción de 5 años desde el momento en el que finalizó la construcción [art.1964 CC].

La fórmula más eficaz es la **compraventa del 50%** del solar al cónyuge que puso el dinero para la construcción de la casa, y compensar esta cantidad con la parte que le correspondería pagar al titular del terreno en la construcción. Otra opción sería la **permuta del solar** por obra nueva.

Se podría **inscribir en el RP** la construcción a nombre del cónyuge que no era titular del terreno, pero como paso previo deberá de constituirse un derecho de superficie [LS/15 art.40 y 41].

170

#### Liquidación de una cuenta corriente conjunta creada tras el divorcio para hacer frente al pago de la pensión alimenticia según ordenó la sentencia

Es una situación que en la práctica comienza a darse con frecuencia. Se trata de supuestos en el que se acuerda judicialmente en una sentencia de divorcio la obligación de ambos progenitores de abrir una cuenta común mancomunada para a través de ella hacer frente al mantenimiento económico de los hijos. Luego varían las circunstancias, se dicta una sentencia en un procedimiento de **modificación de medidas** con otro sistema distinto, por lo que la cuenta ya no puede ir destinada al fin para el que fue creada, existiendo un saldo que evidentemente se debe repartir entre ambos progenitores.

Si **uno de los progenitores debe cierta cantidad** al no haber abonado en su día ciertas cantidades ordenadas en sentencia, el reparto deberá ser en mayor proporción para el otro.

No cabe hablar en modo alguno de **gananciales** pues la cuenta se crea posteriormente y en virtud precisamente de una sentencia de divorcio que, entre otros efectos, produce la liquidación de la sociedad de gananciales. Por tanto cualquier tipo de procedimiento relacionado con la sociedad de gananciales no es viable, incluyendo en esta imposibilidad por tanto un procedimiento de adición de inventario.

Así las cosas, la única vía es ir a un declarativo ordinario de **división de la cosa común**, siendo la cosa común precisamente el saldo existente en la cuenta corriente.

Estimamos casi con total seguridad que se puede llegar a un acuerdo sin necesidad de acudir a ese procedimiento puesto que la situación es muy obvia, se va a repartir por mitad esa cuenta. Pero si no hay acuerdo, se debe acudir a la división de cosa común (CC art.400) o a un declarativo solicitando una **obligación de hacer**, en este caso colaborar a la liquidación de la cuenta, pero en cualquier caso a un declarativo ordinario.

175

#### Trámites para dejar sin efecto las capitulaciones otorgadas al contraer matrimonio e incidencia en la titularidad de los bienes

No existe ningún obstáculo para que los cónyuges, constante el matrimonio, otorguen capitulaciones matrimoniales **modificando el régimen de separación** de bienes al que se acogieron mediante capitulaciones matrimoniales firmadas al contraer matrimonio para no regirse por el régimen de gananciales.

Para ello basta con que comparezcan ante una notaría y otorguen la correspondiente **escritura pública**. Obviamente, ambos cónyuges deben estar de acuerdo en el cambio de régimen económico matrimonial, ya que si hay **oposición de uno de los cónyuges**, no cabe la posibilidad de cambiar el régimen, pues no se regula en nuestro ordenamiento jurídico ninguna acción que permita esta posibilidad.

Ahora bien, que se cambie el régimen de separación de bienes por el de gananciales no va a hacer que el **bien adquirido por uno de los cónyuges** exclusivamente mientras estaba vigente el régimen de separación de bienes se convierta en común, pues para ello sería necesario que el cónyuge titular aportase dicho bien a la sociedad de gananciales. Esta **aportación a la sociedad de gananciales** puede realizarse en la

**175**

(sigue)

misma escritura de capitulaciones matrimoniales, o en otro documento independiente.

Una vez que se otorgue la escritura de capitulaciones matrimoniales y comience a regir la sociedad de gananciales, serán de la mismas los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges y los **frutos**, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales (CC art.1347).

Con todo ello, si uno de los cónyuges abrió un **negocio privativo** durante la vigencia del régimen de separación de bienes, todo lo anterior significa que los rendimientos, en los sucesivos, pasan a ser gananciales; pero no el propio negocio que sigue perteneciendo a su titular con carácter privativo, salvo que, como hemos indicado, el titular lo aporte a la sociedad de gananciales, convirtiéndose de esta forma en común.