

## DEBATE SECCIÓN DE FAMILIA

FEBRERO 2017

### **CUESTIONES:**

#### **1.- SUPUESTO: GASTOS EXTRAORDINARIOS.**

Presentamos una demanda de ejecución de gastos extraordinarios (actividades extraescolares: unas autorizadas por el padre por medio de correo electrónico, e incluso recomendadas por él; otras autorizadas pero no quiere abonarlas porque dice que se encuentran incluidas dentro de la pensión de alimentos; ortodoncias justificadas con informe médico) y cargas de la vivienda familiar. La sentencia no hace expresa referencia a las actividades extraescolares, ni a gastos extraordinarios. Sí dice que:

*“Ningún pronunciamiento cabe hacer en relación con el abono del IBI o de cualesquiera otros impuestos recaigan sobre la propiedad de la vivienda familiar. Desde la fecha de la presente resolución en que se disuelve la sociedad de gananciales, y en cuanto no se liquide la sociedad legal, rige un sistema de proindivisión que obliga al abono de tales cargas por ambos cónyuges al 50% en aplicación del régimen de copropiedad”*

Por la parte ejecutada se nos alega un supuesto defecto procesal, que dicen debería haber dado lugar a la inadmisión de la demanda ejecutiva por no haber solicitado, previamente al despacho de la ejecución, la declaración de que la cantidad reclamada tiene consideración de gasto extraordinario.

Nosotros decimos que: - Con carácter previo a la admisión de la demanda de ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia ya examinó los requisitos procesales, y de hecho, habiendo detectado un error en las cantidades reclamadas, requirió para subsanación; - El procedimiento del art. 776.4º de la LEC se reserva a los supuestos en que han de ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios no previstos en medidas definitivas o provisionales, cuando no existe acuerdo entre las partes; pero si existe acuerdo, o comunicación previa, no sería necesaria la declaración previa judicial de dichos gastos.

**Cuestiones:** 1ª).- ¿Sería suficiente una simple “comunicación”, para poder declarar de oficio el pronunciamiento sobre gastos extraordinarios, sin necesidad de la comparecencia prevista en el art. 776.4º de la LEC?

2ª).- Si en la demanda ejecutiva también constan **gastos extraordinarios necesarios** de los que se informa al progenitor con carácter previo (con informes médicos, diagnósticos y necesidad de tratamiento), ¿es necesaria dicha comparecencia para estos, o solo aquellos?

3ª) Cargas del matrimonio.- ¿Se pueden reclamar las cargas del matrimonio con base en el artículo 103.3 del Código Civil en esta ejecución (no corresponden al uso y disfrute de la vivienda pues se trata de arreglos de tuberías estructurales –mal diseñadas en origen-, etc. que dañan la propiedad y que han sido puestos en conocimiento del esposo con carácter previo), según está redactado el fallo de la sentencia? ¿Deberíamos ir a un procedimiento verbal u ordinario, según la cuantía?

4º).- Como no se entró por la ejecutada en el fondo del asunto en su oposición a la ejecución, ¿podríamos solicitar en este momento procesal la celebración de la comparecencia prevista en el art. 776.4ª de la LEC, al no producirse indefensión a la parte contraria –que no ha entrado en el fondo del asunto-, pero que lo ha introducido como objeto del procedimiento? ¿Y si hubiese entrado en el fondo? Si se denegase el motivo de oposición: únicamente que se inadmita a trámite, ¿podría luego alegar que no entró en el fondo y que se reservó expresamente el motivo de oposición de fondo?

## **CONCLUSION:**

En primer lugar, solicitamos aclaración sobre si la Sentencia se pronuncia expresamente sobre los gastos extraordinarios al 50%. Se confirma que sí.

Se concluye que con carácter general siempre hay que interponer el incidente del artículo 776,4, **salvo que exista acuerdo claro y expreso entre los progenitores**, tanto sobre el concepto del gasto, su importe, facultativo o emisor, etc.

No sería suficiente una simple comunicación para declarar de oficio el pronunciamiento sobre gastos extraordinarios, pues además se debe buscar el consentimiento del otro progenitor.

Para los **gastos extraordinarios** necesarios también es necesario instar el incidente pues los progenitores pueden estar en desacuerdo con la cuantía, el facultativo, el tratamiento, etc.

