CONCLUSIONES DEL DEBATE DE LA SECCION DE DERECHO DE FAMILIA CELEBRADO EL 7-5-2018, EN EL ICAM.-

CON LA PRESENCIA DE DON JUAN PABLO GONZALEZ DEL POZO JUEZ TITULAR DEL JUZGADO DE INSTANCIA 24 DE MADRID.

CUESTIONES DEBATIDAS:

1.- Se dicta sentencia de divorcio en primera instancia, en la que se acuerda el ejercicio de la custodia compartida, una pensión de alimentos a abonar por el padre a la madre y que el padre abone el 100% de los gastos escolares de sus dos hijos.

La Audiencia Provincial de Madrid, deja sin efecto la obligación del padre de abonar el 100% de los gastos escolares de sus hijos, al considerar que los gastos escolares deben formar parte de la pensión de alimentos.

La madre, que percibe puntualmente la pensión de alimentos, decide no pagar el colegio. Ella ejecuta y le desestiman la demanda, el esposo ejecuta y la demanda no se admite ni a trámite al considerar que en la Sentencia no se dice expresamente quien debe pagar el colegio.

.- Si en la sentencia de divorcio se acuerda el pago de una pensión de alimentos y no se dice expresamente quien paga los gastos escolares ¿no se pueden reclamar vía ejecución?

.- El procedimiento adecuado ¿es una reclamación de cantidad? Si no tengo título ejecutivo según el Juzgado de Familia ¿Con base a qué lo solicito?

RESPUESTA A LA CUESTION

La cuestión planteada debe resolverse en base a lo establecido en la Sentencia dictada por la A. Provincial que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, que revoca la obligación impuesta al padre de abonar, además de una pensión alimenticia, la totalidad de los gastos escolares del menor, razonando que los gastos escolares están incluidos dentro de la pensión alimenticia que percibe la madre, pues ello equivale a disponer, de manera indirecta pero inequívoca, que ha de ser la madre la que abone la totalidad de los gastos de escolaridad

Es obvio que la madre, como progenitora custodia que recibe la pensión, tiene la carga de recibir la contribución paterna destinada a la alimentación de la menor, y, como administradora que es de dicha pensión, destinarla a la cobertura de todas las necesidades alimenticias de la alimentista entre las que están incluidas, ex artículo 142 del Cc., los gastos de educación e instrucción de la misma. Por lo que es sorprendente que se resuelva por el Juzgado Instancia que no queda resuelto quien paga los gastos de Colegio al estar implícito tal pronunciamiento en la sentencia de la Audiencia.

Ante el impago por la madre de los gastos de escolaridad del menor cabe que el padre presente demanda ejecutiva requiriendo a la madre para que abone tales gastos de escolaridad al colegio en el plazo que al efecto se le señale (obligación de hacer no personalísima, con fundamento en el art. 706 Lec), bajo apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, se entenderá autorizado el padre para efectuar el pago y deducir su importe de la cuantía de la pensión mensual establecida.

Ante una eventual demanda ejecutiva presentada por la madre reclamando el pago íntegro de la pensión alimenticia, el padre opondrá, como compensación, el pago de aquellos gastos, oposición que deberá estimarse para evitar el enriquecimiento injusto de la madre. Esta es la solución adoptada en el auto de este juzgado de 7 de marzo de 2016, ETJ 473-2015, íntegramente confirmado en apelación por AAP Madrid, Secc. 22ª, de 20-4-2018, recurso apelación 1517/2016.

Se podría solicitar, a través de una demanda ejecutiva, el requerimiento a la madre para que dé cumplimiento a su obligación de pago de los gastos de escolaridad del menor, bajo apercibimiento la imposición de multas coercitivas, al amparo de lo establecido en el artículo 776, 1ª de la Lec, , pero no parece que resulte adecuada la vía de imponer multas pecuniarias a quien voluntariamente no cumple una obligación pecuniaria.

2.- En un procedimiento de divorcio, ¿puede solicitarse la administración de la sociedad de gananciales en virtud del artículo 103.4 del CC (referido a medidas provisionales) o es una medida que debe adoptarse en la liquidación de gananciales al no existir precepto expreso sobre las medidas a adoptar en el procedimiento de divorcio?

RESPUESTA A LA CUESTIÓN.

El art. 103.4 CC permite adoptar normas de administración y disposición de los bienes comunes, e, interpretado conjuntamente con el art. 91 CC, es viable concluir que pueden adoptarse tales medidas no solo con carácter provisional, sino también en la Sentencia.

También pueden adoptarse medidas de administración, con carácter provisional o definitivo, en el proceso de formación de inventario previsto en el artículo 809 de la Lec.

Si acordadas medidas de administración en el proceso de divorcio, se quiere solicitar ulteriormente su alteración en el proceso de formación de inventario, sólo es viable tal posibilidad si se acredita una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en consideración para adoptar las primeras.

Pero, tanto en uno como en otro proceso, no es dable adoptar medidas de naturaleza mercantil, como atribuir la administración de una sociedad limitada o anónima a un cónyuge cuando el mismo ostenta la mayoría del capital social y las acciones o participaciones sociales son enteramente gananciales.

3.- Nos encontramos con una sentencia divorcio del año 2005. Mediante Decreto el Juzgado que resolvió sobre el procedimiento de divorcio homologa acuerdo liquidación gananciales 2015. En ese acuerdo, el marido se adjudicó como pasivo el 100 % de dos préstamos hipotecarios que gravaban la vivienda familiar que se adjudicó la esposa.

El marido deja de abonar los préstamos hipotecarios.

.- ¿Qué juzgado es el competente?: el que dictó resolución homologando acuerdo de liquidación de gananciales o el Juzgado de 1ª Instancia.

.- ¿Qué procedimiento es el que hay que presentar? Ejecución o procedimiento ordinario en reclamación de cantidad por incumplimiento.

RESPUESTA A LA CUESTIÓN.

En el reparto y adjudicación de los bienes gananciales, es improcedente atribuir el préstamo hipotecario al partícipe a quien no se adjudica la propiedad del inmueble hipotecado, pues, dada su carencia de interés en el pago de una deuda propia de un tercero, de la que responde también el bien inmueble de la titularidad dominical de un tercero, es claro que dejará de abonar las cuotas de amortización de una hipoteca cuya ejecución no le afectará, máxime cuando tal modo de liquidar carece de lógica alguna, porque la adjudicación del inmueble a un cónyuge no se efectúa por su valor de mercado libre de cargas, sino por el valor del inmueble menos la carga hipotecaria.

Deben adjudicarse la obligación de asumir las cargas hipotecarias, conforme a la realidad material de los bienes, al cónyuge al que se atribuye en la liquidación el pleno de dominio del inmueble gravado.

Pero el problema planteado es el mismo que cuando ambos copropietarios deben abonar el préstamo.

Debe estarse al título de su constitución.

La ejecución dependerá de lo pactado en el Convenio, si es que lo hubo, cuyas clausulas estarán sometidas a las normas generales de contratación entre partes (1089 y ss y 1255 y ss)

Hay criterios divergentes en las A. Provinciales.

Puede consultarse el artículo publicado por la estimada compañera Doña Dolores Azaustre Garrido, publicado en la revista de Derecho de Familia del año 2015, que recoge los diversos criterios seguidos en las Audiencias, que normalmente no admiten el despacho de la ejecución, con fundamento en que el acreedor es el Banco, por lo que hay carencia de legitimación activa del otro cónyuge.

El T. Supremo ha dejado claro que el Juez no puede modificar el título constitutivo de la hipoteca variando el obligado o la proporción en el pago con respecto al título constitutivo.

Asunto además discutido en el Encuentro de Jueces y abogados de familia en el año 2015.

En cuanto al Juzgado competente para reclamar el pago de la hipoteca, se debe realizar el pago y acudir al Juicio ordinario reclamando el importe.

Planteada la validez y legalidad de modificar de mutuo acuerdo la proporción o cuota en el pago de la hipoteca, se concluye que debe aceptarse su validez al cumplirse los requisitos del consentimiento, y comprenderse dentro de normas y pactos de contratación (1255 CC)

Evidentemente, en caso de así se convenga se ejecutará conforme haya sido pactado en el convenio regulador.

4.- Vigente el matrimonio uno de los cónyuges percibe una indemnización por despido superior a la que le correspondería por ley (Estatuto de los Trabajadores) porque así lo ha pactado con su empresa (por estar embarazada o en reducción de jornada o por dejar algún tema cerrado…). Como fue contratado años antes de casarse, parte es ganancial y parte privativa:

.-¿Cómo hacemos los cálculos? Es decir,

.- ¿El exceso de indemnización sobre la legal es ganancial, privativa o en estricta proporción?