Respecto a las **cargas del matrimonio**, (tuberías, arreglos estructurales, etc.). Tal y como está redactada la Sentencia, no podrían reclamarse en la ejecución con base en el artículo 103.3 CC, pues la propia Sentencia se remite al *régimen de copropiedad*. Bajo nuestro punto de

vista deben reclamarse a través de un procedimiento verbal u ordinario según cuantía de la reparación.

En este punto algunos compañeros discrepaban.

**No podríamos solicitar en ese momento procesal la celebración de la comparecencia prevista en el art. 776.4 LEC**, pues el precepto dice claramente *deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución*.

Algunos compañeros comentaron que muchos juzgados consideraban no necesario el incidente y preferían que se ejecutara directamente. Otros dijeron que llamaban con anterioridad al Juzgado para conocer su criterio. Y otros, pensaban que, al ser subsanable de oficio, era más rápido ejecutar directamente y si el juzgado entendía necesario el incidente, acordaría la subsanación previamente.

## **2.- SUPUESTO: SUCESIONES.- ALBACEAS TESTAMENTARIOS.- DIVISIÓN DE HERENCIA.**

El padre de mis clientes (los dos hijos habidos con su primera esposa), fallece en junio de 2012 habiendo otorgado testamento ante Notario y designado dos albaceas testamentarios con carácter solidario prorrogándoles el plazo dos años más del legal, es decir, tres años. Interpuesta la demanda de división de herencia en 2015 el Juzgado no la admite porque se desconoce si se ha producido la aceptación del cargo por los contadores partidores designados por el testador, ni se sabe si han iniciado su encargo, ni si han transcurrido tres años porque no se conoce si los albaceas conocen su designación, todo ello a pesar de haber presentado los burofaxes al Juzgado dirigidos a los albaceas. El Juzgado dice que “deberá acreditarse fehacientemente” por la parte demandante que los contadores han aceptado el encargo o ha concluido el plazo para que pueda ser instada judicialmente la división de herencia.

Los albaceas en todo este tiempo no han practicado las operaciones particionales, de hecho uno de ellos es un señor mayor, enfermo, que al ser informado telefónicamente de su designación por la letrada de los dos hijos del primer matrimonio, se negó a hacer nada alegando estar enfermo, y la segunda, hermana de la segunda esposa del causante, también se niega a practicarlas sin más motivos que la mala relación entre los hijos del primer y segundo matrimonio y la madre de éste. En abril de 2015 la letrada de los dos coherederos envía burofax a los albaceas informando de su designación y requiriéndoles para que digan si

aceptan el cargo ó si se excusan pudiendo renunciar al cargo. No hay contestación pues saben de lo que se trata y se niegan a recibir nada de los dos primeros hijos del causante. Entiendo que un burofax es un medio fehaciente para tener por notificados a los albaceas, aunque se nieguen a recogerlo, de lo contrario pueden impedir la partición indefinidamente pues nunca podrá saberse si conocen la designación y si la aceptan. En todo caso, han pasado más de tres años desde el fallecimiento del causante.

**Cuestión:** Desde cuándo ha de contarse el plazo de tres años concedido a los albaceas por el testador para entender que ya ha finalizado el plazo señalado en el art. 905 del CC, desde el fallecimiento del causante en 2012 o desde el burofax que no recogieron en 2015? Puede entenderse que al no recogerlo, no conocen su designación, y por tanto no corre el plazo? El burofax es notificación fehaciente? Hay que enviar a un Notario a casa de cada albacea? Cómo se puede dividir esta herencia?

### **CONCLUSIÓN:**

**El cómputo del plazo comienza desde que el albacea acepta el cargo, tácita o presuntamente** (ésta última, pasados los seis días que menciona el art. 898 CC) o desde que terminó el proceso sobre validez o nulidad del testamento o de alguna de sus cláusulas. Al no recoger el burofax, si no se consiguiese acreditar de forma fehaciente alguna, se entiende que **no conocen su designación, por lo que el plazo no comenzaría a correr.**

El burofax es un medio de notificación fehaciente. Si no lo recogen la única opción es enviar a un Notario al domicilio de cada albacea (porque son solidarios).

Un compañero comentó que el plazo de tres años para ejercer el cargo es un plazo de caducidad y en este sentido se pronuncian varias Sentencias del Tribunal Supremo (3 de febrero de 1966) y varias resoluciones de la DGRN (11 de octubre de 1.982).

Otra opción para avanzar con la partición es remover al albacea (artículo 910 Cc).