Mismo supuesto. La indemnización se percibió muchos años antes del divorcio y se ingresó en la cuenta común y se fue gastando. Para que se le devuelva la parte privativa:

.- ¿Tiene que acreditar que se empleó en el levantamiento de cargas?

.- ¿Podría no tener derecho al reintegro por haberlo integrado voluntariamente dentro del patrimonio ganancial?

RESPUESTA A LA CUESTIÓN.

Lo que es indemnización por despido tiene dicho concepto con independencia de la causa que lleve a la empresa a fijar el montante de la indemnización por encima del establecido en el ley. Será difícil, por no decir imposible, probar que el exceso tenga carácter privativo, salvo el supuesto en que parte de la indemnización se haya generado antes de comenzar a regir la sociedad o con posterioridad a su extinción.

Y, por otro lado, teniendo en cuenta la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Cc, salvo que se pruebe la privatividad, tendrá carácter enteramente ganancial.
En el supuesto planteado deberá quedar acreditado el concepto, el periodo de duración de la relación laboral de que trae causa el despido y la fecha en la que se abona, etc..
Es decir es cuestión de prueba.
El dinero privativo obtenido antes del matrimonio, ingresado en la cuenta común, gastado en la familia, en estos momentos plantea divergentes soluciones en las Audiencias. Para unos hay una conducta contraria a la buena fe e ir ello derecho al reintegro, y de otro lado hay una donación, que unos entienden lo es en favor de la sociedad gananciales y por ello sin derecho a reintegro, y otros que ese ingreso permite el derecho a reintegro.
La cuestión es estudiada por Juan Pablo González del Pozo en un artículo publicado en Diario La Ley. Smarteca. Derecho de Familia, nº 15, correspondiente a julio-diciembre 2017, titulado "Las entregas de dinero realizadas por los padres u otros parientes a un cónyuge casado en gananciales; su tratamiento jurídico". Debe entenderse que la donación no se presume, por lo que el ingreso de dinero privativo en la cuenta común no le hace perder el carácter privativo y por tanto el que sostenga que hay donación debe probarlo : además la donación: al cónyuge? O la sociedad?
No hace falta probar el empleo del dinero, porque la presunción de ganancialidad, permite deducir que el dinero gastado es en levantamiento de las cargas, debiendo solo probarse que el dinero se ha gastado en bienes privativos por aquel a quien interese (SAP Secc. 22, 265/2015, de 17-3-2015)

5.- Matrimonio en régimen de separación de bienes. La esposa adquiere para sí un inmueble mediante un crédito hipotecario suscrito por ambos cónyuges. Además, el esposo hipoteca una vivienda privativa, que se utiliza para abonar parte del precio del inmueble.

Los cónyuges se han divorciado. ¿Qué procedimiento hay que iniciar para que la esposa abone el 100% de los dos créditos hipotecarios? ¿Es suficiente con un declarativo en el que se acuerde que ambos créditos son obligación de la esposa y ante impagos interponer monitorio?

Dependiendo del contrato origen de la hipoteca de la vivienda privativa, debe calificarse el negocio jurídico subyacente en virtud del cual el marido asume tal obligación: préstamo, donación, permuta, arrendamiento, etc. Hay que analizar el documento que dio origen, y si no hay documento hay que estar a los hechos anteriores, coetáneos y posteriores.

Hay que estar a los hechos concurrentes y a las pruebas.

En el proceso declarativo se resolverá el tipo de negocio jurídico que dio origen a su constitución, y, en su virtud, las consecuencias de ello derivadas, y si se tiene que devolver en qué modo forma, plazos y condiciones.

6.- La aportación de dinero privativo en la compra de una vivienda, constante la sociedad de gananciales, sin reserva en escritura. ¿se puede exigir mediante el ejercicio del derecho de reembolso?

Hay una gran polémica en las AAPP, con dos posiciones enfrentadas:

a.- Adquisición de un inmueble sin especificar que se efectúa en parte con dinero privativo, se considera ganancial sin derecho a reintegro (lo considera donación, y así 29-12-2015 SAP secc. 22) (Almeria, Vizcaya, entre otras)

b.- Adquisición del inmueble sin especificar que se efectúa en parte con dinero privativo, se considera ganancial pero con derecho a reintegro porque no se excluye la aplicación del art. 1398, porque la donación no se presume.

El Tribunal Supremo (STS de 3-12-2105) sostiene que la causa matrimonii no es igual a causa donandi.