### **3.- SUPUESTO: CUSTODIA COMPARTIDA.**

El TS sostiene que no es suficiente con solicitar la custodia compartida, sino que hay que concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio

**Cuestión:** En caso de haber recurrido en casación con anterioridad a esta sentencia del TS (marzo 2016) y estando pendiente de resolución ¿Existe alguna fórmula para presentar escrito ampliando motivos del recurso o acompañando el plan contradictorio?

### **CONCLUSIÓN:**

La opinión general es que es complicado hacerlo valer por la especificidad del recurso de casación.

En nuestra opinión una alternativa sería alegando que la nueva doctrina es un **hecho nuevo** sucedido con posterioridad a la interposición del recurso.

Una compañera comentó que había estado en una conferencia con varios Magistrados del Tribunal Supremo y apreció que eran bastante flexibles a la hora de aceptar este tipo de alegaciones nuevas.

## **4.- SUPUESTO: LIQUIDACIÓN SOCIEDAD DE GANANCIALES.**

Matrimonio casado bajo el régimen legal de gananciales, posteriormente otorgan capitulaciones matrimoniales disolviendo dicho régimen que no liquidan, y rigiéndose desde entonces por el de separación de bienes.

Años más tarde, toman la decisión de común acuerdo de divorciarse.

**Cuestión:** ¿Se puede incluir en el convenio regulador del divorcio la liquidación del régimen de gananciales, que está disuelto desde hace años y que por tanto no rige en el momento de solicitar el divorcio?

### **CONCLUSIÓN:**

Si se puede incluir en el Convenio regulador de divorcio la liquidación de gananciales, aunque la sociedad se haga disuelto por capitulaciones, porque es de **mutuo acuerdo** (art. 90 e del Cc).

Circunstancia distinta es si la sociedad de gananciales se disolvió por capitulaciones matrimoniales, no liquidaron el régimen ganancial, el Juzgado competente no es el de Familia sino el Civil. Esto ya se debatió en el anterior reunión.

#### **5.- SUPUESTO: LIQUIDACIÓN SOCIEDAD GANANCIALES.**

Tras dictarse sentencia en el procedimiento de formación de inventario, una de las partes fallece dejando un hijo común con su ex pareja y otro de otra relación. Se pretende liquidar el régimen económico matrimonial con base al inventario ya aprobado, del que va a resultar una liquidación favorable en virtud de los créditos traídos al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.405 CC; pero,

**Cuestión:** ¿quién será parte demandada en el procedimiento de liquidación? ¿Los dos hijos como herederos? y/o ¿La herencia yacente?

#### **CONCLUSIÓN:**

La parte demandada en el procedimiento de liquidación es **la herencia yacente**, mientras no haya declaración de herederos y la herencia no haya sido aceptada.

La herencia yacente es la situación en que se encuentran los bienes, derechos y obligaciones del causante desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación por todos los llamados a ser herederos.

El artículo 6.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconoce y admite que pueda figurar como término subjetivo de la relación jurídico-procesal pudiendo en consecuencia adoptar la posición de demandado en un determinado proceso.

#### **6.- SUPUESTO: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA.**

Tanto en la instancia como en la apelación, se atribuyó el uso de la vivienda familiar al progenitor, con base a la necesidad de vivienda con la hija que con él convive, aunque es mayor de edad. Pues, razona la A.P. que el art. 96 del CC, atribuye el uso al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, sin distinguir si los hijos son mayores o menores.

**Cuestión:** Ese razonamiento de la Sala ¿no vulnera la jurisprudencia del TS que interpreta que, el art. 96.3 CC, cuando los hijos mayores de edad, sustenta la atribución del uso de la vivienda solo en base a la mayor necesidad de uno u otro cónyuge?.

### **CONCLUSIÓN:**

La opinión mayoritaria es que **sí vulnera** la doctrina del Tribunal Supremo.

La mayoría de edad de los hijos se equipara a no tener hijos.

Podríamos alegar también, por analogía la Ley Catalana que sí contempla la limitación del derecho de uso.

### **7.- SUPUESTO: VIVIENDA FAMILIAR, LIQUIDACIÓN.**

Los esposos adquirieron la vivienda al 50%, antes de contraer matrimonio, constituyendo hipoteca sobre la misma que se pagó, en parte, constante el matrimonio.

Tras el divorcio, venden, de común acuerdo, la vivienda, que constituía el domicilio familiar. El precio se paga mediante cheque a nombre de uno sólo de los cónyuges que, ahora, se niega a entregar al otro el 50% de lo cobrado.