La STS,1ª, 498/2017, dde 13 de septiembre, decide que es de aplicación el art. 1398 CC, por lo que hay derecho de reintegro o reembolso del dinero privativo. El bien es ganancial, pero existe un derecho de reembolso.

Todo ello porque la donación no se presume, y debe probarla el que la alegue.

Se pregunta por la posibilidad de que dado el tiempo transcurrido no se pueda pedir el reembolso, para ello debe acudirse a otras figuras (vg. No prescribe el derecho del comunero a pedir la división de la cosa común)

En las facultades no cabe prescripción, no es un derecho, es una facultad por ello no prescribe.

Art. 1346 CC la sustitución.

El tema es estudiado con detenimiento por Juan Pablo González del Pozo en el artículo de opinión que bajo el título "Las consecuencias de la atribución de ganancialidad a los bienes adquiridos onerosamente con dinero total o parcialmente privativo de un cónyuge" se publicó en el Derecho, Revista de Derecho de Familia núm. 57, correspondiente a noviembre de 2017

7.- En caso de aportación de dinero privativo para la amortización de hipoteca que grava una vivienda ganancial, ¿se puede exigir el derecho de reembolso?

Por contestada con la anterior.

8.- Un matrimonio obtiene sentencia de separación en el año 2001 y, posteriormente de divorcio en el año 2004.

En paralelo al divorcio se interpone demanda de liquidación de gananciales contenciosa. Se llega a formalizar el inventario (tras celebración de vista al no haberse llegado a un acuerdo en el acto de formación), pero

ninguno de los cónyuges continúa adelante con el procedimiento, por lo que no se lleva a cabo un procedimiento de liquidación judicial.

Poco después, en el año 2006, los ya ex cónyuges se reparten de hecho los bienes gananciales: se liquidan al 50% las cuentas, depósitos, etc. Pero, no se sabe si por despiste o error, no se divide uno de dichos bienes gananciales. Desde entonces no ha habido ninguna reclamación entre ellos.

.- Qué plazo de prescripción aplicaría para que uno de los cónyuges pudiera reclamar a otro la entrega de uno de los bienes gananciales que no llegó a liquidarse (aunque sí estaba contemplado en el inventario aprobado judicialmente)?

.- ¿Se podría entender que el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción sería la liquidación llevada a cabo de mutuo acuerdo sobre el resto de bienes (aunque no se llegó a documentar nunca)?

Dado que no es un derecho sino una facultad, es imprescriptible.

Esta admitida además la liquidación parcial, por lo que puede liquidarse total y parcial, y liquidarse o dejarse a la muerte.

9.- En caso de que el progenitor al que se le ha atribuido la guarda y custodia, y es por tanto acreedor de la pensión de alimentos, inicie procedimiento de ejecución en reclamación de alimentos ordinarios devengados durante el periodo en que los hijos, de un modo voluntario, estable y prolongado, se encuentran conviviendo con el otro progenitor:

.- ¿Cuál es el motivo correcto de oposición a la demanda de ejecución?:

a) El pago, invocando el <u>artículo 556-1 de la LEC</u> en relación con los <u>artículos 1156, 1157, 1158, 1162, 1163, 1164 y 93 del CC</u>, y los artículos 3, 4, 6.4 y 7 del citado código y LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, todo ello a la luz del <u>artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial</u>.

b) La inexistencia sobrevenida del título, dado que los acreedores reales de la pensión son los hijos.

RESPUESTA A LA CUESTIÓN

Es importante reseñar que, además de oponerse a la ejecución, ES procedente iniciar un proceso de modificación definitiva de medidas, con modificación provisional, para adecuar la realidad jurídica a la realidad familiar.

Adoptada la medida provisional ya no procedería el pago; el problema se encuentra en las pensiones alimenticias devengadas desde la fecha que se reclama hasta la adopción de las medidas provisionales en el marco del proceso de modificación.

Hay varias vías, el Ponente piensa que la reclamación no procedería y es inejecutable, porque de prosperar se daría lugar a un enriquecimiento injusto de la parte ejecutante, y, además, por la inexistencia de causa dado que el progenitor con el que no convive el hijo no tiene legitimación para reclamar una pensión de alimentos que de un hijo que ya no convive con el mismo

Zona de los archivos adjuntos

Vista previa del archivo adjunto CONCLUSIONES DEBATE 7 DE MAYO DE 2018.docx

CONCLUSIONES DEBATE 7 DE MAYO DE 2018.docx