**Cuestión:** Cual es el procedimiento adecuado para la reclamación judicial de ese 50%, el ordinario?, sobre la base de que se trata de una comunidad ordinaria, el de división de patrimonio? Sobre la base de que se trata de un bien ganancial.

### **CONCLUSIÓN:**

Si solo existe ese bien, se podría entender que han liquidado la sociedad de gananciales con la venta y el procedimiento sería el ordinario.

Si hay más bienes gananciales, el de liquidación de la sociedad de gananciales trayendo esa deuda como un crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge que se quedó con el dinero.

## **8.- SUPUESTO: DIVISIÓN DE HERENCIA.**

1.- Partes: Causante: D<sup>a</sup> I. (fallecida el 29/12/1997); Herederos: Esposo C, más 2 nietas B habidas de relación matrimonial, más una nieta P extramatrimonial, de nacionalidad española, residente en Portugal.

El único hijo H de la causante I y su esposo C, padre de las tres nietas, había prefallecido en 1992.

Intervinientes: la nieta P, demandante, frente a las dos nietas B.

2.- Datos del proceso:

- El tribunal ha excluido del inventario de bienes una serie de inmuebles rústicos (varios campos de labor con una vivienda), por el motivo que, tras la defunción de la causante I, el esposo (C) había vendido ya a un sobrino suyo (G) el conjunto de fincas, en nombre propio y en representación de sus dos nietas B, utilizando para ello una falsa declaración de herederos del hijo H otorgada por éstas, en el que se ocultó la existencia de la tercera hija P, que le facilitaron a C junto con un poder de representación notarial.
- La existencia de la nieta P era notoriamente conocida, incluido del sobrino G comprador.
- El precio escriturado de la venta de las fincas fue de 100.000 pts, y simultáneamente un banco concedió un préstamo hipotecario sobre las mismas de 800.000 pts. Se presume la entrega de mucho dinero en mano.
- Todas estas operaciones se llevaron a cabo en un pueblo de Galicia, en 2002.
- La falsa declaración de herederos ha sido anulada judicialmente en Madrid.
- El esposo C, abuelo de las tres interesadas, falleció en 2008.
- Las dos partes en litigio, la nieta P demandante, y las nietas B, incluyeron en el inventario dichas fincas rústicas en el propio proceso.
- El valor de las fincas rústicas con la vivienda, podría ser del 50% del total de bienes, ya que sólo se ha incluido en el inventario un inmueble urbano que podría tener un valor similar al conjunto de las rústicas.
- El tribunal, aunque conocedor de la operación de venta fraudulenta, ha excluido las fincas por entender que son propiedad de un tercero, que fue propuesto en el procedimiento de división de herencia en calidad de testigo así como para que aportara dichas escrituras como documental, siendo denegadas ambas propuestas por el tribunal.

- Terminado así el inventario por el tribunal, se nos plantea la única solución de instar la nulidad de la compraventa de 2002 y la adición de dichos bienes al inventario.

### 3.- Problemas:

- 1.- Prescripción de la acción en nulidad de la compraventa de las fincas en 2002.
- 2.- ¿se podrían acumular dichos pedimentos en un único procedimiento (nulidad y adición de bienes), por economía procesal, o habría que instar dos procedimientos sucesivos?.
- 3.- Dado el presunto elevado importe de las fincas rústicas, ¿bastaría una adición de bienes, o habría que instar la nulidad del inventario?
- 4.- Se admiten sugerencias de enfoques.

### **CONCLUSIÓN:**

La acción es imprescriptible. Habría que instar la nulidad de la compraventa de 2002, según el principio de que lo que inicialmente es vicioso, no puede convalidarse a lo largo del tiempo, por lo que el contrato seguirá siendo siempre nulo. Fue un contrato simulado otorgado con mala fe, no tiene causa. Máxime teniendo en cuenta que la Declaración de Herederos ha sido anulada judicialmente.

Una compañera comenta que, en su opinión, el plazo de prescripción es de cuatro años desde que fue anulada la Declaración de Herederos.

La opinión mayoritaria es que se podrían acumular las dos acciones.

Madrid, 6 de febrero de 2017.

### **DIRECTORAS DEL DEBATE:**

Inmaculada Díaz Giron. Abogado ICAM

Marta Guillermo Puig. Abogado ICAB